

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du
**DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE ET DE
L'UNIVERSITÉ LAVAL**

**Délivré par l'Université Toulouse Capitole (École doctorale : Droit
et Science Politique) et l'Université Laval (Faculté de droit)**

Présentée et soutenue par

Boubacar BALDE

**L'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : étude
comparative entre les droits français et québécois**

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit privé et Sciences Criminelles**

Unités de recherche : **IDP (EA 1920) et Faculté de Droit de l'Université Laval**

Directeurs de thèse :

- Monsieur André BÉLANGER, Professeur à l'Université d'Ottawa
- Madame Cécile LE-GALLOU, Maître de conférences HDR à L'Université Toulouse 1 Capitole
- Monsieur Frédéric LESVEQUE, Professeur à l'Université Laval

JURY

Prélecteur : Monsieur Reza MORADINEJAD, Professeur à l'Université Laval

Rapporteurs : Monsieur Hervé LÉCUYER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Vincent CARON, Professeur à l'Université d'Ottawa

Examineur : Monsieur Reza MORADINEJAD, Professeur à l'Université Laval



THÈSE

En vue de l'obtention du
**DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE ET DE
L'UNIVERSITÉ LAVAL**

Délivré par l'Université Toulouse Capitole (École doctorale : **Droit et Science Politique**) et l'Université Laval (Faculté de droit)

Présentée et soutenue par

Boubacar BALDE

L'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : étude comparative entre les droits français et québécois

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit privé et Sciences Criminelles**

Unités de recherche : **IDP (EA 1920) et Faculté de Droit de l'Université Laval**

Directeurs de thèse :

- Monsieur André BÉLANGER, Professeur à l'Université d'Ottawa
- Madame Cécile LE-GALLOU, Maître de conférences HDR à L'Université Toulouse 1 Capitole
- Monsieur Frédéric LESVEQUE, Professeur à l'Université Laval

JURY

Prélecteur : Monsieur Reza MORADINEJAD, Professeur à l'Université Laval

Rapporteurs : Monsieur Hervé LÉCUYER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Vincent CARON, Professeur à l'Université d'Ottawa

Examineur : Monsieur Reza MORADINEJAD, Professeur à l'Université Laval

« Les deux universités n'entendent ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat ».

À ma famille, à ma mère.

REMERCIEMENTS

Mes très sincères et chaleureux remerciements s'adressent d'abord à mes deux directeurs de thèse qui n'ont cessé de m'apporter toute l'aide nécessaire pour mener à bien ce projet. Madame Cécile LE GALLOU, Maître de Conférences HDR à l'Université de Toulouse 1 Capitole (France) et Monsieur André BÉLANGER, Professeur à l'Université Laval, puis actuellement à l'Université d'Ottawa (Canada), les mots me manquent pour vous remercier à la hauteur de tout le soutien que vous m'avez apporté pendant toutes ces années de thèse. C'est pourquoi je me contente de vous dire UN GRAND MERCI. UN GRAND MERCI d'avoir accepté d'être mes directeurs de thèse sans vraiment me connaître, de m'avoir mis en confiance dès le début de cette aventure et de m'avoir soutenu et encouragé sans cesse pendant les moments difficiles. J'ai été très chanceux de vous avoir comme directeurs de thèse et je souhaite à tout candidat au doctorat d'avoir un ou des directeur(s) de thèse comme vous. Vous avez été et resterez pour moi plus que des directeurs de thèse. Encore GRAND MERCI pour tout Madame et Monsieur mes directeurs de thèse.

Qu'il me soit également permis de remercier tout le personnel, en particulier ceux de l'Institut de Droit Privé (IDP) et de l'École doctorale Droit et Science Politique de l'Université de Toulouse 1 Capitole et ceux de la Faculté de Droit de l'Université Laval.

Mes remerciements vont également au pré-rapporteur de la présente thèse, Monsieur Reza MORADINEJAD, Professeur adjoint à l'Université Laval, aux rapporteurs et aux membres du jury de ma pré-soutenance mais aussi à ceux de la soutenance à venir.

Je remercie aussi l'Université Fédérale Toulouse Midi-Pyrénées pour m'avoir accordé une bourse d'aide à la mobilité internationale ; la Faculté de Droit de l'Université Laval pour la bourse d'admission au doctorat et les bourses de soutien au doctorat. Puis le Gouvernement de Québec et le Gouvernement de la Guinée pour leur accord m'ayant permis d'être exempté des frais de scolarité majorés applicables aux étudiants étrangers.

Je remercie enfin ma famille, mes amis et tous ceux qui m'ont apporté leur soutien durant ces années de thèse, avec une pensée particulière à mon grand frère Ousmane BALDE qui a rendu possible mon séjour d'étude au Canada grâce à son aide financière et à Ghislaine MONMART qui m'a aidé et a été à mes côtés durant toute cette aventure et bien avant.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

I – Abréviations générales

[...]	Référence omise
al.	Alinéa
coll.	Collection
éd.	Éditeur (s), Édition (s)
fasc.	Fascicule(s)
Ibid. (ibidem)	Au même endroit du même ouvrage
Id. (idem)	Dans le même ouvrage
Infra	Ci-dessous
loc. cit. (lococitato)	: Passage cité de la même page dans la note qui précède immédiatement
n°	Numéro
Op. Cit. (operecitato)	: Dans l'ouvrage déjà mentionné du même auteur
p.	Page
pp.	Pages
Supra	Ci-dessus
s.	suivant(s), suivante(s)
t.	tome(s)
Vol.	Volume(s)

II – Droit québécois

Ass.	Assurances : revue trimestrielle
B.A.C.	Bureau d'assurance du Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.c.-B.C.	Code civil du Bas-Canada
R.R.A.	Recueils en responsabilité et assurance
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.C.S.	Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. Can.	Revue du Barreau canadien

III – Droit français

Bull. civ. (I, II ou III)	Bulletin civil (I, II ou III) des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{re} , 2 ^e ou 3 ^e civ.	Arrêts de la Cour de cassation, 1 ^{re} , 2 ^e ou 3 ^e chambre civile
Cass. ass. Plén.	Arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. crim.	Arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CGI	Code général des impôts
Comm.	Commentaire
Chron.	Chronique
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JO	Journal officiel
L.	Loi
P.U.F.D.C.F Ferrand	Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-
P.U.A.M	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
RCA	Responsabilité civile et assurance (revue mensuelle)
RGAT	Revue générale des assurances terrestres (jusqu'en 1995)
RGDA 1996)	Revue générale de droit des assurances (ancienne RGAT depuis
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

SOMMAIRE

Première partie

Détermination de la raison d'être (*ratio legis*) de l'exclusion de garantie

Titre I – L'exclusion de garantie : un effet de la technique d'assurance

Chapitre I – L'exclusion comme effet purement technique de l'assurance

Section I – La notion d'assurance

Section 2 – Les exclusions dictées par la seule technique d'assurance

Chapitre 2 – L'exclusion comme effet de la technique d'assurance renforcée par l'ordre public et la morale : la faute intentionnelle

Section I – Domaine d'application de l'exclusion légale de la faute intentionnelle

Section II – Fondements de l'exclusion légale de la faute intentionnelle

Titre II – L'exclusion de garantie : une nécessité pour le bon fonctionnement de l'assurance

Chapitre I – La nécessité de l'exclusion de garantie pour la protection de la mutualité

Section I – la protection de la mutualité par la sélection du risque

Section II – La protection de la mutualité par l'organisation des risques

Chapitre I – La nécessité de l'exclusion de garantie pour la sauvegarde de l'institution d'assurance

Section I – La sauvegarde de l'institution d'assurance à travers la notion de plus haute bonne foi

Section II – La sauvegarde de l'institution d'assurance par la protection de l'assuré

Seconde partie
Difficultés et perspectives de solutions de l'exclusion de garantie

Titre I – Difficultés de l'exclusion de garantie

Chapitre I – Difficultés de la notion d'exclusion de garantie

Section I – La difficile distinction de l'exclusion aux notions voisines

Section II – Conséquences de la difficile distinction de l'exclusion aux notions voisines

Chapitre II – Les difficultés du régime juridique de l'exclusion de garantie

Section I – Un régime contraignant et généralisé

Section II : Conséquences du régime contraignant et généralisé des clauses d'exclusion

Titre II – Perspectives de solution aux difficultés de l'exclusion de garantie

Chapitre I – Solution au problème notionnel de l'exclusion de garantie

Section I – Perspectives de solutions classiques

Section II – Perspectives de solutions modernes

Chapitre II – Solution aux difficultés du régime juridique de l'exclusion de garantie

Section I – Adaptation du régime juridique de l'exclusion à la situation réelle de l'assuré

Section II – Les mérites d'un régime d'exclusion adapté à la situation de l'assuré

COCLUSION GÉNÉRALE

« *L'assurance est à la fois un marché et une disposition de l'âme. Elle a avoir avec la volonté, avec le temps, avec la solidarité, enfin avec l'inassurable,...* Comme vertu, elle est le contraire de la peur, de l'hésitation, de la timidité. Comme dispositif social, elle est le contraire de l'utopie, qui est un idéal sans réel, et de la barbarie, qui est un réel sans idéal ». **André COMTE-SPONVILLE**, Philosophie de l'assurance, *Revue risques*, n° 32, octobre-décembre1997, p 19.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. L'assurance n'est plus celle qu'elle a été à son origine, elle a beaucoup évolué au fil des années avec notamment l'apparition de nouveaux risques, comme les risques technologiques ou écologiques. Il en est de même pour le droit des assurances qui est en constante mutation pour s'adapter à cette évolution. C'est ainsi qu'en droits français et québécois des assurances, on est passé d'une réglementation qui laissait beaucoup de place à la volonté des parties contractantes (liberté contractuelle) à une réglementation très directive réduisant considérablement la place qu'occupait la volonté des parties contractantes. Ainsi, en vertu du principe de la liberté contractuelle et sous réserve de la loi, les parties au contrat d'assurance délimitent librement l'objet¹ et le contenu de leur contrat². Cette convention entre l'assureur et l'assuré était presque entièrement libre. Mais si à l'origine elle pouvait se justifier par le libéralisme économique³, cette large liberté contractuelle s'expliquait surtout par l'absence de texte normatif général réglementant le contrat d'assurance. Cependant, si ce contrat a longtemps été dominé par ce principe de libéralisme juridique et s'était jusqu'alors développé sous ce signe, son encadrement a été une préoccupation de tous les instants pour le législateur. Un survol de l'historique de la réglementation légale du contrat d'assurance en France et au Québec permettra non seulement de mettre en lumière cette préoccupation du législateur, mais aussi et surtout de comprendre pourquoi le régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois de assurances est si contraignant.

¹ « L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître » : article 1412 du Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64 (C.c.Q.).

² Cette liberté contractuelle a été clairement affirmée par l'exposé des motifs de la loi française du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance selon lequel « il ne dépend pas du législateur d'imposer à l'assureur la garantie de tel ou tel risque ». L'article 1102 du Code civil français issu de la réforme du 10 février 2016 dispose à son tour que, « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Ainsi, même s'il est fortement limité aujourd'hui avec notamment la multiplication des obligations de contracter telles que les assurances obligatoires, le principe de la liberté contractuelle demeure encore la règle.

³ « La théorie de l'autonomie de volonté a dominé la doctrine civiliste du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle » : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Paris, 14^e éd. Dalloz, 2017, n^o 16 p. 12.

2. Avant l'adoption de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, seules quelques dispositions disparates régissaient le contrat d'assurance en droit français⁴, à l'exception de l'assurance maritime qui était largement réglementée par le Code de commerce⁵. Les rédacteurs du Code civil s'étaient quant à eux simplement contentés d'énumérer ce contrat parmi les contrats aléatoires⁶, sans le réglementer, ni en proposer une définition⁷. Cette absence de définition légale est souvent justifiée par sa spécificité⁸ ou par la difficulté de parvenir à une approche universelle du contrat d'assurance sous toutes ses formes. D'autres évoquent deux raisons pour justifier cette absence de définition légale⁹. La première serait que, « définir n'est pas le rôle du législateur, mais celui de la doctrine », et la seconde, que « l'assurance serait en perpétuelle évolution ». Ces différents arguments n'ont tout de même pas empêché le législateur québécois de réglementer très tôt le contrat d'assurance dans une loi générale, puisque le Code civil du Bas-Canada de 1866 régissait déjà de façon non négligeable le contrat d'assurance¹⁰. C'est l'article 2500 issu de la réforme de 1976¹¹ (devenu 2414 du Code civil du Québec) qui fera des dispositions du Code civil le contenu minimum du contrat d'assurance¹².

⁴ La loi du 18 février 1899 accorda un droit de préférence aux créanciers munis d'une sûreté réelle (sur la chose assurée) sur l'indemnité d'assurance ; la loi du 2 janvier 1902 attribua une compétence territoriale, pour les actions en paiement de l'indemnité, au tribunal du domicile de l'assuré ; la loi du 28 mai 1913 accorda à la victime un privilège sur l'indemnité due par l'assureur de responsabilité avant qu'un arrêt du 14 juin 1926 (Cass., 14 juin 1926 : DP 1927, I, p. 57, note L. JOSSERAND ; rapp. A. COLIN ; S. 1927, 1, p. 25, note P. ESMEIN) ne lui reconnaisse une action directe ; et enfin avant qu'intervienne la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance terrestre, une loi du 8 mars 1922 limite à un an la durée de la tacite reconduction des contrats d'assurances, accordant ainsi aux assurés la possibilité de mettre périodiquement fin à leur contrat. (En ce sens voir : J. BIGOT, « Les sources du droit du contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances, tome 3, Le contrat d'assurance*, (ss. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd. 2014, pp. 144 et s.; F. LEDUC, « Les sources du droit du contrat d'assurance », in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, Paris, Litec, 2008, pp. 111 et s.).

⁵ Articles 332 à 396.

⁶ L'article 1964 qui qualifiait le contrat d'assurance d'aléatoire fut cependant abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Ce qui réactualise le débat sur le caractère aléatoire ou non du contrat d'assurance.

⁷ C'est pourquoi « la jurisprudence se contentait d'étendre en matière terrestre, au moins par interprétation de la volonté des parties, certaines des règles édictées pour l'assurance maritime » : M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. 1 « Le contrat d'assurance », Paris, 5^e éd. par A. BESSON, LGDJ, 1982, n° 3, p. 6.

⁸ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances* (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 23, p. 7.

⁹ M.-A. MEEUS, rapport du 9^e colloque juridique international (Bruxelles, 3-6 oct. 1980), sur le troisième thème : « De la notion et des limites de l'aléa susceptible d'être garanti dans les assurances de choses, de personnes et de responsabilité professionnelle », *RGAT.*, 1981, n° 4, pp. 240-241.

¹⁰ Voir le Code civil du Bas-Canada de 1866 – Livre quatrième – Lois commerciales / Titre cinquième – Des assurances – Chapitres 1 à 4 (articles 2468 à 2593).

¹¹ 1976 fut la date de la première grande réforme du droit des assurances au Québec (*Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976) avant qu'intervienne la réforme du Code civil avec la loi du 18 décembre 1991 et qui entre en vigueur en 1994.

¹² Dans son premier alinéa, l'article 2500 C.c.B.-C de 1976 déclare sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions d'un ensemble d'articles qu'il énumère. Ces articles énumérés sont donc d'ordre public absolu, car aucune dérogation n'est permise. Et dans son second alinéa, le texte déclare aussi sans effet toute dérogation à

Donc un contenu déterminé par la volonté des parties, mais aussi et avant tout par le législateur. Et contrairement à son homologue français, le législateur québécois a dès 1866 défini le contrat d'assurance comme étant « *celui par lequel l'un des contractants appelé l'assureur, en considération d'une valeur s'engage à indemniser l'autre qu'on appelle l'assuré, ou ses représentants, contre la perte ou la responsabilité résultant de certains risques ou périls auxquels l'objet assuré peut être exposé, ou contre la chance d'un événement* »¹³. Mais outre les impératifs de l'ordre public et la morale, la réglementation du contrat d'assurance a surtout été motivée par la volonté de freiner les abus qu'engendrait cette large liberté contractuelle qui régissait la relation d'assurance¹⁴. En témoignent notamment la réglementation sur les clauses abusives et les conditions très contraignantes exigées à ce jour par les législateurs français et québécois pour la validité des clauses d'exclusion de garantie.

3. La première phase d'encadrement du contrat d'assurance a d'abord consisté à délimiter les risques pouvant faire l'objet d'un contrat d'assurance. Elle se manifestait généralement par une délimitation négative de la garantie qui se matérialise par l'interdiction d'assurer certains risques. Le but était de sauvegarder l'assurance en garantissant son fonctionnement sur des bases saines, car si son principal rôle est de conférer aux assurés la sécurité dont ils ont besoin, tout n'est pas assurable et ce, pour de multiples raisons. Ainsi, était prohibé tout contrat d'assurance portant sur des risques jugés illicites ou contraires aux bonnes mœurs. C'était le cas de l'assurance de personnes et plus spécifiquement de l'assurance sur la vie longtemps considérée comme immorale.

une seconde liste d'articles qu'il énumère, « *sauf dans la mesure où ladite dérogation est plus favorable au preneur ou au bénéficiaire* », précise l'article. Ainsi, contrairement au premier, les articles cités par ce second alinéa sont d'ordre public relatif, puisque seules les dérogations défavorables au preneur ou au bénéficiaire sont interdites. L'actuel article 2414 C.c.Q. est quant à lui d'ordre public absolu. À la différence de l'ordre public absolu qui protège l'intérêt général, l'ordre public relatif vise à protéger un intérêt particulier, en l'occurrence celui du preneur ou du bénéficiaire du contrat d'assurance.

¹³ Article 2468 du Code civil du Bas-Canada de 1866 (devenu 2389 alinéa 1 du Code civil du Québec de 1994 qui, définit le contrat d'assurance comme étant « celui par lequel l'assureur, moyennant une prime ou une cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l'assureur se réalise »).

¹⁴ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 37, p. 57.

En France, elle fut prohibée par l'ordonnance de la marine de 1681 et condamnée par d'éminents jurisconsultes (Valin, Emerigon et Pothier)¹⁵. C'est pendant la Restauration grâce à un avis favorable du Conseil d'Etat rendu le 23 mars 1818 que la licéité de cette assurance a été reconnue¹⁶. C'est également au XIX^e siècle que l'assurance de personnes sera autorisée au Québec. Mais cette assurance se développa surtout à la fin du XIX^e siècle avec l'apparition des tables de mortalités de plus en plus précises¹⁷.

4. Puis en raison de l'utilité grandissante que l'assurance continuait d'avoir dans la société, il était plus que nécessaire de l'encadrer afin qu'elle ne soit détournée de son but et ne se transformer en une opération de spéculation ou de jeu. C'est pourquoi à l'origine ne pouvait être pris en charge par l'assurance que le cas fortuit, c'est-à-dire un événement indépendant de la volonté de l'assuré, qu'il soit purement lié au hasard ou dû à l'intervention d'un tiers. C'est en substance ce que prévoyaient les droits français et québécois à travers respectivement les anciens articles 351 du Code de commerce relatif aux assurances maritimes et 2476 du Code civil du Bas-Canada de 1866. Le fait personnel de l'assuré était jugé incompatible avec l'élément aléatoire du contrat d'assurance. Il paraissait donc illicite de le couvrir, car c'était disait-on, « inciter les assurés à commettre des fautes, à réaliser le risque dans leur intérêt, voire (dans le domaine des assurances de responsabilité) à nuire impunément à autrui »¹⁸. Mais comme l'ont justement fait remarquer les mêmes auteurs (Picard et Besson), cette interdiction d'assurer le fait personnel de l'assuré n'était pas sans conséquence, puisqu'elle aboutissait à la disparition même de l'assurance. La plupart des risques n'étant pas dus au seul fait du hasard, mais résultent du concours d'un fait personnel de l'assuré et d'un événement extérieur. Ce qui rendait peu intéressante l'assurance de choses et de dommages corporels. Quant à l'assurance de responsabilité, elle serait purement et simplement prohibée¹⁹.

¹⁵ *Id.*, n° 2, p. 4. Puis Portalis dans son discours au Corps législatif sur le projet du Code civil soutiendra : « On a proscrit avec raison les assurances sur la vie des hommes, la vente de la succession d'une personne vivante, parce que pareils actes sont vicieux en eux-mêmes, et n'offrent aucun objet réel d'utilité qui puisse compenser les vices et les abus dont ils sont susceptibles ».

¹⁶ « Considérant que ce genre de contrats peut être assimilé aux contrats aléatoires que permet le Code civil ; qu'il est même plus digne de protection que le contrat de rente viagère, puisque l'un est trop souvent le résultat de l'égoïsme, de la cupidité, tandis que l'autre ne peut naître que d'un sentiment généreux et bienveillant qui porte le souscripteur à s'imposer des sacrifices annuels pour assurer aux objets de son affection un bien-être et une aisance dont la mort pourrait les priver ; Est d'avis que l'engagement de payer une somme déterminée au décès d'un individu moyennant une prestation annuelle à faire par cet individu peut être autorisé, mais qu'il ne doit être permis d'assurer la vie d'autrui sans son consentement ».

¹⁷ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 449, p. 708.

¹⁸ *Id.*, n° 65, p. 108.

¹⁹ *Id.*

5. Dès lors, si par le passé le fait personnel de l'assuré ne pouvait en aucun cas faire l'objet d'un contrat d'assurance, au cours du XIX^e siècle, sous l'influence de la pratique d'assurance avec notamment, le développement de l'assurance de responsabilité, doctrine et jurisprudence admettent rapidement la licéité de l'assurance du fait personnel de l'assuré²⁰. Par conséquent, ce ne sont plus tous les faits personnels de l'assuré qui sont jugés incompatibles avec l'assurance. Une nouvelle conception d'assurance était ainsi née, puisqu'on est passé du principe d'inassurabilité absolue du fait personnel de l'assuré à celui de l'assurabilité de leur quasi-totalité. Commence alors le développement de l'assurance de responsabilité. Un développement qui n'a été cependant que progressif, car malgré la licéité de l'assurance du fait personnel de l'assuré, sa faute lourde n'était toujours pas assurable²¹. Ni même sa négligence grossière pour ce qui est du droit québécois²². Toutefois, en raison des nombreux accidents dont étaient victimes les ouvriers travaillant dans l'industrie, le législateur français a admis l'assurabilité de la faute inexcusable des employeurs à travers la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail²³.

²⁰ *Id* ; En droit français, « c'est à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juill. 1840 (*D.* 1845, 2, 126 : affaire de l'Automédon) que l'on fait remonter la licéité de l'assurance des fautes et, ce faisant (puisque à l'époque il n'existait de responsabilité que pour faute), la licéité de l'assurance de responsabilité civile » : L. MAYAUX, « La couverture du risque », in *Traité de droit des assurances* (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1671, p. 829.

²¹ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 65, p. 108.

²² En assurance contre le feu l'article 2578 du Code civil du Bas-Canada de 1866 énonçait que : « l'assureur est responsable des dommages causés par l'assuré autres que ceux résultant de sa *fraude* et de sa *négligence grossière*. » Et en assurance maritime c'est l'article 2509 du même Code qui dispose que : « l'assureur n'est pas tenu des pertes et dommages qui arrivent par le vice propre de la chose, ou qui sont causés par *le fait répréhensible ou la négligence grossière de l'assuré*. »

²³ « De même, dans d'autres branches d'assurance, notamment dans les assurances de responsabilité, les assureurs prirent l'habitude de garantir la faute lourde et, dans les assurances de personnes, de garantir le risque prévu (mort, accident) sans faire d'autres réserves qu'à propos du fait intentionnel de l'assuré » : M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 66, p. 109. Cependant, afin de renforcer la prévention dans le milieu du travail, le législateur va à travers la loi du 30 octobre 1946 rétablir dans le seul domaine des accidents de travail, cette interdiction d'assurer la faute inexcusable de l'employeur (L. 30 oct. 1946, art. 65 : « Il est interdit à l'employeur de se garantir par une assurance contre les conséquences de la faute inexcusable. L'auteur de la faute inexcusable en est responsable sur son patrimoine personnel »). Adoptée sur l'idée de la personnalisation de la « peine », cette interdiction sera levée, pour les personnes substituées dans la direction, par une loi du 6 décembre 1976, avant que la loi du 27 janvier 1987 n'en fasse de même pour l'employeur.

6. C'est l'entrée en vigueur de la loi française du 13 juillet 1930 avec notamment son article 12 *in fine*²⁴ (devenu L. 113-1 du Code des assurances) qui marque cependant le vrai changement dans l'histoire de l'inassurabilité ou de l'exclusion de risques. D'abord en droit français, puis en droit québécois des assurances. En effet, cette disposition a non seulement eu le mérite d'« *introduire le concept de faute intentionnelle en droit des assurances*, mais aussi et surtout celui de *consacrer* (outre le cas fortuit qui était seul assurable) *expressément la validité de l'assurance de toutes les fautes ou faits non intentionnels de l'assuré [...]* »²⁵. C'est aussi cette même disposition qui a inspiré le législateur québécois qui, à l'occasion de sa réforme de 1976 substitue le concept de négligence grossière par celui de faute intentionnelle²⁶. C'est l'article 2563 issu de cette réforme (devenu 2464 C.c.Q.) qui va consacrer l'exclusion de la faute intentionnelle en droit québécois²⁷.

7. Toutes les fautes de l'assuré deviennent ainsi légalement assurables en droit français et québécois, à l'exception de sa faute intentionnelle (ou dolosive pour ce qui est du droit français). Ce refus d'assurer la faute intentionnelle constitue une préoccupation très ancienne et ce, conformément à une jurisprudence déjà établie en droit français²⁸. Elle reste ainsi la dernière d'une longue liste de fautes qui ne pouvaient faire l'objet d'assurance, car « tout n'est pas assurable et que le mouvement amorcé avec l'admission de l'assurance des fautes ordinaires de l'assuré, puis de sa faute inexcusable, ne saurait trouver son épilogue dans la possibilité d'assurer sa faute intentionnelle.

²⁴ Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, *Journal officiel* du 18 juillet 1930. L'article 12, *in fine* de cette loi dispose : « Les pertes et dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la *faute de l'assuré* sont à la charge de l'assureur, sauf clause formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, des pertes et dommages provenant d'une *faute intentionnelle ou dolosive* de l'assuré. »

²⁵ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 65, p. 108.

²⁶ L'historique de l'inassurabilité en droit québécois des assurances montre que la notion de faute intentionnelle a été empruntée à la loi française du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance. C'est ce que rappelle notamment la Cour d'appel du Québec dans l'affaire de *La Royale du Canada, Compagnie d'assurance c. Curateur public* [2000] RRA 594 (CA), puis la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Compagnie d'assurance-vie Transamerica du Canada c. Goulet* [2002] 1 RCS 719.

²⁷ L'article 2563 C.c.B.-C de 1976 dispose : « l'exclusion du préjudice occasionné par cas fortuit ou par la faute de l'assuré n'est valable que si elle fait l'objet d'une stipulation expressément et limitativement énoncée au contrat. Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré. »

²⁸ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 66, p. 109.

Il y a entre celle-ci et les autres fautes, même les plus graves, une différence de nature qui s'y oppose »²⁹. Mais à l'exception de ces hypothèses de délimitation légale du risque pouvant faire l'objet d'un contrat d'assurance, le rapport entre assureur et assuré reste gouverné à ce jour par le principe de la liberté contractuelle.

8. Cette liberté était cependant devenue source d'abus de la part des assureurs, rédacteurs des polices, qui avaient pris l'habitude d'y insérer des clauses très défavorables aux assurés³⁰. Parmi ces clauses il y a celles qui permettent à l'assureur de délimiter l'étendue de sa garantie. Il en est ainsi des conditions de la garantie, les clauses de déchéance, mais aussi et surtout les clauses d'exclusion de garantie. Mais contrairement aux exclusions légales de garantie (à l'exception des difficultés engendrées par la notion de faute intentionnelle), ce sont ces exclusions conventionnelles qui constituent la principale source des nombreux litiges opposant assureurs et assurés. En effet, c'est à l'aide de ces clauses d'exclusion que les assureurs vidaient de sa substance la garantie offerte à l'assuré. Ces clauses avaient la particularité d'être soit illimitées de par leur nombre ou formulation, soit ambiguës par leur rédaction, à tel point que les assurés ne savaient pas exactement dans quels cas ils n'étaient pas couverts. D'où leur caractère abusif. C'est en réaction à cette injustice contractuelle que les législateurs français et québécois ont respectivement en 1930 et en 1976³¹ estimé nécessaire et même urgent d'encadrer davantage le contrat d'assurance afin de rétablir l'équilibre contractuel entre assureurs et assurés. Ce fut la seconde phase d'encadrement du contrat d'assurance.

²⁹ L. MAYAUX, *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, n° 178, p. 124.

³⁰ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n^{os} 3 et 37, pp. 6 et 57.

³¹ Le 13 juillet 1930 marque la date d'adoption de la *Loi relative au contrat d'assurance* (terrestre) en France. En adoptant cette loi, l'un des objectifs du législateur était d'indiquer quelles étaient les clauses licites sans laisser aux assureurs le droit d'insérer dans leurs polices toutes les clauses de leur choix : J. HAMEL, Notes parlementaires de droit civil, *RTD Civ*1925, 966. Et comme nous l'avons déjà rappelé, c'est en 1976 qu'a été adoptée la première grande réforme du droit des assurances au Québec (*Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976).

9. Si la première phase d'encadrement du contrat d'assurance visait la protection de l'institution d'assurance en tant que telle, la seconde phase quant à elle vise surtout la protection des assurés. Le but est de favoriser leur information afin qu'ils prennent une décision libre et éclairée en choisissant le produit d'assurance qui correspond le mieux à leur besoin. Ce qui explique le caractère d'ordre public de la majeure partie des dispositions régissant le contrat d'assurance³². Elles sont généralement d'ordre public relatif, c'est-à-dire protégeant des intérêts particuliers (en l'occurrence l'intérêt des assurés ou des bénéficiaires), car toute clause contraire est interdite, sauf si elle est favorable à toute personne intéressée au contrat, autre que l'assureur³³. Elles diffèrent ainsi des dispositions d'ordre public absolu qui protègent l'intérêt général³⁴ et dont les parties ne peuvent y déroger en aucun cas.

10. Dans cette optique de protection des assurés, plusieurs mécanismes sont mis en œuvre. Les procédures d'agrément et de normalisation des entreprises d'assurances sont citées comme mécanismes de protection des assurés, ou plus précisément comme moyens de lutte contre les déséquilibres entre assureurs et assurés. On parle à ce propos de « modes spécifiques de protection de l'équilibre contractuel »³⁵. Il s'agit de garantir la solvabilité des entreprises d'assurance afin qu'elles puissent honorer leurs engagements vis-à-vis des assurés, car « le besoin grandissant de sécurité dont répond l'assurance ne peut exister pour les assurés que si les entreprises sont à même de tenir leurs engagements et, comme ces engagements sont à terme, que si des réserves (provisions) adéquates sont constituées et maintenues »³⁶. Toutefois, ces mécanismes ne jouent qu'un rôle indirect dans la protection des assurés, puisqu'ils visent avant tout à renforcer la solidité des entreprises d'assurances.

³² Article 2414 C.c.Q. et L. 111-2 C. assur.

³³ Article 2414 alinéa 1 C.c.Q.

³⁴ Tel est notamment le cas des dispositions relatives à la protection de la mutualité, à savoir les articles L. 113-1 C. assur. et 2464 C.c.Q. qui interdisent la garantie de la faute intentionnelle de l'assuré ; les articles L. 121-6 C. assur. et 2418 C.c.Q. qui exige un intérêt d'assurance en assurance de personnes (même si la doctrine n'est pas unanime sur l'application de cette disposition du droit français en assurance de personnes : sur ce point, voir *Traité* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 407 et s., p. 189 et s.), puis L. 121-6 C. assur. et 2481 C. c. Q. en assurance dommages ; les articles L.121-1 C. assur. et 2463 C.c.Q. qui consacrent le principe indemnitaire ; les articles L.121-15 C. assur. et 2465 C.c.Q. qui sanctionnent le défaut d'aléa), etc.

³⁵ J. A. GUESMI, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, Thèse. Toulon, 1997, n° 152 à 159., cité par L.FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Bibliothèque de Droit Privé tome 366, Paris, LGDJ, 2002, n° 778, p. 571.

³⁶ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 5, p. 13.

11. Outre ces mécanismes de protection indirecte, il y a donc ceux qu'on pourrait qualifier de mécanismes de protection directe, en ce qu'ils visent quant à eux directement les assurés. Et le plus remarquable de ceux-ci est l'exclusion de garantie qui remplit une fonction essentielle qui consiste « d'une part, à fixer les limites de l'assurabilité du risque à travers les exclusions légales qui sont relatives au risque assurable et, d'autre part, contribuer à délimiter l'étendue de la garantie à travers les exclusions conventionnelles qui tracent à l'intérieur du risque assurable, les frontières du risque garanti »³⁷. Cette notion d'exclusion de garantie reste cependant l'une des questions fondamentales qui animent aujourd'hui encore le droit des assurances, car n'étant pas définie par le législateur (français et québécois), elle souffre d'un déficit de compréhension à tel point qu'il est difficile de la distinguer des notions voisines comme la condition de garantie³⁸ ou la clause définissant le risque couvert. De sorte qu'on assiste souvent en droit français (beaucoup moins en droit québécois) à des incertitudes et confusions jurisprudentielles, et donc à une insécurité juridique autour de la notion³⁹. En outre, bien que son régime juridique résulte principalement de la loi, son caractère contraignant et son application généralisée sans prise en compte de la situation réelle de l'assuré, fait qu'il se retrouve à son tour au cœur des débats sur la qualification d'exclusion⁴⁰. Puisque pour être admises, le droit français exige que les exclusions de garantie soient « *formelles, limitées et mentionnées dans la police en caractères très apparents* » (art. L. 113-1 al. 1 et L. 112-4 du Code des assurances). Il en est de même en droit québécois qui, outre les règles spécifiques à certaines catégories d'assurances⁴¹, exige que les exclusions soient « *formellement et limitativement stipulées dans le contrat d'assurance* » (art. 2464 al. 1 C.c.Q.). Le but est de permettre aux assurés de connaître l'étendue exacte de leur garantie.

³⁷ L. MAYAUX, « La couverture du risque », in *Traité* (s.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1702, p. 848.

³⁸ L. MAYAUX, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, n° 134-154, p. 91-103 ; G. DURRY, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Mél. H. GROUDEL*, Paris, Litec, 2006, p. 129 ; S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012. 957 ; H. GROUDEL, « Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie », *RCA* 1997, chron. n° 7 ; L. BRUGUIER-CRESPY, *Essai de distinction entre les clauses définissant l'objet de la garantie et les clauses d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance*, Mémoire, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines 2002.

³⁹ Voir *infra*, n°s 285 et s., pp. 213 et s.

⁴⁰ L. MAYAUX, in *Traité* (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1703, p. 848.

⁴¹ Voir les articles 2416 et 2417 C.c.Q. relatifs aux assurances de personnes.

Ce régime des exclusions de garantie s'inscrit dans la logique de protection des assurés qui caractérise dorénavant les droits français et québécois des assurances. Mais outre les difficultés liées à son caractère contraignant généralisé en tant que tel, les termes « formelles » et « limitées » du droit français, ou « formellement » et « limitativement » du droit québécois ne sont également pas définis par le législateur et sont donc laissés à la libre appréciation des juges du fond. Ce qui n'est pas sans conséquences, car il y a toujours une part de subjectivité dans une appréciation même venant d'un juge⁴². D'autres difficultés qui entourent la notion d'exclusion de garantie s'expliquent aussi par le décalage entre ce que l'assurance peut juridiquement et techniquement prendre en charge et l'attente par les assurés (souscripteurs) d'une garantie presque illimitée. Avec une telle attente, ces derniers seront donc tout naturellement surpris de se voir opposer une exclusion de garantie. Ce décalage entre l'offre et la demande d'assurance est souvent source de confusions dont l'auteur n'est autre que l'assureur lui-même, de par l'intitulé (assurance tous risques) ou la rédaction (clauses ambiguës) de ses polices d'assurance⁴³. Dès lors, au déficit de compréhension de la notion d'exclusion de garantie avec ses innombrables conséquences (difficile distinction entre exclusion et notions voisines, confusion jurisprudentielle, insécurité juridique, etc.), s'ajoute celui de la notion même d'assurance. C'est donc à la lumière de ce constat que notre projet de thèse ambitionne de mieux cerner la notion d'exclusion de garantie en matière d'assurance afin d'apporter notre modeste contribution à la réflexion qu'elle suscite pour que, à défaut d'y mettre fin, de réduire considérablement les difficultés qu'engendre à ce jour la problématique d'exclusion de garantie en droits français et québécois des assurances terrestres.

⁴² C'est pourquoi on suggère concernant les assurances de grands risques, de « supprimer l'exigence du caractère limité des exclusions de garantie qui permet aux juges d'écarter les clauses qui leur déplaisent ou qu'ils n'ont pas compris, au risque de compromettre l'équilibre du contrat » : J. BIGOT, in *Traité* (ss. dir) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 352, p. 167.

⁴³ Voir en ce sens F. EWALD et J-H. LORENZI (dir.) *Encyclopédie de l'assurance*, Paris Economica, 1998, p. VI., On y lit : « On dit souvent que l'assurance a une mauvaise image. Mais pourquoi ? Sans doute, pour l'essentiel, parce que l'assureur et l'assuré ne parlent pas le même langage, et qu'il n'y a pas une bonne compréhension entre ce que l'assureur peut offrir et l'attente par le client d'une garantie que le modèle de la sécurité sociale tend à rendre uniforme et illimitée ».

12. Étudier la notion d'exclusion de garantie revient d'abord à la définir de manière générale, pour ensuite envisager ses formes et mécanismes juridiques. De ce point de vue, on oppose généralement les exclusions légales de garantie aux exclusions conventionnelles⁴⁴. Cette démarche classique est tout à fait « légitime, dans la mesure où la garantie est effectivement bornée par la loi⁴⁵ et la volonté⁴⁶ »⁴⁷. D'autres⁴⁸ préfèrent cependant opposer l'assurabilité du risque à sa garantie, c'est-à-dire déterminer d'abord si un risque est assurable, et voir ensuite s'il est effectivement garanti par le contrat d'assurance. Chacune de ces démarches est utile et pertinente dans l'étude et la compréhension de la notion d'exclusion de garantie en matière d'assurance. Mais pour nous qui envisageons à travers une étude comparative l'analyse complète et détaillée de la notion, il nous semble plus pertinent, voire indispensable, de combiner ces deux démarches. Cela nous permettra conformément à notre objectif de recherche, de mieux appréhender la problématique d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance, grâce à l'analyse de ses différents contours sous des angles d'approches distincts. Pour ce faire et à la lumière de ce qui précède, notre problématique s'articule autour de deux questions, la première est de savoir pourquoi exclut-on la garantie dans le contrat d'assurance ? Et la seconde, pourquoi l'exclusion de garantie est au cœur des litiges entre assureurs et assurés ? Répondre à la première question permettra de déterminer la raison d'être de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance et répondre à la seconde permettra de mettre en lumière les difficultés de l'exclusion de garantie et envisager des solutions. Il s'agit d'analyser l'aspect épistémologique du droit de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance, pour non seulement déterminer sa raison d'être (*ratio legis*), mais aussi et surtout mettre en lumière ses lacunes et envisager des solutions.

⁴⁴ C'est la démarche adoptée par Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 13^e éd., 2011, n° 350 et s. (voir également la 14^e éd., 2017), ainsi que B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, Montchrestien, 2011, n° 202 et s., (voir également la 2^e éd., 2015 et la 3^e éd., 2018) qui traitent successivement de « l'exclusion légale de garantie » puis des « exclusions conventionnelles de garantie », cités par L. MAYAUX, in *Traité* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1569, p. 763.

⁴⁵ J. KULLMANN, « La détermination de la garantie d'assurance. Le rôle de la loi », in *La garantie d'assurance* (Colloque de 28 juin 2016 à la Maison de la Chimie), RCA n° 9, septembre 2016, dossier 19

⁴⁶ L. MAYAUX, « La détermination de la garantie d'assurance. Le rôle de la volonté », in *La garantie d'assurance* (Colloque de 28 juin 2016 à la Maison de la Chimie), RCA n° 9, septembre 2016, dossier 20.

⁴⁷ L. MAYAUX, in *Traité* (s. dir.) J. Bigot, *Op. cit.*, note 4, n° 1569, p. 763.

⁴⁸ Voir N. HADJ-CHAÏBCANDEILLE, *Du risque assurable au risque garanti en assurances terrestres*, Thèse Paris II, 1999, (ss. dir.) F. CHAPUISAT ; L. MAYAUX, in *Traité* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1569, p. 763.

Cette thèse serait ainsi une tentative de réponse d'une part, à l'étonnement que les assurés profanes peuvent avoir de se retrouver sans garantie malgré la souscription d'un contrat d'assurance sensé les protéger, et d'autre part, à la confusion que suscite la notion d'exclusion de garantie et qui se répercute sur son régime juridique actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances.

13. Cette problématique nous semble encore ouverte à la discussion, car malgré les nombreuses études consacrées à la problématique d'exclusion de garantie en matière d'assurance⁴⁹, les difficultés qui l'entourent sont toujours d'actualité. C'est dans cette optique que, outre les perspectives de solutions au problème notionnel de l'exclusion de garantie, nous envisageons à travers cette étude comparative, de repenser son régime juridique actuellement en vigueur en droits français et québécois pour mieux l'adapter à la situation réelle des deux catégories d'assurés, à savoir : les assurés qui nécessitent une protection particulière (consommateurs et non-professionnels souscrivant un contrat d'assurance des risques de masse) et les assurés qui ne nécessitent pas une protection particulière⁵⁰ (grandes entreprises souscriptrices de contrat d'assurance des grands risques). C'est l'une des pertinences scientifiques de cette thèse. Outre sa dimension comparative pouvant donner lieu à des solutions innovatrices grâce à la parenté entre le droit français et le droit québécois, on peut ajouter à la pertinence scientifique de cette thèse, l'absence de confusion jurisprudentielle autour de la notion d'exclusion de garantie en droit québécois et la recherche d'une solution pour dissiper l'ambiguïté qui existe autour de la notion d'exclusion en droit des assurances. Quant à la pertinence sociale, elle se justifie d'une part, par notre objet d'étude qui est le contrat d'assurance. Puisqu'à ce jour, à défaut d'avoir plusieurs, chacun de nous (ou presque) dispose d'au moins un contrat d'assurance. Et d'autre part, par notre objectif de recherche visant à mieux cerner la notion d'exclusion de garantie (une question fondamentale du droit des assurances) afin de pallier ses difficultés et ainsi rétablir la sécurité juridique autour d'elle. Au centre de notre préoccupation, siège la recherche d'une solution équilibrée prenant en compte la nécessité de préserver l'intérêt des assureurs sans pour autant sacrifier le grand besoin de couverture des assurés, ou empêcher une juste et réelle indemnisation des victimes. Reste à trouver l'outil idoine permettant de concilier ces différents intérêts.

⁴⁹ Voir *supra*, note 38.

⁵⁰ En ce sens, J. BIGOTin *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 352, p. 167.

Mais l'autre intérêt de cette étude comparative est surtout pratique, puisque si la distinction de l'exclusion de garantie aux notions voisines pose d'énormes difficultés en droit français, comme l'atteste le nombre d'études⁵¹ et de jurisprudence⁵² qui s'y rapportent, tel n'est pas le cas en droit québécois où cette problématique n'existe presque pas dans la pratique. La preuve est que, mise à part l'arrêt Lejeune⁵³ dans lequel la Cour suprême du Canada fait la distinction entre exclusion et aggravation du risque et celui dans lequel la Cour supérieure du Québec consacre la notion d'« engagement formel »⁵⁴ ayant toutes les caractéristiques de l'exclusion et auquel l'on peut appliquer par analogie les règles de l'article 2563 du Code civil du Bas Canada (C.C.) [(devenu 2464 C.c.Q)], traitant de l'exclusion d'un préjudice, c'est-à-dire un engagement qui doit être énoncé de façon expresse et limitative, car comme l'écrit la Cour d'appel dans l'arrêt *Madill c. Succession de Lacoste*, « en reprenant l'opinion des auteurs Picard et Besson, relativement à la délimitation du risque couvert et à l'exclusion : l'exclusion doit être précise, porter sur un point particulier bien délimité, pour que l'assuré sache exactement dans quels cas et dans quelles conditions il n'est pas garanti.

⁵¹ L. MAYAUX, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, n° 134-154, p. 91-103 ; G. DURRY, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Mél.* H. GROUDEL, Paris, Litec, 2006, p. 129 ; S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012. 957 ; H. GROUDEL, « Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie », *RCA* 1997, chron. n° 7 ; L. BRUGUIER-CRESPY, *Essai de distinction entre les clauses définissant l'objet de la garantie et les clauses d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance*, Mémoire, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines 2002.

⁵² Pour ne citer que quelques exemples, voir : Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1996 : *JurisData* n° 1996-004476 ; *Bull. civ.* 1996, I, n° 413 ; *Resp. civ. et assur.* 1996, chron. 5, H. GROUDEL ; *RGDA* 1997, p. 132, note J. KULLMANN ; Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, n° 112 ; *RGDA* 1997, p. 737, note M. H. MALEVILLE ; Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.856 : *JurisData* n° 2009 050416 ; Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1992 : *JurisData* n° 1992-001761 ; *Resp. civ. et assur.* 1992, comm.429 ; *Bull. civ.* 1992, I, n° 219 ; *RGAT* 1992, p. 617, note J. KULLMANN ; Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1999 : *JurisData* n° 1999-000626 ; *Resp. civ. et assur.* 1999, comm. 113 ; Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 99-10.650 : *JurisData* n° 2002-016096 ; *Bull. civ.* 2002, I, n° 243 ; Cass. 2^e civ., 3 févr. 2005, n° 03-19.624 : *JurisData* n° 2005-026820 ; *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 140, H. GROUDEL : commentaire critique ; *Argus*, 25 févr. 2005, p. 34 ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2005, p. 17.

⁵³ A propos d'une modification de l'usage d'un immeuble à l'insu de l'assureur, la Cour décide que pour déterminer s'il s'agit d'une exclusion ou d'une aggravation du risque, il faut identifier ce que l'assureur avait l'intention d'assurer. Une fois l'objet d'assurance identifié, il faut déterminer si l'assureur avait manifesté l'intention d'assurer le risque qui s'est réalisé. Par conséquent, puisqu'il ressort clairement de la police d'assurance que l'assureur avait l'intention d'assurer contre l'incendie un immeuble occupé uniquement à des fins résidentielles, l'utiliser à des fins autres que résidentielles entraîne exclusion et non une aggravation du risque : *Lejeune c. CumisInsurance Society Inc.* (C.S. Can., 1989-10-26), SOQUIJ AZ-89111110, J.E. 89-1466, [1989] 2 R.C.S. 1048, [1989] R.R.A. 1031 (rés.).

⁵⁴ C'est l'article 2489 du Code civil du Bas-Canada (devenu 2412 C.c.Q.) qui prévoit que : « les manquements aux engagements formels aggravant le risque suspendent la garantie. La suspension prend fin dès que l'assureur donne son acquiescement ou que l'assuré respecte à nouveau ses engagements ». Et par engagements formels on entend tous « engagements pris par le preneur à poser certains gestes de nature à amenuiser le risque, comme l'installation d'un système d'alarme en assurance-vol » (D. LLUELLES, *Droit des assurances : aspects contractuels*, Montréal, 2^e Éd. Thémis, 1986. P. 200. Voir également en ce sens : *Lloyd's de Londres c. Paramsothy*, (C.A., 2007-02-21), 2007 QCCA 239, SOQUIJ AZ-50417554, J.E. 2007-484, [2007] R.R.A. 60 (rés.), EYB 2007-115048), c'est-à-dire « les règles de prudence que l'assuré s'oblige à suivre tout au long du risque » (commentaires du ministre de la justice sous l'article 2414 C.c.Q.).

Il faut qu'elle soit nettement circonscrite, en termes clairs et précis, à l'abri de toute équivoque et de toute ambiguïté »⁵⁵, nous n'avons à ce jour trouvé aucune étude ou jurisprudence québécoise portant sur cette problématique⁵⁶.

14. La question serait donc d'essayer de comprendre pourquoi cette problématique qui défraye autant la chronique en droit français se rencontre peu ou pas en droit québécois (dans la pratique en tout cas). Est-ce parce qu'il est plus pragmatique que le droit français ? Ou simplement parce que la culture nord-américaine des assureurs québécois les rend plus efficaces dans le traitement non contentieux des réclamations d'assurance, pour ainsi éviter d'aller en procès et avoir à invoquer comme moyen de défense des clauses pouvant, selon l'humeur des juges, être qualifiées de condition, engagement formel⁵⁷ ou d'exclusion de garantie ?

⁵⁵ *Équitable (L'), compagnie d'assurances générales c. Entreprises ÉramelleInc.* (C.S., 1995-02-21), SOQUIJ AZ-95021286, J.E. 95-680, [1995] R.R.A. 358. Pour consacrer cette notion, les juges écrivent au quatrième point de l'arrêt (« 4/L'action en garantie ») que : « Dans son traité *Les contrats d'assurance (terrestre) : lignes et entre-lignes*, Me Jean-Guy Bergeron s'exprime ainsi : la sanction du manquement à cet à cet engagement formel est semblable à celle de l'exclusion du risque. Toutefois, pour l'exclusion du risque, il importe peu, contrairement à l'engagement formel, qu'une aggravation du risque résulte de l'événement. Cependant, selon Me Bergeron :

« Pour être valide, l'engagement formel doit être exprès et être dénoncé clairement : l'engagement formel ne peut être que conventionnel, bien plus, ne peut être qu'exprès : les anciennes garanties implicites n'existent plus. [...] Il faut vérifier la portée de chaque engagement formel. Un engagement formel peut être de *faire vérifier*, un autre peut porter sur le *bon fonctionnement*. Comme les exclusions, les engagements formels peuvent constituer de désagréables surprises pour l'assuré ; l'assureur doit s'appliquer à les dénoncer clairement. Les juges ajoutent enfin, que cet *engagement formel qui a toutes les caractéristiques de l'exclusion* est bien différent des *engagements formels* qu'on retrouve habituellement dans les polices d'assurance tels que l'obligation d'avoir un système de gicleur automatique, avoir un gardien sur les lieux pendant 24 heures, avoir un système d'alarme, etc. ».

Cette notion d'« *engagement formel qui a toutes les caractéristiques de l'exclusion* » est donc un pur produit d'une jurisprudence inspirée par la doctrine. Quant à la notion d'*engagement formel* tel que définie ici par les juges, mais aussi par la doctrine et le ministre de la justice (*op. cit.* note 54.), elle s'apparente fortement à celle de *conditions de garantie* du droit français des assurances qui, consiste à subordonner la garantie au respect de certaines obligations, tels que l'installation d'un système d'alarme (Cass.1^{re} civ., 3 mars 1998, n° 96-16.802) ou sa vérification périodique (Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 1999, *RGDA* 1999, p. 467).

Cette forte ressemblance pour ne pas dire confusion entre engagements formels et conditions de garantie, démontre ainsi tout l'intérêt de la distinction entre l'exclusion et les notions voisines à la fois en droits français et québécois des assurances. C'est pourquoi tel sera l'objet de notre analyse dans les lignes qui suivent.

⁵⁶ Dans la base de données SOQUIJ (Société Québécoise d'information juridique), outre la recherche par mots-clés, il est possible à travers l'onglet « Collections – Code civil du Québec annoté de BAUDOIN RENAUD », de trouver toute (ou la plus importante) la doctrine et la jurisprudence relatives à une disposition de ce Code. Mais parmi le nombre important d'études et de jurisprudence relatifs à l'article 2464 qui consacre la notion d'exclusion en droit québécois, la problématique de distinction de l'exclusion à la condition de garantie ou à la clause définissant l'objet du contrat n'est abordée nulle part. Ce qui nous laisse penser qu'en droit québécois la question ne se pose pas, ou peu, en pratique.

⁵⁷ En référence à la jurisprudence *Équitable (L'), compagnie d'assurances générales c. Entreprises ÉramelleInc.*, *op. cit.*, note 55.

Puisqu'il faut le souligner, si « dans l'immense majorité des cas, le règlement du sinistre s'effectue de manière *amiable* ; le *contentieux* demeure la solution des règlements conflictuels ; les pays anglo-saxons semblent, plus que la France, avoir recours à des systèmes intermédiaires de conciliation, de transaction, de médiation (avec notamment *la clause de médiation préalable et obligatoire*⁵⁸) ou d'arbitrage qui constituent des *modes de règlement non contentieux* »⁵⁹. Ces questions méritent en tout cas d'être posées, car les réponses apportées seront d'une grande utilité dans la perspective de résolution des difficultés engendrées par la délicate distinction entre l'exclusion de garantie et les notions voisines qui caractérise aujourd'hui encore le droit des assurances et le droit français en particulier.

15. L'étude du droit comparé permettra d'avoir le recul nécessaire pour mener à bien la démonstration. Le droit comparé est également l'outil idéal pour un projet comme le nôtre qui envisage remédier aux lacunes, notamment législatives, d'une notion juridique. Et surtout quand il s'agit de comparer les droits français et québécois des assurances qui sont certes similaires mais non identiques⁶⁰.

⁵⁸ C. LE GALLOU, « La clause de médiation préalable et obligatoire – Approche de droit anglo-saxon », in *Les règlements amiables des différends* (ss. dir.) de L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE, Paris, LGDJ, mars 2018.

⁵⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, 14^e éd., *op. cit.*, note 3, n° 503, p. 389.

⁶⁰ Ainsi à titre d'exemple, les droits français et québécois des assurances partagent le principe d'exclusion du suicide de l'assuré tout en divergeant sur son régime juridique (art. 2441 du Code civil du Québec (C.c.Q.) et L. 132-7 du Code des assurances (C. assur.)). Il en est de même de l'exclusion de la faute intentionnelle dans son ensemble. Les deux systèmes partagent le principe de son inassurabilité (art. L. 113-1 al. 2 du Code des assurances et 2464 du Code civil du Québec), mais divergent sur son régime juridique. En effet, pour la jurisprudence française, la faute intentionnelle implique « la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu » : Cass. 2^e civ., 6 févr. 2014, n° 13-10.160, JurisData n° 2014-001843 ; Cass. 2^e civ., 9 avr. 2009, n° 08-15960 :RCA 2009, comm. 197, note H. GROUDEL ; RGDA 2009, p. 747, note L. MAYAUX ; Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2003, n° 01-10478 et 01-10747 :Bull. civ. 2003, I, n° 125 ;RCA 2003, comm. 282, note H. GROUDEL) et pour celle québécoise, elle implique simplement « la volonté de causer le dommage » : (*Peracom Inc. c. Société TELUS Communications*, (C.S. Can., 2014-04-23), 2014 CSC 29, SOQUIJ AZ-51066651, 2014 EXP-1298, J.E. 2014-722, [2014] 1 R.C.S. 621, EYB 2014-236123 ; *Compagnie d'assurance-vie Transamerica du Canada c. Goulet*, (2002) 1 R.C.S. 719, 2002 CSC 21, 2002 CSC 21 (2002)). Ces deux définitions sont certes semblables, mais non-identiques. Puisque contrairement à la définition du droit français, celle retenue par le droit québécois a le mérite d'éviter plusieurs difficultés, car entre le dommage recherché (critère commun aux deux définitions) et celui effectivement survenu (critère spécifique à la définition du droit français), il peut parfois avoir un grand écart comme nous le montre les exemples jurisprudentiels : (Incendie d'une montée d'escalier, distinct de celui recherché d'une porte (Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 1986) ; un forcené alcoolique qui blesse un passant au lieu de sa femme (Cass. 1^{re} civ., 10 décembre 1991) ; l'assuré qui, en tirant sur un malfaiteur, blesse mortellement un voisin, n'a pas commis de dommage intentionnel (Cass.1^{re} civ., 1970, JCP 1970.II.6265 ; Coups volontaires, mais blessures non voulues (Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1985, Gaz. Pal., 20 déc. 1985, p. 7, obs. PIEDELIEVRE, D. 1987. Somm. 37, obs. H. GROUDEL ; un assuré ayant incendié volontaire de son immeuble n'a pas voulu endommager les immeubles voisins (Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990 RGAT 1991-5, RCA 1991 n° 68).

C'est tout l'intérêt de leur comparaison (et donc, de la présente étude), car il s'agit d'une voie pertinente pour l'étude et la compréhension des règles et principes régissant le contrat d'assurance, et donc le droit de l'exclusion de garantie. En outre, si les études consacrées à la comparaison entre les droits français et québécois sont désormais assez nombreuses⁶¹, il n'existe toutefois pas à notre connaissance, d'étude d'ampleur entièrement et directement consacrée à la notion d'exclusion de garantie en matière d'assurance. Ainsi, le caractère nouveau de cette étude, l'ambition qu'elle présente et son absence manifeste au sein de la doctrine juridique actuelle, sont autant de facteurs rendant le projet pertinent et digne d'une recherche universitaire.

16. Mais en l'absence de réponse toute faite à notre problématique, il paraît opportun de remonter aux fondements et à la philosophie même de l'assurance. La démarche consiste à analyser la problématique de l'exclusion de garantie à travers la notion même d'assurance, puisqu'il est indispensable de comprendre d'abord ce qu'est l'assurance et son mécanisme de fonctionnement, pour mieux saisir et analyser les règles et principes qui la régissent. C'est ainsi qu'il a été rappelé que : « l'assurance nécessite d'être comprise dans sa finalité et son économie avant de l'être dans son droit. La bonne compréhension du contrat d'assurance suppose nécessairement un entendement minimal de ce qu'est, en tant que technique, l'assurance. [...]. De cette histoire, de cette technique découle le droit et les institutions d'assurance »⁶², et donc le droit de l'exclusion de garantie. Dès lors, il faudra dans le cadre de la présente étude, s'efforcer de comprendre comment les systèmes juridiques français et québécois conçoivent la technique et le fonctionnement de l'assurance. Pour ce faire, il convient de distinguer l'assurance et son support juridique qui est le contrat, même si, « il paraît difficile de les dissocier entièrement l'une étant le support juridique de l'autre »⁶³.

⁶¹ R. BOUT, « *Le contrat d'assurance en droit comparé français et québécois* », Montréal, Institut de droit comparé de l'Université de McGill, 1988 ; J.GHESTIN, « *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français : principes directeurs, consentement, cause et objet* », Montréal, Institut de droit comparé de l'Université de McGill, 1982 ; P.-H.GLENN, « *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance* », Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 1993.

⁶² B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, coll. « Domat - Droit privé », 3^e éd., 2018, n° 4, p. 21.

⁶³ L. MAYAUX, « Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris LGDJ, 2011, n° 3, p. 3 à la note 6.

En outre, malgré « l'importance lié à l'*objectivation* du processus de gestion des risques, le preneur doit être pleinement conscient du processus assurantiel dans son ensemble (contrat et mutualité) et qu'en ce sens, l'un ne peut et ne doit pas être dissocié de l'autre »⁶⁴. Toutefois, de nos différentes recherches et analyses portant sur l'exclusion de garantie en droit français et québécois des assurances terrestres, nous nous sommes déjà forgés une hypothèse qui est le résultat à la fois d'une intuition et d'un constat.

17. L'intuition est que l'exclusion de garantie est une nécessité pour l'assurance, car outre les impératifs de l'ordre public, sa technique et son fonctionnement s'opposent à la prise en charge de certains risques. Elle est de ce fait un outil qui encadre et veille au bon fonctionnement de l'assurance. Son rôle est de permettre, d'une part, au législateur de veiller non seulement au respect de l'ordre public en interdisant l'assurance de tout risque susceptible d'y porter atteinte, mais aussi garantir le bon fonctionnement de l'assurance par un principe d'inassurabilité des risques non aléatoires (exclusion légale), et d'autre part, aux parties à un contrat d'assurance de délimiter en commun accord (en principe) l'étendue de leur convention (exclusion conventionnelle). L'exclusion légale serait donc à la fois une mesure de protection de l'ordre public et une sanction de l'absence d'aléa « inhérent au contrat d'assurance »⁶⁵, et l'exclusion conventionnelle une conséquence de la liberté contractuelle⁶⁶ à laquelle peut s'ajouter les impératifs de la technique d'assurance et le plan d'affaire de l'assureur. Dès lors, l'exclusion de garantie est autant nécessaire pour l'assurance que l'assurance l'est devenue pour notre société. D'où l'impossibilité de l'assurance sans exclusion de garantie⁶⁷. Cette nécessité ne doit tout de même pas conduire à l'abus, puisque c'est l'avenir même de l'assurance qui sera compromis si l'on abuse des exclusions de garanties (légales et conventionnelles). Ce qui explique le régime juridique très contraignant de l'exclusion de garantie⁶⁸, bien que celui actuellement en vigueur mérite d'être repensé.

⁶⁴ A. BELANGER et J.-M. TAWALLI, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance », (2009) 39 (2) *RGD*, 8-38, n° 28, p. 33, à la note 83.

⁶⁵ Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-18844, *RCA*, 2014, comm. 321, note H. GROUDEL.

⁶⁶ Voir en ce sens B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 509, p. 493.

⁶⁷ C'est en ce sens que le juge VALLERAND disait (en parlant d'une police d'assurance) que : « [...] Elle comporte nécessairement des conditions, des exclusions, des limites, des modalités. Du reste, *toutes* les polices, même les plus généreuses, en comportent » : Cour d'appel du Québec (C.A.Q.), 11 mars 1991, n° 500-09-000808-873, [1991] *RRA* 352. Cette décision est relative à une assurance-invalidité-prêt collective où l'assureur refuse sa garantie sur le fondement d'une clause d'exclusion contenue dans la police, mais pas dans l'attestation remise à l'adhérent qui, invoque le défaut de l'assureur de l'informer des exclusions de la police., cité dans S. CÔTÉ, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *Institut Canadien*, Conférence du 10 fév. 1994 sur le refus de couverture dans les réclamations d'assurance, p. 39.

⁶⁸ Voir notamment les articles 2464 C.c.Q al. 1^{er} et L. 113-1 al. 1^{er} et 112-4 dernier alinéa C. assur.

La solution est de trouver le juste milieu entre couverture et exclusion de garantie, car « face à un type de risque en général aussi bien que face à un risque individuel en particulier, l'assureur doit se montrer circonspect. Tout refuser serait la négation même de son activité ; tout assurer, la certitude d'une mort programmée. L'assurance, pour être viable, doit rechercher constamment le point d'équilibre »⁶⁹.

18. Le constat est que, les difficultés actuelles de la problématique de l'exclusion de garantie sont loin d'être sans conséquences. La difficile distinction de l'exclusion de garantie aux notions voisines est source d'incertitude et confusion jurisprudentielle en droit français. Et le régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois est inadapté à la situation réelle de certains assurés. Ainsi, à la nécessité de l'exclusion de garantie s'ajoute le souhait et la nécessité d'envisager des solutions à ses difficultés actuelles et les conséquences qu'elles engendrent.

19. C'est autour de cette hypothèse que va porter notre analyse tout au long de la présente étude. Pour atteindre ce but et réussir au mieux cette étude comparative, nous avons opté pour la méthode de l'analyse exégétique traditionnelle, c'est-à-dire « une recherche visant à recueillir et agencer des données juridiques, à interpréter le droit positif et faire l'analyse et l'exégèse de sources juridiques fiables »⁷⁰. Nos recherches porteront donc principalement sur la loi, la jurisprudence et la doctrine portant sur la problématique de l'exclusion de garantie en droits français et québécois des assurances terrestres. Toutefois, le choix de la méthode de l'analyse exégétique traditionnelle n'empêchera pas de conduire une réflexion d'ensemble au-delà de ce que le droit positif a pu appréhender jusque-là, puisque « une approche qui se limiterait à la plate description du droit positif vouerait son auteur à la stérilité ou à la paralysie intellectuelle, tant le sentiment qui domine est celui d'un profond chaos »⁷¹. En outre, cherchant à mieux saisir l'aspect épistémologique du droit de l'exclusion de garantie en matière d'assurance, quand bien même il sera rapporté l'état du droit positif le plus récent, tel n'est pas le but principal de cette étude. Seront donc essentiellement rapportés les éléments juridiques qui, aujourd'hui comme hier, permettent de mieux cerner le droit de l'exclusion de garantie.

⁶⁹ H. GROUDEL, « L'intensité de l'aléa : sa représentation par l'assureur », in *Aléa et contrat d'assurance*, RCA n° 3, déc. 2014, dossier 6.

⁷⁰ Voir : Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, « Le droit et le savoir », Ottawa, CRSH, 1983, p. 74-75.

⁷¹ C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Thèse, Paris 2, 2005, n° 22, p. 26.

20. Quant à la façon de mener la présente étude comparative, le droit comparé « consiste fondamentalement dans la constatation des points communs et des divergences qui existent entre deux ou plusieurs droits nationaux »⁷². La présente étude ne dérogera pas à cette règle. Et même si, « il existe sans doute autant de manières d'aborder la comparaison en droit qu'il existe de comparatistes »⁷³, on distingue classiquement la comparaison conceptuelle de la comparaison fonctionnelle. Mais en raison de leurs limites respectives, ces deux méthodes de comparaison sont souvent dépassées par les comparatistes. En effet, outre le fait qu'une comparaison conceptuelle soit « difficile et trompeuse »⁷⁴, et la comparaison fonctionnelle parfois impossible⁷⁵, le comparatiste qui se limiterait à la technique conceptuelle risque de mener une analyse purement théorique⁷⁶. Alors qu'une comparaison purement fonctionnelle « risque d'ignorer l'aspect culturel du droit, les explications extrajuridiques qui se trouvent dans l'histoire, la culture, la constitution de chaque pays »⁷⁷. En outre même si le concept d'une notion est différent de sa fonction, il est difficile d'étudier l'un (le concept) sans comprendre l'autre (sa fonction) et inversement. Appliqué à notre sujet, on dira qu'il est difficile d'étudier le concept de l'exclusion de garantie sans comprendre sa fonction. D'où la pertinence d'une étude de droit comparé qui combine comparaison conceptuelle et comparaison fonctionnelle. C'est ainsi que dans le cadre de la présente étude a été fait le choix d'une approche structurale qui, à la différence des comparaisons conceptuelles et fonctionnelles, permet de « comprendre le système tout entier dans son origine, son évolution, ses principes fondamentaux, ses sources, ses procédés d'application, son esprit et son système général de valeurs »⁷⁸.

⁷² Voir, M. ANCEL, « Utilité et méthode du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits », Éditions Ides et Calendes Neuchatel, 1971, p. 31. (ci-après : « M. ANCEL (1971) »).

⁷³ Voir, J. VANDERLINDEN (1995), p. 4.

⁷⁴ « Souvent une harmonie conceptuelle apparente cache une réalité discordante » : (v. les remarques de S. WHITTAKER, *how does French law deal with anticipatory breaches of contract*, I.C.L.Q 1996, pp. 662-667, notamment p. 666)., cité par R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Préf. J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 336, 2000, note 69, p. 15.

⁷⁵ « En revanche, une comparaison fonctionnelle vise à identifier l'équivalent fonctionnel du concept ou de l'institution comparés mais suscite aussi des critiques dans la mesure où cette recherche présuppose que la fonction équivalente existe dans le système comparé, ce qui n'est pas toujours le cas » : (*ibid.*, S. WHITTAKER.), cité par R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, note 75, n° 18, p. 15.

⁷⁶ R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, note 75, n° 18, p. 15.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ M. ANCEL (1971), p. 100.

21. Pour mener à bien cette étude comparative, le droit français et le droit québécois seront étudiés concurremment sauf s'il s'avère plus pertinent de les étudier successivement du fait notamment d'une divergence notable de régime. Toutefois, s'il est souhaitable et tout sera fait pour que les deux systèmes juridiques reçoivent dans la présente étude le même traitement en termes d'élaboration et d'analyse, il y aura très certainement un déséquilibre en faveur du droit français où les écrits en droit des assurances sont plus nombreux qu'en droit québécois. Et pour ne pas se limiter à une simple description des droits étudiés, seront indiquées autant que faire se peut, les raisons plausibles de chaque point de divergence ou de convergence entre le droit français et le droit québécois des assurances terrestres sur la problématique de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance. Il convient aussi de préciser que l'examen des droits français et québécois dans le cadre de la présente étude n'a pas pour but d'harmoniser les deux législations, ni même de les hiérarchiser. Mais conformément à l'objet du droit comparé, la présente étude vise à déterminer non seulement les points de divergence et de convergence entre les deux systèmes, mais aussi et surtout identifier les mérites et faiblesses de chacun d'eux sur cette problématique d'exclusion de garantie. Enfin, s'il est vrai que « faire une thèse est l'unique occasion pour un auteur d'exprimer ses idées à l'aide de ses propres formulations. Et bien que l'utilité « de citer la doctrine et de mobiliser les arguments d'autorité [...] ne devrait pas éclipser le travail original de l'auteur »⁷⁹, dans la présente étude le choix a été fait de ne pas hésiter de recourir aux citations, mais aussi de les garder telles qu'elles ont été formulées par leur auteur et en intégralité chaque fois que cela nous paraisse pertinent pour notre démonstration. Même si cela peut être considéré comme empêchant la voix de l'auteur à se faire mieux entendre⁸⁰ et rendant parfois difficile la lecture du texte⁸¹, il s'agit d'un choix pleinement assumé et qui ne nous paraisse pas éclipser le travail original qui se trouve dans cette thèse. On est également conforté dans ce choix par le fait que nombreuses sont les études doctrinales (davantage en droit québécois qu'en droit français) qui font autorité et qui comportent pas mal de citations qui conservent les formulations originales.

⁷⁹ R. MORADINEJAD, « Rapport de pré lecture de la présente thèse », p. 2.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Id.*, p. 9.

22. L'ambition de la présente étude nous conduit à penser que celle-ci se donnera d'autant mieux si on limite notre réflexion au domaine déjà vaste de l'assurance terrestre, à l'exception du domaine particulier de l'assurance automobile. Cette exclusion de l'assurance automobile s'explique par son caractère très spécifique qui est dicté principalement par des motivations de politiques juridiques propres à chaque État. Politiques juridiques sur lesquelles il ne faut pas s'aventurer, car cette étude comparative des droits français et québécois des assurances terrestres sera plus pertinente en focalisant uniquement l'analyse sur la technique et les grands principes de l'assurance. Ce qui explique d'ailleurs que dans la méthodologie de recherche de la présente étude, le choix a été fait de revenir aux fondements et à la notion même d'assurance. Ainsi, outre ce domaine particulier de l'assurance automobile, les domaines de l'assurance aérienne, fluviale et lacustre seront également exclus du champ d'analyse de la présente étude. Quant à l'assurance maritime, bien qu'elle soit aussi exclue du champ d'analyse de cette étude, on ne s'interdit pas d'y faire référence à chaque fois que la nécessité se présente. Ces références occasionnelles au régime de l'assurance maritime s'expliquent par le fait que cette dernière demeure la principale source des règles et principes régissant le fonctionnement de l'assurance moderne. L'approche ainsi retenue n'excède en rien les limites d'une étude consacrée à la notion d'exclusion de garantie en matière d'assurance terrestre.

23. Pour répondre au mieux à la problématique et aux questions de recherche rappelées ci-dessus, la première partie de cette étude sera consacrée à la détermination de la raison d'être de l'exclusion de garantie en droits français et québécois des assurances terrestres (partie 1). Dans cette première partie, il s'agit d'essayer de démontrer que l'exclusion de garantie est à la fois un effet de la technique d'assurance (titre 1) et une nécessité pour son bon fonctionnement (titre 2). Autrement dit, c'est la technique de l'assurance et la nécessité de son bon fonctionnement qui empêchent la prise en charge des risques qui sont exclus de la garantie d'un contrat d'assurance. C'est cette première partie qui tente de répondre à la question de savoir pourquoi exclut-on la garantie dans le contrat d'assurance, c'est-à-dire à l'étonnement que les assurés profanes peuvent avoir de se retrouver sans garantie malgré la souscription d'un contrat d'assurance sensé les protéger.

Quant à la seconde partie de la présente étude, elle sera consacrée aux difficultés et perspectives de solutions de l'exclusion de garantie en droits français et québécois des assurances terrestres (partie 2). Il s'agit dans cette seconde partie, de mettre d'abord en lumière les difficultés théoriques et pratiques que pose l'exclusion de garantie en droit français et en droit québécois (titre 1). Et une fois misent en lumière, il faudra envisager ensuite des perspectives de solutions à ces difficultés que pose l'exclusion de garantie (titre 2). Cette seconde partie tente quant à elle de trouver une solution à la confusion que suscite la notion d'exclusion de garantie et qui se répercute sur son régime juridique actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances.

PARTIE 1 – DÉTERMINATION DE LA RAISON D'ÊTRE (*RATIO LEGIS*) DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

24. Avant de déterminer la raison d'être de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance, c'est dans ces toutes premières lignes de la thèse qu'il aurait fallu logiquement envisager d'abord la définition de la notion d'exclusion et ses liens avec les notions connexes. Mais cette définition (ou plutôt absence de définition, du moins par le législateur) et ces liens étant, comme nous allons le constater dans les lignes qui suivent (partie 2, titre 1), l'une des principales difficultés de l'exclusion de garantie, le choix a été fait de les aborder dans la seconde partie de la thèse consacrée aux difficultés et perspectives de solution de l'exclusion de garantie. Le lecteur qui voudrait d'abord être éclairé sur la définition de la notion d'exclusion et ses liens avec les notions connexes, est donc invité à se reporter au premier titre de la deuxième partie de la présente étude.

25. Déterminer la raison d'être d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance permettra d'éclairer les assurés face à leur étonnement de se retrouver souvent sans la garantie en contrepartie de laquelle ils ont accepté de payer une prime ou une cotisation. Il est incompréhensible pour un assuré de se retrouver sans garantie malgré la souscription d'un contrat d'assurance. Sensibiliser le grand public, et plus précisément les assurés, au mécanisme de fonctionnement de l'assurance contribuera fortement à diminuer les litiges qui les opposent aux assureurs. En effet, en raison de son importance de plus en plus grandissante pour notre société, l'assurance est une institution très réglementée. Et malgré la multitude des règles qui l'encadrent, le but final reste le même : assurer le développement de l'assurance sur des bases saines pour garantir sa pérennité. Parmi ces règles d'encadrement figurent deux principes fondamentaux. Le premier décrète l'inassurabilité de certains risques du fait de leur incompatibilité avec la technique et le fonctionnement de l'assurance, et le second reconnaît aux parties à un contrat d'assurance la possibilité de délimiter librement le contenu et l'étendue de leur convention. Ces deux principes se manifestent à travers l'exclusion de garantie, dont l'exclusion légale pour le premier et l'exclusion conventionnelle pour le second. L'exclusion se révèle ainsi être à la fois un effet de la technique d'assurance (titre 1) et une nécessité pour son bon fonctionnement (titre 2).

TITRE 1 – L'EXCLUSION DE GARANTIE : UN EFFET DE LA TECHNIQUE D'ASSURANCE

26. Outre les éléments indispensables à l'existence même du contrat d'assurance que sont le risque et l'aléa, son fonctionnement est basé sur des techniques sans lesquelles il ne peut y avoir d'assurance. Ce sont ces techniques qui justifient les nombreux mécanismes encadrant le contrat d'assurance, et notamment l'exclusion de garantie. Cette dernière occupe une place de choix parmi les outils de régulation de l'assurance. C'est pourquoi il est indispensable de se référer aux éléments constitutifs de ce contrat (le risque et l'aléa en particulier) pour mieux appréhender la raison d'être de l'exclusion de garantie. C'est en ce sens qu'il a été rappelé que, « la question des risques à exploiter, à contrôler, à répartir, à circonscrire et à créer acquiert une importance majeure pour la compréhension juridique des outils de régulation du contrat d'assurance »⁸². Ainsi, en tant qu'outil de régulation, l'exclusion de garantie est parfois dictée uniquement par la technique d'assurance, et parfois en plus de la technique d'assurance, par des considérations de l'ordre public et la morale. A ce propos, on parle d'exclusion comme un effet purement technique de l'assurance (chapitre 1) pour la première hypothèse, et d'exclusion comme un effet de la technique d'assurance modérée par l'ordre public et la morale (chapitre 2) pour la seconde hypothèse.

⁸² A. BELANGER, « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », (2011) 56 : 2 *McGill LJ* 317.

CHAPITRE 1 – L'EXCLUSION COMME EFFET PUREMENT TECHNIQUE DE L'ASSURANCE

27. La technique de fonctionnement de l'assurance ne permet pas la couverture de tous les risques même si les parties au contrat d'assurance l'auraient voulu. Cela s'explique par le fait qu'il y a des risques qui ne sont pas compatibles avec cette technique et qui seront donc naturellement pas couverts par une police d'assurance. Ces risques non couverts en raison de leur incompatibilité avec la technique de fonctionnement d'assurance se révèlent donc être une limite à liberté contractuelle dans toute son ampleur, c'est-à-dire la liberté de l'assuré et de l'assureur de contracter ou de ne pas contracter, mais aussi la liberté de choisir le contenu de leur contrat. Le choix des risques à couvrir par les parties au contrat d'assurance ne peut se faire que parmi les risques compatibles avec la technique de fonctionnement de l'assurance. A ce propos, on dira que la technique ou mécanisme de fonctionnement de l'assurance est indisponible, car ni l'assuré ni l'assureur ne peut rien y changer. Une analyse approfondie de la notion d'assurance (section 1) permettra de mieux identifier les exclusions dictées par la seule technique d'assurance (section 2).

SECTION 1 – LA NOTION D'ASSURANCE

28. L'assurance est une technique de gestion des risques par mutualisation et ayant pour support juridique le contrat. C'est dans ce cadre qu'on peut lire : « le preneur doit être pleinement conscient du processus assurantiel dans son ensemble (contrat et mutualité) et qu'en ce sens, l'un ne peut et ne doit pas être dissocié de l'autre »⁸³, ou qu'il « est difficile de les dissocier entièrement l'un étant le support juridique de l'autre »⁸⁴. Mais bien que difficile à dissocier entièrement, le contrat d'assurance qui renvoie au rapport juridique entre le preneur et l'assureur ne doit tout de même pas être confondu au mécanisme de fonctionnement de ce rapport qu'est la mutualité (la technique d'assurance), d'autant qu'il a été démontré qu'à plusieurs égards, la mutualité peut être absente de la gestion des risques et qu'en ce sens, elle doit être distinguée du contrat d'assurance lui-même⁸⁵.

⁸³ A. BELANGER et J.MANEKENGTAWALLI, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance », (2009) 39 (2) *RGD*, 8-38, n° 28, p. 33, à la note 83.

⁸⁴ L. MAYAUX, « Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris LGDJ, 2011, n° 3, p. 3 à la note 6.

⁸⁵ V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 267, préf. J. HERON, 1996, p. 50 et suiv.

Ainsi, pour que le preneur puisse être suffisamment conscient du processus assurantiel et avoir une idée complète et exacte de l'assurance, il est nécessaire de distinguer contrat (§ 1) et technique d'assurance (§ 2)⁸⁶.

§1 – LE CONTRAT D'ASSURANCE

29. A travers la définition du contrat d'assurance (I) apparaît clairement deux notions essentielles que sont le risque (élément fondamental du contrat d'assurance) et l'aléa (l'essence du contrat d'assurance) qui constituent ses éléments techniques (II).

I – DÉFINITION DU CONTRAT D'ASSURANCE

30. L'assurance peut être envisagée sous l'angle de différentes approches. C'est dans ce cadre que certains soutiennent que, « il existe un concept économique, un concept technique et un concept juridique de l'assurance. Ces trois concepts sont autonomes car les trois approches sont foncièrement différentes. La science économique étudie le rôle de l'assureur dans la circulation des richesses ; la technique recherche les moyens de neutraliser les effets préjudiciables de la réalisation des risques ; le droit définit les rapports entre les parties contractantes »⁸⁷. Mais puisqu' « il n'y a pas d'assurance sans contrat »⁸⁸, l'un étant le support juridique de l'autre⁸⁹, le contrat d'assurance peut donc à son tour être envisagé sous l'angle de l'approche juridique, économique et technique⁹⁰. Bien que d'éminents auteurs comme le professeur Mayaux n'ont dans leur analyse pris en compte que « l'approche technique et juridique »⁹¹ de la nation.

⁸⁶ Voir en ce sens M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1, « Le contrat d'assurance », Paris, 3^e éd. par A. BESSON, LGDJ, 1970, n° 9, p. 17.

⁸⁷ M. FONTAINE, *Nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles CIDC, 1996, n° 79-80., cité par L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n°42, à la note 98, p. 17.

⁸⁸ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, *op. cit.*, n°25, p. 8 ; La nécessité du contrat pour l'opération d'assurance s'expliquerait par plusieurs raisons parmi lesquelles figure d'une part, « le lien individuel entre le souscripteur (ou l'adhérent à l'assurance collective quand celle-ci est à adhésion facultative) et l'assureur, et d'autre part, « la force obligatoire des contrats qui est indispensable pour sécuriser l'opération d'assurance » : *Id.*, n°s 39-40, pp. 15-16

⁸⁹ *Id.*, n° 39, p. 15.

⁹⁰ « Le contrat d'assurance permet d'établir une relation entre l'entreprise et la personne porteuse du risque » : H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1997, p. 2.

⁹¹ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n°23, p. 7.

C'est la prise en compte de toutes ces approches qui rend difficile son appréhension. A ce propos on peut lire :

Le caractère à la fois économique, juridique et technique de l'assurance terrestre a pour résultat de rendre difficile sa parfaite connaissance. En dehors des assureurs eux-mêmes, rares sont les personnes qui en comprennent la nature et le fonctionnement. Il règne dans la vie courante, chez les assurés, qui sont tout le monde, des idées très inexactes au sujet de cette institution toute moderne qu'une longue pratique n'a pas encore appris à bien comprendre.

Et cette insuffisante éducation de l'assurance dans le public lui est nuisible : dès qu'un assuré n'obtient pas exactement d'elle les avantages qu'il en attendait, il en vient à nier son utilité, à moins qu'il ne se borne à s'en prendre à l'assureur. Il est incontestable que la fixation par la loi des droits et des obligations des parties dans le contrat d'assurance contribuera à éviter, ou du moins à atténuer cette ignorance et ces récriminations. Le développement juridique de l'assurance terrestre qui est resté en retard sur son développement économique et technique sera mis au même niveau⁹².

31. Le contrat d'assurance sous l'angle de son aspect économique renvoie d'une part, à la prime ou cotisation dont le souscripteur devra s'acquitter et la somme que devra déboursier l'assureur en cas de survenance du sinistre, et d'autre part, au rôle de l'assurance dans le développement de l'économie. Les sommes accumulées par les assureurs ne dorment pas dans leurs caisses, elles sont généralement utilisées pour le financement de l'économie générale. En effet, outre la protection du patrimoine des assurés, l'assurance est un excellent moyen de crédit, d'investissement et d'épargne. La garantie qu'offre l'assurance permet à l'assuré d'emprunter ou de prêter facilement sur le marché. De par l'accumulation des primes, l'assurance permet la constitution de capitaux pouvant être placés et servir à l'économie nationale, notamment la couverture des emprunts publics, jusqu'au moment où ils doivent être utilisés pour le règlement d'un sinistre⁹³. Un assuré peut se constituer un capital ou une rente en souscrivant une assurance en cas de vie.

⁹² Rapport Lafarge, JORF, Doc. AN., 1926, annexe n° 3316, p.1161.

⁹³ « Les compagnies d'assurance sont obligées de constituer des réserves (provisions) et de les représenter, en partie, par des titres émis par l'État et les collectivités publiques, de sorte que, par leurs placements imposés, elles soutiennent le crédit général du pays » : M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 7, p. 15.

32. Pour illustrer le rôle de l'assurance dans le développement économique, Henry Ford disait que « New York n'est pas la création des hommes, mais celle des assureurs... », puisque « sans les assurances, il n'y aurait pas de gratte-ciel, car aucun ouvrier n'accepterait de travailler à pareille hauteur, en risquant de faire une chute mortelle et de laisser sa famille dans la misère » ; « sans les assurances, aucun capitaliste n'investirait des millions pour construire de pareils building, qu'un simple mégot de cigarette peut réduire en cendre » et « sans les assurances, personne ne circulerait... en voiture à travers les rues. Un bon chauffeur est conscient qu'il court à chaque instant le risque de renverser un piéton »⁹⁴.

33. Pour ce qui est de l'approche juridique de l'assurance, elle se rapporte à l'organisme d'assurance entendu comme une institution agréée pour l'exercice d'une activité réglementée, mais aussi et surtout au contrat proprement dit⁹⁵, c'est-à-dire le rapport entre le souscripteur et l'assureur. On distingue ainsi l'approche institutionnelle de celle contractuelle⁹⁶.

34. C'est également la prise en compte de toutes ces approches qui complique la proposition d'une définition générale et complète de ce contrat⁹⁷. Ce qui pourrait expliquer le choix du législateur français de n'en proposer aucune définition. Cette stratégie « d'évitement » (selon le terme employé par le professeur Mayaux) du législateur est approuvée par une partie de la doctrine qui estime que :

Quand le législateur se pique de donner des définitions, il s'expose aux critiques de la doctrine (quand la définition est approximative) ou à un risque d'obsolescence (quand elle traduit un état de la réflexion doctrinale qui est toujours susceptible d'évoluer). Ainsi, on peut craindre que la définition du droit belge (loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, art. 1^{er}), qui fait la part belle à la survenance de l'événement incertain ainsi, de manière plus audacieuse, qu'à l'intérêt d'assurance, ne soit à la fois trop éclectique (dans son désir de satisfaire les anciens et les modernes) et un brin sclérosant⁹⁸.

⁹⁴ F.COULBAULT et C. ELIASHBERG, *Les grands principes de l'assurance*, Paris, L'Argus, 10^e éd. 2007, p. 22.

⁹⁵ L.MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances, t. 3, Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n°45, p. 19.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Le législateur de certains pays comme le Portugal en 1967, a même abrogé la définition qui figurait dans leur loi ; cité par L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances, t. 3, Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 53, p. 24.

⁹⁸ L. MAYAUX, « Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris LGDJ, 2011, n° 3, p. 3 à la note 3.

Mais l'homme n'étant pas parfait, ce n'est pas son œuvre qui devra l'être. Ce ne sont donc pas les critiques doctrinales et le risque d'obsolescence qui devront dissuader le législateur de définir les notions qu'il prévoit. La loi se doit d'être accessible de par sa clarté et sa précision (principe d'intelligibilité de la loi). Et quoi de mieux que définir les notions qu'il évoque permettra au législateur d'atteindre ce but ? D'autant que la loi n'est pas immuable, elle peut être amendée, modifiée et voire même abrogée en fonction de l'évolution de son objet.

35. Ces arguments à l'appui de cette « stratégie d'évitement » du législateur français sont peu convaincants, d'autant que le législateur québécois quant à lui définit le contrat d'assurance comme celui par lequel « l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l'assurance se réalise »⁹⁹. Avec cette définition, le législateur québécois opte cependant pour une conception très étroite du contrat d'assurance, en l'envisageant uniquement sous l'angle de son approche juridique qui, comme nous pouvons le constater, ne met en avant que l'aspect relationnel entre l'assureur et l'assuré¹⁰⁰. Or, comme il a été si bien rappelé, « le contrat d'assurance n'est qu'un instrument juridique très parcellaire, qui doit être replacé dans un contexte global hors duquel il est dépourvu de sens. L'aspect juridique s'efface alors devant l'aspect proprement technique qui est l'organisation d'une mutualité »¹⁰¹. Toutefois, c'est une erreur de penser que « l'aspect juridique du contrat d'assurance s'efface devant l'aspect purement technique », car bien qu'insuffisant, la prise en compte de cet aspect juridique nous paraît aussi indispensable dans la définition du contrat d'assurance.

⁹⁹ Art. 2389 C.c.Q. ; Arguments qui ne convainquent pas non plus le législateur belge qui, comme il a été rappelé, a à son tour défini le contrat d'assurance comme celui « en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser » : article 1^{er} de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

¹⁰⁰ Le législateur québécois a toujours adopté de cette conception étroite de l'assurance puisqu'à travers l'article 2468 du Code civil du Bas-Canada il définissait le contrat d'assurance comme « celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers une prestation en cas de réalisation d'un risque ».

¹⁰¹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 44, p. 42.

Dès lors, au lieu de s'effacer, l'aspect juridique de l'assurance qui renvoie au contrat proprement dit, doit plutôt être complété par son aspect technique, comme l'admet une grande partie de la doctrine¹⁰², « car il n'y a pas d'assurance sans contrat »¹⁰³. Le contrat est l'outil juridique par excellence d'établissement et d'encadrement des rapports sociaux. De par sa force obligatoire¹⁰⁴, il permet à des individus ou des entités d'entretenir en toute sérénité des liens avec autrui sans avoir à trop se soucier de l'éventuelle inexécution des engagements pris. Et l'assurance étant destinée à répondre à un besoin de sécurité, c'est donc tout naturellement que le contrat s'impose comme outil indispensable à l'opération¹⁰⁵.

36. Enfin, sous son aspect technique, l'assurance a été définie comme « l'opération par laquelle un assureur organise en mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées »¹⁰⁶. Certains ont aussi mis l'accent sur la statistique en définissant l'assurance comme étant « la compensation des effets du hasard par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique »¹⁰⁷ ou comme « une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération la prime pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur, qui prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux »¹⁰⁸.

¹⁰² M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 1, p. 1-3 ; L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n°s 23 et s., pp. 7 et s.

¹⁰³ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 25, p. 8 et n° 39-40, p. 15-16.

¹⁰⁴ « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » : article 1103 du Code civil français issu de la réforme du 10 février 2016 (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2).

¹⁰⁵ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 40, p. 16.

¹⁰⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE et I. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 44, pp. 42-43.

¹⁰⁷ A. CHAUFONT, *Les assurances, leur passé, leur présent et leur avenir*, Paris, 1884, t. I, p. 216.

¹⁰⁸ J. HEMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, t. 1, Paris, Recueil SIREY, 1925, n° 73., cité par L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, (s. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 26, p. 8.

37. Mais tout comme l'approche juridique, « l'approche technique ne suffit pas à identifier le contrat d'assurance »¹⁰⁹ de façon complète. C'est pourquoi il a été rappelé que l'une ne peut et ne doit être séparée de l'autre. D'autant que « l'analyse du contrat d'assurance sous son angle économique et utilitaire a supplanté son analyse sous son angle relationnel ou fonctionnel. Autrement dit, la notion économique du contrat d'assurance a pris les devants sur sa notion juridique et fonctionnelle »¹¹⁰. C'est en ce sens que le contrat d'assurance a été défini comme « une convention, répondant à une technique de couverture d'un risque, conclu par une partie – l'assuré, le souscripteur et/ou le preneur d'assurance – qui s'engage à verser une prime (ou à la faire verser), en vue de permettre au bénéficiaire de l'assurance, ou à un tiers, de disposer d'une garantie par l'assureur, lors de la survenance du sinistre »¹¹¹. Comparée aux définitions précédentes, notamment celle proposée par le législateur québécois, cette définition a pour mérite de prendre en compte non seulement les aspects juridiques, technique et économique de l'assurance, mais aussi les différents acteurs du contrat.

38. Pour être encore plus précis et plus complet, nous pouvons en s'inspirant notamment de cette dernière définition, définir le contrat d'assurance comme étant *une convention par laquelle une partie, l'assureur s'engage en couvrant un risque, en principe aléatoire, grâce à une technique de mutualisation et en contrepartie d'une contribution financière (prime ou cotisation) versée par ou pour une autre partie, le preneur, à fournir une prestation au bénéficiaire en cas de survenance du sinistre prévu au contrat*. Contrairement à la définition précédente, celle que nous proposons ici ne se contente pas de souligner que l'assurance répond à une technique sans la nommer (la mutualisation). La définition qu'on propose précise aussi que le risque couvert doit être aléatoire (en principe) et prévu au contrat, sans oublier de rappeler que la contrepartie financière versée par ou pour l'assuré peut être une prime (lorsqu'il s'agit d'une compagnie d'assurance) ou une cotisation (quand il s'agit d'une société d'assurance mutuelle).

¹⁰⁹ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité* (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 45, p. 18.

¹¹⁰ A. BELANGER et J. MANEKENG TAWALI, « *Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance* », Ottawa (2009) vol. 39 *RGD.*, p. 297-328.

¹¹¹ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 276, p. 384.

39. Cette définition du contrat d'assurance doit à présent être complétée par l'analyse de ses éléments techniques.

II – LES ÉLÉMENTS TECHNIQUES DU CONTRAT D'ASSURANCE

40. La prime, le risque et l'aléa sont les éléments constitutifs du contrat d'assurance. Mais dans le cadre de la présente étude, seules les notions de risque et d'aléa seront analysées pour appuyer notre démonstration. En effet, ces deux notions sont souvent citées par les tribunaux pour justifier le fondement et la validité de certaines exclusions de garantie dans le contrat d'assurance, puisque « tout reste lié au risque qui est l'assise, peut-on dire, du contrat, et qui lui donne son trait majeur : l'aléa »¹¹². En outre, « la technique de l'assurance exige que le *risque* assuré soit un événement *aléatoire*, dont la réalisation ne dépend pas de la volonté [exclusive] de l'assuré ou du bénéficiaire du contrat »¹¹³. C'est pourquoi le risque est considéré comme l'élément fondamental du contrat d'assurance¹¹⁴ (A) et l'aléa comme son essence (B).

A – LE RISQUE : ÉLÉMENT FONDAMENTAL DU CONTRAT D'ASSURANCE

41. Le risque occupe une place de choix parmi les éléments constitutifs du contrat d'assurance, car comme nous avons pu le constater ci-dessus, qu'il s'agisse de son approche juridique ou technique, le risque est au cœur de la définition même du contrat d'assurance. Ainsi, même si on distingue les assurances privées des assurances sociales, cette distinction ne concerne pas la place ou le rôle du risque, car « qu'elles soient privées ou sociales, les assurances recourent à la même « technique du risque » : elles procèdent par mutualisation et répartition de la charge des risques »¹¹⁵. En outre, l'importance du risque est telle que, bon nombre des règles et principes régissant le contrat d'assurance y trouvent leur fondement. Il en est ainsi de l'exclusion de garantie, comme nous essayerons de le démontrer tout au long de cette étude. Mais pour mieux comprendre la fonction du risque en matière d'assurance (2), il convient tout d'abord de déterminer ce que signifie la notion (1)¹¹⁶.

¹¹² B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 29, p. 46.

¹¹³ Y. LAMBER-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 425, p. 317.

¹¹⁴ M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, Paris 1938, n° 22.

¹¹⁵ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. BENABENT et A. LYON-CAEN, P.U.F.D.C.F – LGDJ, 2001, n° 369, p. 216.

¹¹⁶ Pour une analyse très approfondie sur la question voir : F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé, op. cit.*, note 114.

1 – LA NOTION DE RISQUE EN ASSURANCE

42. Comme à son habitude, le législateur français demeure silencieux sur la notion de risque. Il en est de même du législateur québécois, pourtant habitué des définitions avec notamment la définition du contrat d'assurance à l'article 2389 du Code civil. Mais malgré cette absence de définition légale, les législateurs français et québécois n'ignorent pas pour autant la notion de risque, puisqu'ils en font fréquemment référence. Pour ne citer que quelques exemples, le législateur québécois l'évoque à la fois dans la définition du contrat d'assurance¹¹⁷ et dans la description du champ d'application de l'assurance maritime¹¹⁸. Et en droit français, le Code des assurances l'évoque notamment à l'occasion de la délimitation de la relation d'assurance dans certaines situations, comme la réassurance¹¹⁹ ou dans une autre décrivant la notion de grands risques¹²⁰, alors que le Code de la sécurité sociale retient une notion fonctionnelle du risque en précisant que, « la sécurité sociale garantit les travailleurs contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain »¹²¹.

43. A l'origine évoquant la notion de danger, conformément à son étymologie : venant du mot italien *risco* (devenu *rischio*), dérivé du latin *resicare* qui signifie « couper », le mot « risque » a historiquement servi à qualifier successivement l'objet, cause de l'événement, puis cet événement lui-même, pour aboutir à la perception négative de ses effets, avant de les confondre¹²². S'inscrivant dans la même logique, d'autres écrivent que : « suivant l'opinion majoritaire, le mot provient de l'italien *risco*, lui-même issu du latin médiéval *risicus*, tiré du latin classique *resicare* : enlever en coupant (*secare* : couper) »¹²³.

¹¹⁷ « Le contrat d'assurance est celui par lequel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où *un risque* couvert par l'assurance se réalise. » : article 2389 C.c.Q.

¹¹⁸ « Outre les *risques* relatifs à une opération maritime, l'assurance maritime peut couvrir les *risques* découlant d'opérations analogues aux opérations maritimes, les *risques* terrestres qui se rattachent à une opération maritime, de même que les risques relatifs à la construction, à la réparation et au lancement des navires. » : article 2505 C.c.Q.

¹¹⁹ « Dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés ou les transfère à un véhicule de titrisation mentionné à l'article L. 310-1-2, il reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré. » : article L113-3 C. assur.

¹²⁰ « Sont regardés comme grands *risques* : [...] » : article L111-6 C. assur.

¹²¹ Art. L111-1 alinéa 3.

¹²² J. CHARBONNIER, *Le Risque management*, éd. L'argus de l'assurance, coll. « Plus », 2007, p. 19.

¹²³ A. SZULMAJSTER-CELNICKER, in M. ASCH et A. LE NINEGE, *Le risque*, EDP science, 2003, coll. « Mot à mot », p. 10 ; N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, PUAM, 2005, p. 12 et s., cités par F.LEDUC, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n° 130, p. 72.

A ce propos, après avoir soutenu que l'étymologie du mot *risque* vient de *resicum* : ce qui coupe d'où est issu un *écueil*, ou de *rixicare* : se quereller, d'où est issu rixe, un auteur¹²⁴ estime que les autres étymologies habituellement avancées ne reposent sur aucun fondement puisque, selon lui :

Le terme *resicum* est apparu pour la première fois en 1156 dans un acte notarié concernant une opération commerciale maritime de Gènes à Valence puis à Alexandrie, qui sera menée « au risque » du commanditaire (*ad tuumresicum*) à qui reviendra les profits et qui supportera les pertes. Le terme aurait été emprunté à l'arabe par l'intermédiaire de contacts marchands. Le terme *rizq* signifie en arabe classique : « provision, part de biens que Dieu attribue à chaque homme », et en arabe dialectal : « chance, hasard favorable.

Ce qui démontre que même si les auteurs s'accordent en général sur le verbe « couper » comme signification étymologique du mot risque, l'origine du mot lui-même fait débat. L'absence de définition légale de la notion de risque en droit des assurances ne facilite tout de même pas son identification sur le plan théorique. D'autant que si les juges québécois ont eu l'occasion de préciser que le risque a deux aspects, à savoir l'aspect causal, qui est l'événement et l'aspect conséquence, qui est le péril ou la perte¹²⁵, les juges français quant à eux l'identifient tantôt à cet *événement* proprement dit¹²⁶, tantôt à ses *conséquences*¹²⁷ et tantôt à la *garantie*¹²⁸. Ce qui explique que d'une part, « dans le langage de l'assureur, le risque évoquera aussi bien l'événement, le dommage lui-même, voire la garantie », et d'autre part, les trois principales acceptions doctrinales de la notion¹²⁹, à savoir celle qui identifie le risque à l'éventualité d'un événement aléatoire, celle qui l'identifie à l'éventualité de la survenance d'un dommage et enfin, celle qui l'identifie à l'objet de la garantie¹³⁰.

¹²⁴ S. PINON :

- « Risque, histoire d'un mot », in *Risques*, n° 81-82, mars-juin 2010, p. 25 ;

- « L'apparition du *resicum* en Méditerranée occidentale, XII^e-XIII^e siècles », in *Pour une histoire culturelle du risque, genèse, évolution, actualité du concept dans les sociétés occidentales*, (s. dir.) E. Collas-Heddelaand et alii, *Rev. Histoire et anthropologie*, l'Harmattan, 2004, p. 59 et s., cités par L. MAYAUX, in *Traité (s. dir.) J. Bigot, op. cit.*, note 4, n° 1529 à la note 24, p. 734.

¹²⁵ Voir en ce sens *Schultz c. Commercial Union Ass. Co. of Canada*, (1985) C.S. 416.

¹²⁶ Cass. 1^{re} civ. 9 nov. 1999, *RCA* 2000, chron. GROUDEL, n° 2.

¹²⁷ Cass. 1^{re} civ. 2 juill. 1991, *RGAT* 1991.902, obs. J. KULLMANN ; Cass. 1^{re} civ. 8 juill. 1994, *Argus jurid.* n° 2 ? 30 sept. 1994. VII, *D.* 1995.217, note S. Porchy, *RGAT* 1994.1089 ; voir également en ce sens B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 185, p. 196.

¹²⁸ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} juin 1999, *RCA* 1999, n° 345.

¹²⁹ Sur lesquelles nous reviendrons dans le paragraphe suivant.

¹³⁰ Voir en ce sens Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n°s 352 et s., pp. 277 et s.

Toutefois, il convient de souligner que cette multitude de conceptions de la notion de risque n'est pas uniquement le résultat de la divergence d'opinion qu'une notion peut susciter, mais elle s'explique aussi et surtout par la richesse de la notion de risque qui peut être envisagée sous différentes approches. En effet, outre son approche technique et juridique déjà évoquées, la notion peut également être envisagée sous l'angle d'une approche structurale¹³¹, mais aussi économique et financière qui renvoient au résultat final de l'économie générale du contrat pour chacune de ses parties. Et dans le langage courant la notion de risque s'identifie au danger, péril ou menace. Bref, une notion polysémique. Cependant, s'il est vrai que la notion de risque n'est pas l'apanage du droit des assurances¹³² comme en témoignent ses différentes approches qui viennent d'être évoquées, c'est uniquement dans ce domaine qu'elle nous intéresse ici et ce, conformément à l'objectif de cette partie de notre étude qui est de définir ladite notion et expliquer sa fonction en matière d'assurance de façon à déterminer la raison d'être de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance.

44. Pour Picard et Besson, le risque est « un événement incertain et qui ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties, spécialement de celle de l'assuré »¹³³. D'autres l'identifient à l'événement redouté lorsqu'ils soutiennent que « le risque, du point de vue juridique, s'attache au sens normal du terme, soit l'événement redouté »¹³⁴ ou « en strict orthodoxie, le risque en assurance est l'événement redouté »¹³⁵. Cette identification du risque à un événement redouté est une conception qui attribue à la notion une composante psychologique¹³⁶ et a de ce fait une double limite.

¹³¹ Voir en ce sens, L. MAYAUX, in *Traité (s. dir.) J. Bigot, op. cit.*, note 4, n° 1522 et s., pp. 731 et s.

¹³² A ce propos, on peut lire : « il nous paraît à la fois réducteur et source de confusions d'aborder la notion sous le seul angle du contrat, [...]. L'analyse est réductrice car elle envisage le risque sous le seul point de vue de sa couverture assurantielle alors que, pour être couvert (et d'ailleurs pas nécessairement par le moyen de l'assurance), il faut bien qu'il existe préalablement. Des thématiques comme la création du risque, la charge du risque, ou sa transmission ont une importance tout aussi grande que celle de sa couverture. Elles relèvent d'un droit du risque entendu en sens large qui englobe le droit des assurances mais ne se ramène pas à lui. Cette conception réductrice est aussi source de confusions en ce qu'elle conduit à des rapprochements hasardeux » : Id., n° 1522-1523, pp. 731-732. Cependant, outre la conformité de la démarche à notre projet d'étude, l'analyse du risque sous le seul point de vue de sa couverture assurantielle ne préjuge en rien la négation de son existence préalable, mais au contraire. Car c'est justement en raison de cette exigence de son existence préalable pour être couvert, notamment par l'assurance, qu'on s'attache autant à l'étudier mais seulement dans ce domaine du droit des assurances dans le cadre de la présente étude.

¹³³ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 22, p. 35.

¹³⁴ D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, Montréal, 5^e éd. Thémis, 2009, p. 186 (voir également la 6^e éd., 2017 dont le titre a été modifié pour devenir « Droit des assurances terrestres »).

¹³⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 354, p. 278.

¹³⁶ L. MAYAUX, « La notion de faute intentionnelle de l'assuré : quelle évolution », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, L.G.D.J., 2011, n° 177, p. 123.

D'une part, elle se confronte à la difficulté qu'il y a à saisir la pensée intérieure de quelqu'un, et d'autre part, tous les événements redoutés ne sont pas des risques (ou du moins des risques assurables), puisqu'un assuré peut bel et bien redouter les conséquences de sa faute intentionnelle qui est pourtant inassurable à l'état du droit positif actuel¹³⁷. Et cette inassurabilité ne signifie pas pour autant que le risque n'existe pas, puisque « mieux vaut estimer que le risque existe (car la situation d'incertitude qui le caractérise subsiste au moins tant que le geste volontaire n'a pas été commis), mais que l'assurance n'est pas faite pour le couvrir. Ni techniquement car l'équilibre de la compagnie d'assurance n'y survivrait pas, ni au plan des principes, ce qui renvoie au fondement moral »¹³⁸. A cela il faut ajouter qu'il y a aussi des risques assurables qui ne sont pourtant pas des événements redoutés. Il en est ainsi de l'assurance natalité, de l'assurance nuptialité et de l'assurance en cas de vie dans lesquelles l'événement en tant que tel (mettre au monde un bébé, se marier ou être vivant après un certain âge) n'est pas redouté, mais seules ses conséquences, à savoir les frais qui résulteront de ces événements. Par conséquent, il suffit que l'événement existe. Le fait qu'il soit ou non redouté n'est pas un aspect décisif de la caractérisation de la notion de risque et donc à la qualification du contrat d'assurance. C'est en ce sens qu'on peut lire :

Il suffit d'imaginer qu'un assuré qui est propriétaire d'une maison qu'il avait projeté de détruire du fait par exemple qu'il avait promis de vendre le terrain nu à un tiers. Un incendie sera pour lui une aubaine (car il aura fait place nette en lui évitant des frais de démolition) et l'assurance contre l'incendie une autre aubaine car l'indemnité viendra s'ajouter au prix de vente qu'il percevra en cas de réalisation de la promesse. Néanmoins, il n'aura pas conclu avec l'assureur un contrat de jeu ou de pari mais bien un contrat d'assurance, ce contrat sera valable et, le principe indemnitaire n'étant pas censé s'y opposer, l'assureur devra lui verser une indemnité égale à la valeur du bien au jour du sinistre. On voit ainsi qu'il n'y a pas que dans une assurance en cas de vie (qui est habituellement citée) où l'événement incertain soit envisagé favorablement par l'assuré, et que cette circonstance n'intervient pas dans la qualification du contrat. Le fait que l'événement ne soit pas redouté est indifférent¹³⁹.

¹³⁷Articles L113-1 al. 2 C. assur. et 2464 al. 1 C.c.Q

¹³⁸ L. MAYAUX, « La notion de faute intentionnelle : quelle évolution », *op. cit.*, note 135, n° 177, p. 123.

¹³⁹ L. MAYAUX, « Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance ? », in *Les grandes questions du droit des assurances*, *op. cit.*, note 129, n° 13, p. 8.

45. Une autre conception soutient que « le risque est l'objet de la garantie, c'est-à-dire l'élément du patrimoine, l'activité ou la personne menacée par le risque-événement, et auxquels s'applique la garantie : par exemple le risque est l'habitation [...] ou l'usine [...] assurée contre l'incendie [...]. Le risque dans toute sa complexité est l'objet de la garantie de l'assureur ; élément central du contrat d'assurance, il en est l'objet »¹⁴⁰. De l'objet de la garantie à l'objet du contrat, cette acception de la notion de risque est loin de faire l'unanimité, car pour certains¹⁴¹, c'est l'intérêt d'assurance qui constitue l'objet du contrat d'assurance, et pour d'autres¹⁴² la chose (ou la personne) n'est que l'objet du risque. C'est contre ladite conception qu'on peut aussi lire :

Le risque ne s'entend pas de l'objet, au sens matériel du terme, qui peut être atteint ou affecté par la survenance de l'événement incertain. Le risque n'est pas la maison d'habitation ou l'entreprise. Pour éviter cette confusion, la doctrine a d'ailleurs recours à l'expression de siège du risque. [Et qu'il] ne consiste ni dans l'événement incertain, ni dans la survenance de cet événement, mais dans les conséquences de la survenance de cet événement incertain. Ce sont les effets de la survenance de l'événement incertain visé au contrat qui, fondamentalement, composent le risque ». En d'autres termes, le risque s'entend de la détermination des prétentions que l'assuré peut avoir lors d'un sinistre, et du côté de l'assureur, de l'étendue des prestations que ce dernier doit fournir¹⁴³.

C'est dans la même logique qu'on soutient également que, « plus qu'un simple danger, le risque désigne les conséquences de l'évènement probable, telles qu'elles sont traitées par la règle de droit, par leur attribution éventuelle à un autre que celui qu'elles affectent »¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., note 3, n° 355, p. 278.

¹⁴¹ Bien que la notion de « l'intérêt d'assurance » soit aujourd'hui limitée aux assurances de dommages, certains auxquels nous partageons l'avis, estiment que cette notion peut s'étendre aux assurances de personnes. Ainsi, pour PICARD et BESSON, « théoriquement, on peut concevoir que la notion de d'intérêt s'étende aux assurances de personnes, ce qui aurait l'avantage de la rendre commune à toutes les assurances » : M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, op. cit., note 113, n°6, p. 13. En outre, si l'intérêt en tant qu'avantage que l'assuré a à la non-réalisation de l'événement contre lequel il souhaite se prémunir, amène à limiter la notion aux assurances de dommages, étant seules motivées par la crainte d'un dommage, considérer l'intérêt d'assurance comme la volonté de se protéger contre les conséquences dommageables de la réalisation d'un événement incertain, permet de l'étendre à toutes les assurances. C'est en tout cas l'idée que nous soutenons. D'autant que c'est l'intérêt d'assurance qui permet de distinguer l'assurance au pari. L'assurance vise à se prémunir contre les conséquences dommageables de la réalisation d'un événement. Alors que le pari vise à spéculer sur la réalisation ou non de l'événement. Par conséquent, « dès lors que l'instrument permettant de distinguer l'assurance du pari est l'intérêt d'assurance, cet intérêt devrait être exigé tant pour les assurances de dommages que pour les assurances de personnes » : *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, op. cit., note 4, n° 441, p. 191.

¹⁴² Voir en ce sens M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1970, op. cit., note 85, n°s 4 et s., pp. 9 et s.

¹⁴³ V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA*, 1998, pp. 637 et s.

¹⁴⁴ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, op. cit., note 113, n° 5, p. 3.

Quant à François Ewald, après avoir souligné que « dans le langage courant, le terme risque est pris comme synonyme de danger, de péril, d'événement malheureux qui peut arriver à quelqu'un ; il désigne une menace objective »¹⁴⁵, en matière d'assurance il l'identifie à « la probabilité statistique de certains événements indépendamment de leur cause »¹⁴⁶.

46. De ce qui précède, force est donc de constater que malgré son importance pour l'assurance, le risque est « une notion complexe aux contours fuyants »¹⁴⁷. D'autant que « dans le langage courant, le risque est sans doute l'un des termes les plus employés dans des sens les plus divers. Par commodité, il est employé pour désigner des situations très différentes les unes des autres. La difficulté vient de ce que cette imprécision linguistique a pénétré le domaine juridique, et plus particulièrement le droit des assurances »¹⁴⁸. En effet, comme nous avons pu le constater ci-dessus, le risque est tantôt identifié à l'objet ou la personne assurée, tantôt à l'événement contre lequel on veut se prémunir, tantôt aux conséquences de cet événement ou enfin aux probabilités statistiques de sa survenance. La confusion qui entoure la notion est telle qu'un auteur affirme qu'en droit québécois le risque se confond aux notions d'accident et de sinistre¹⁴⁹. Il écrit :

Les grands principes de fonctionnement de l'assurance moderne ayant depuis fort longtemps été établis en assurance maritime, pour identifier la notion de risque il n'est pas superflu de connaître l'objet de l'assurance maritime, le risque de la mer.

Or, depuis toujours, la jurisprudence britannique et canadienne identifie les risques de la mer à tout événement non intentionnel causé par l'eau à un navire : il suffit qu'elle y entre accidentellement, c'est-à-dire de façon hasardeuse ou non intentionnelle, la manière empruntée n'étant d'aucune importance. Son arrivée peut être causée par la négligence, par exemple une valve d'entrée mal fermée, ou en raison d'un événement plus hasardeux comme une grosse tempête. Une seule chose est nécessaire et c'est le caractère accidentel, hasardeux ou non intentionnel du sinistre. Confirmant tout ceci, la Cour suprême du Canada réunit d'abord les notions d'accident et de risque de la mer [...]. Puis, elle définit l'accident maritime comme un événement non intentionnel [...]. Il en va de même en assurance terrestre.

¹⁴⁵ F. EWALD, *Histoire de l'État providence. Les origines de la solidarité*, Paris, Grasset, Bibl. Essais, 1996, p. 135.

¹⁴⁶ F. EWALD, « Les valeurs de l'assurance » in *Encyclopédie de l'assurance*, (s. dir.) F. EWALD et J-H. LORENZI, Paris, ECONOMICA, 1998, p. 399-424, à la p. 404.

¹⁴⁷ Y. LAMBER-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., note 3, n° 352, p. 277.

¹⁴⁸ V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, op. cit., note 84, p. 54.

¹⁴⁹ J.-P. LUSIGNAN, « L'accident ou la faute non intentionnelle en droit des assurances privées québécois », *Les Cahiers de droit*, vol. 31, n° 1, 1990, 155 aux pp. 160-161.

Applicable en droit canadien et en droit québécois à cause du caractère universel de la notion de risque utilisée aux articles 2468 et 2613 C.C, l'arrêt du Conseil privé dans *British & Foreign Marine Ins. Co. c. Gaunt*, jugé en 1921 est explicite. Interprétant une police d'assurance terrestre et maritime dite « tous risques », le plus haut tribunal de l'Empire assimile les notions de risque et d'accident en les opposant au caractère intentionnel du sinistre [...]. Le Code civil ne contenant aucune disposition incompatible avec ces arrêts, en droit québécois les notions de risque, d'accident et de sinistre non intentionnel s'identifient¹⁵⁰.

Cependant, s'il est vrai que dans son sens usuel et courant la notion de risque peut se confondre à un événement non intentionnel, accidentel ou hasardeux¹⁵¹, sur le plan juridique elle se distingue totalement. C'est pourquoi elle ne doit pas être identifiée à l'accident mais plutôt à ses conséquences (le sinistre). L'accident est un événement soudain et incontrôlé. Un événement imprévisible qui survient de façon hasardeuse, exemple un sportif qui se blesse en compétition, un parachutiste qui rate son atterrissage, etc. Il se rapproche plutôt à l'aléa, exigé pour que le risque soit assurable. Il se différencie donc du risque lui-même. Quant au sinistre, il renvoie aux conséquences de la survenance de l'événement contre lequel l'assuré souhaite se prémunir, c'est-à-dire les pertes occasionnées par la survenance de l'événement incertain faisant l'objet du contrat d'assurance. Exemple une perte de revenu en cas de licenciement, ou perte des outils de travail dans l'incendie d'une entreprise, etc. Le sinistre est donc une terminologie juridique propre au droit des assurances, à la différence de l'accident. Autrement dit, si on peut parler d'accident dans tous les aspects de la vie, juridiquement on ne parle de sinistre qu'uniquement dans le cadre d'un contrat d'assurance.

47. D'autres¹⁵² après avoir proposé une définition, ont même considéré que : « le risque en soit n'existe pas et dans le même temps, tout peut être un risque : cela dépend de la façon dont est appréhendé l'événement ». Puis d'autres¹⁵³ l'identifient à travers les caractères du risque assurable, en soutenant que « la notion de risque, observée à travers le prisme de l'analyse, se décompose en trois idées : incertitude, contingence, menace ». Tout cela démontre que même dans le domaine particulier du droit des assurances, la conceptualisation de la notion de risque manque de clarté¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.* p. 180.

¹⁵² F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, *op. cit.*, note 114, n° 384, p. 224.

¹⁵³ F. LEDUC, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n°s 116 et s., pp. 57 et s.

¹⁵⁴ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 185, p. 195.

Mais en raison du caractère indispensable du risque pour l'assurance, on ne peut se contenter de cette confusion qui l'entoure ou d'une conception qui va jusqu'à nier son existence. D'autant que nous ne croyons pas que la confusion, ou pire encore la négation des notions qu'on a du mal à définir soit la meilleure attitude d'un juriste. Ainsi, si le caractère polysémique de la notion de risque ne fait aucun doute, il n'est tout de même pas impossible de parvenir à une définition juridique convenable en droit des assurances. Le point commun de la quasi-totalité des conceptions du risque évoquées ci-haut réside dans le fait de vouloir l'envisager à tout prix sous l'angle de ses différents aspects pris isolément. Par conséquent, il est possible d'envisager le risque sous l'angle de deux ou plusieurs de ses aspects en espérant que l'ensemble identifie mieux la notion¹⁵⁵. C'est en tout cas la démarche adoptée par les juges québécois lorsqu'ils décident que : « le risque a deux aspects : l'aspect causal, qui est l'événement, et l'aspect conséquence, qui est la perte » et par conséquent, le définit comme étant « un événement éventuel, prévisible mais incertain, dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties et qui peut créer un dommage en portant atteinte au patrimoine de l'assuré »¹⁵⁶.

48. S'inscrivant dans la même logique que les juges québécois qui identifient le risque par son aspect causal et son aspect conséquence, un auteur¹⁵⁷ soutient que le risque « désigne tout à la fois l'incertitude de l'événement, l'exposition à ses conséquences (le « péril » et, dans le cas de l'assurance, l'objet d'une couverture ». Puis d'ajouter que le risque peut être « entendu comme la situation d'être exposé aux conséquences d'événements incertains »¹⁵⁸. Et toujours dans la même logique d'identifier le risque sous ses différents aspects, d'autres écrivent : « on peut considérer qu'il y a une gradation.

¹⁵⁵ Identifier le risque à l'événement (vol, incendie, responsabilité), aux conséquences de l'événement, ou de l'objet du contrat (personne ou chose) n'a aucune incidence dans la pratique d'assurance. La préoccupation de l'assureur est savoir combien il doit déboursier en cas de survenance de l'événement qu'il s'est engagé à prendre en charge. Quant à l'assuré sa préoccupation est de savoir que l'assureur versera bien la somme convenue en cas de survenance de l'événement qui lui a poussé à s'assurer. On peut donc s'en réjouir du fait la difficulté à identifier la notion du risque soit purement théorique.

¹⁵⁶ *Schultz c. Commercial Union Assurance Co. of Canada*, (C.S., 1985-03-12), SOQUIJ AZ-85021174, J.E. 85-464, [1985] C.S. 416 (appel rejeté par (C.A., 1991-03-19), SOQUIJ AZ-50072500).

¹⁵⁷ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 102, p. 55.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 56.

Le risque est, avant tout l'événement aléatoire qui, s'il survient, sera générateur du dommage, lequel suscitera la garantie de l'assureur »¹⁵⁹. En paraphrasant un auteur¹⁶⁰, on peut donc dire qu'*avec un brin d'exagération il y a autant de conceptions du risque que d'auteurs*. Mais de toutes ces conceptions du risque qui viennent d'être rappelées, celle qui nous semble identifier au mieux la notion et qu'il convient donc de retenir en matière d'assurance, c'est la conception qui se réfère à l'aspect conséquences qui définit le risque comme « conséquences ou effets de la survenance de l'événement incertain visé au contrat »¹⁶¹ ; ou « conséquences de l'événement probable »¹⁶² ou si l'on préfère « conséquences d'événements incertains »¹⁶³. De cette définition du risque comme conséquences ou effets de l'événement incertain visé au contrat, on peut dire qu'on ne peut parler de risque sans événement incertain. Autrement dit, le risque n'est pas les conséquences de tout événement, mais uniquement d'un événement incertain (aléatoire). Si on s'attache autant à identifier la notion du risque, c'est surtout pour mieux réussir à analyser et comprendre sa fonction en matière d'assurance.

2 – LA FONCTION DU RISQUE EN ASSURANCE

49. En définissant l'assurance comme « technologie du risque »¹⁶⁴, François Ewald met l'accent sur le rôle et la place qu'occupe le risque en matière d'assurance. « La notion de risque est même plus importante que celle d'intérêt d'assurance ; cette dernière, en effet, permet simplement de vérifier si le preneur est susceptible de subir réellement un dommage en cas de réalisation du risque »¹⁶⁵. Par définition, le contrat d'assurance n'existe que pour la *couverture d'un risque*, puisqu'il est légalement défini comme « celui par lequel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où un *risque couvert* par l'assurance se réalise »¹⁶⁶.

¹⁵⁹ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, op. cit., note 62, n° 185, p. 196.

¹⁶⁰ A propos de la confusion qui règne autour de la définition du contrat d'assurance, le professeur MAYAUX écrit : « avec un brin d'exagération on pourrait dire qu'il y a autant de définitions du contrat d'assurance que d'auteurs » : L. MAYAUX, « Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance ? », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, L.G.D.J., 2011, n° 4, p. 3.

¹⁶¹ V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA*, 1998, pp. 637 et s.

¹⁶² F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, op. cit., note 113, n° 5, p. 3.

¹⁶³ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, op. cit., note 4, n° 102, p. 56.

¹⁶⁴ F. EWALD, « La société assurancielle », *Risques* n° 1, juin 1990, p. 6.

¹⁶⁵ D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, op. cit., note 134, p. 185.

¹⁶⁶ Art. 2389 C.c.Q

Et même si le législateur français s'est quant à lui abstenu de définir le contrat d'assurance, on ne peut imaginer un contrat d'assurance sans risque, et plus précisément sans risque à couvrir, puisque toute police d'assurance doit indiquer la nature des risques garantis¹⁶⁷. D'où le caractère indispensable du risque pour l'existence même de l'assurance. Pas de contrat d'assurance sans risque dans la mesure où la couverture du risque est l'objet même de ce contrat. C'est pour se couvrir contre un risque que l'assuré souscrit à contrat d'assurance. Et c'est en contrepartie de la couverture d'un risque que l'assureur reçoit une prime ou cotisation. La jurisprudence est également de cet avis lorsqu'elle décide que, « *il n'y a contrat d'assurance que lorsque la protection contre un risque est l'objet principal de l'entente* »¹⁶⁸. Il en est de même du législateur québécois qui précise qu'il est de l'essence du contrat qu'il ait une cause et un objet¹⁶⁹ et que « tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité »¹⁷⁰. Et en droit français jusqu'à très récemment avec l'adoption de *l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, l'objet était cité comme une condition de validité d'une convention¹⁷¹ et son absence entraînait tout simplement la nullité du contrat¹⁷².

¹⁶⁷ Art. L112-4 al. 2 C. Assur. et 2399 C.c.Q.

¹⁶⁸ *Association pour la protection des automobilistes Inc. c. Toyota Canada Inc.*, (C.A., 2008-04-24), 2008 QCCA 761, SOQUIJ AZ-50487470, J.E. 2008-983, [2008] R.J.Q. 918, EYB 2008-132401.

¹⁶⁹ Art. 1385 al. 2 C.c.Q.

¹⁷⁰ Art. 1416 C.c.Q.

¹⁷¹ Voir l'ancien article 1108 du Code civil.

¹⁷² Pour une approche du contrat en droit anglais, voir C. LE GALLOU et S. WESLEY, *Droit anglais des affaires*, Paris, LGDJ, coll. « Domat - Droit privé », 2018.

Et même si ladite réforme a supprimé l'objet (ou plus précisément le mot « objet »¹⁷³) parmi les conditions de validité des conventions, le risque demeure toujours indispensable en matière d'assurance puisque, outre le fait qu'il ne peut y avoir de contrat d'assurance sans risque à couvrir, sa disparition en cours de contrat mettra aussi automatiquement fin à ce celui-ci¹⁷⁴. Par conséquent, le risque étant nécessaire à la formation du contrat d'assurance¹⁷⁵, tout contrat d'assurance sans risque et plus précisément sans risque à couvrir, serait sans objet et donc frappé de nullité. Ainsi, à la question de savoir « est-ce que l'absence d'un risque rend le contrat nul pour cause de l'absence de l'objet [c'est-à-dire pour cause de l'absence d'un risque à couvrir]. Autrement dit, peut-on parler vraiment de l'absence de l'objet au sens de l'article 1412 C.c.Q ? »¹⁷⁶, la réponse est affirmative, car l'absence du risque rend impossible sa couverture. On ne peut couvrir un risque qui n'existe pas. Et si on admet la validité d'un contrat d'assurance prévoyant la couverture d'un risque déjà réalisé (« risque putatif¹⁷⁷ »), c'est à condition que les parties (le souscripteur en particulier) ignorent totalement que le risque s'est déjà réalisé. Le contrat d'assurance ne garantit en principe qu'un risque aléatoire. D'où sa qualification de contrat aléatoire.

¹⁷³ A l'issue de cette réforme de 2016, l'article 1108 du Code civil (qui exigeait quatre conditions pour la validité d'une convention, à savoir : le consentement, la capacité, l'objet et la cause) est devenu 1128 du même Code et dispose que : « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ». Mais dans cette expression de « *contenu licite et certain* » on peut y voir les troisième et quatrième conditions de validité des conventions que contenait l'ancien texte (1108), à savoir « un objet *certain* et une cause *licite* ». Par conséquent, contrairement à ce qu'on pourrait penser, l'exigence d'un objet certain et d'une cause licite n'est pas totalement disparue des conditions de validité du contrat, car par définition, « la cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure » (art. 1410 al. 1 C.c.Q) et son objet est « l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître » (art. 1412 C.c.Q). C'est donc seulement les mots « *objet et cause* » qui ont été remplacés par celui de « *contenu* » et ce, conformément à l'objectif de simplification du droit que visait la réforme (il convient de rappeler à ce propos que l'*ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* a été prise sur le fondement de la *loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*). Ainsi, en lieu et place « d'un objet certain et d'une cause licite », on parle désormais de façon simplifiée de « contenu licite (en référence à la cause) et certain (en référence à l'objet) », car l'objet et la cause ne sont autres que le contenu du contrat. Et en matière d'assurance le risque reste le principal élément de ce contenu.

¹⁷⁴ G-B.DE L'ISLE, *Droit des assurances*, P.U.F., Coll. Thémis Droit 2^e éd., 1986, p. 89.

¹⁷⁵ Voir en ce sens *Laurendeau c. Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance*, (C.S., 1989-03-31), SOQUIJ AZ-89025027, [1989] R.R.A. 447.

¹⁷⁶ R. MORADINEJAD, « Rapport de prélecture de la présente thèse », p. 6.

¹⁷⁷ Pour une analyse plus détaillée de cette notion de risque putatif, voir *infra*, n° 68 et s.

Il résulte clairement de la loi que « l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée au risque »¹⁷⁸. C'est donc par exception qu'on admet la validité du contrat d'assurance couvrant le risque déjà réalisé. Et l'objet ou « l'opération juridique envisagée par les parties »¹⁷⁹ à ce contrat d'assurance couvrant le risque déjà réalisé, n'est autre que la couverture d'un risque qui dans la conscience du souscripteur et de l'assureur ne s'est pas encore réalisé et est donc aléatoire. Autrement dit, en ignorant que le risque s'est déjà réalisé, les parties au contrat croient ou supposent que le risque couvert est aléatoire. Cette opération correspond tout à fait à celle envisagée pour le contrat d'assurance¹⁸⁰.

50. Le risque est donc « l'élément majeur de l'acte d'assurance. De son évaluation dépend l'économie du contrat ; de sa survenance, la mise en jeu de la garantie »¹⁸¹. C'est du risque couvert dont résulte aussi l'étendue des droits et obligations des parties au contrat d'assurance. La prime que doit payer l'assuré sera fixée en fonction de ce risque et l'exécution de l'obligation de règlement de l'assureur ne sera effective que lorsque surviendra le risque couvert. C'est également l'évaluation du risque qui permettra à l'assureur de prendre sa décision en fonction de sa politique d'organisation de la mutualité. Face au risque, l'attitude de l'assureur en tant qu'organisateur et gestionnaire de la mutualité, est guidée par le souci de garantir le bon fonctionnement de cette mutualité. Ainsi, tout risque susceptible de nuire à ce bon fonctionnement sera écarté, d'abord par le législateur à travers une disposition légale, ou par l'assureur au moyen d'une clause d'exclusion conventionnelle de garantie. Il en est ainsi des risques excessifs, concentrés, etc. Cependant, pour les risques dont la garantie n'est pas totalement interdite par la loi, un assureur peut décider de les prendre en charge en contrepartie d'une surprime, car son but est d'avoir une large clientèle sans porter atteinte à l'équilibre financier de la mutualité dont il est le garant du bon fonctionnement en sa qualité de gestionnaire.

¹⁷⁸ Art. L121-15 al. 1 C. assur. A noter que ce texte est une des dispositions générales des règles relatives aux assurances de dommages.

¹⁷⁹ Art. 1412 C.c.Q.

¹⁸⁰ *Contra* R. MORADINEJAD, « Rapport de prélecture de la présente thèse », p. 6.

¹⁸¹ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, op. cit., note 62, n° 185, pp. 195-196.

Cette importance du risque pour l'assurance est résumée par Picard et Besson lorsqu'ils écrivent : « Le risque constitue un élément essentiel [et indispensable ajouterons-nous] de l'assurance. Il en est même l'élément fondamental ; c'est lui qui donne à l'opération sa véritable physionomie, puisque c'est pour se couvrir contre des risques que l'assuré traite avec l'assureur. La notion de risque est une notion originale, propre au droit et à la science de l'assurance, fort différente de la notion de risque utilisée en droit civil ou dans le langage courant »¹⁸².

51. Enfin, s'il peut être simple et unique, en ce qu'il résulte d'un seul événement, ou être composite en ce qu'il résulte de plusieurs événements ou faits¹⁸³, le risque doit avoir des caractères bien définis pour être assurable. Ainsi, outre le caractère réel qui renvoie à l'existence du risque en tant qu'objet et qui conditionne l'existence même du contrat comme il a été souligné ci-dessus, pour être assurable le risque doit être non seulement licite¹⁸⁴, c'est-à-dire conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs, mais aussi et surtout aléatoire comme il a été également souligné ci-dessus. L'importance de ce caractère aléatoire du risque assurable est telle qu'on dit même que l'aléa est l'essence même du contrat d'assurance¹⁸⁵.

B – L'ALÉA, ESSENCE DU CONTRAT D'ASSURANCE

52. Après avoir étudié le risque, l'analyse et la compréhension de l'aspect épistémologique du droit de l'exclusion de garantie en tant qu'outil de régulation du contrat d'assurance passe nécessairement par l'étude de l'aléa considéré comme l'essence dudit contrat. L'analyse préalable de la notion (1) permettra de mieux comprendre sa fonction pour le contrat d'assurance (2).

¹⁸² M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 22, p. 34.

¹⁸³ Voir en ce sens J. KULLMANN, *Lamy Assurances 2013*, n° 90.

¹⁸⁴ Sur cette notion de licéité du risque qui sera abordée dans les lignes qui suivent, voir notamment : S. Corone, « Respect des lois et règlements : quand il est interdit à l'assurance de garantir », *Argus* 20 avr. 2001, p. 38.

¹⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14.74 : *JurisData* n° 1985-700364 ; *Bull. civ.* 1985, I, n° 20 ; Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, n° 93-11295.

1 – NOTION D'ALÉA EN ASSURANCE

53. Etymologiquement le mot « aléa » désigne *un jeu de dé* caractérisé par l'incertitude et le hasard. C'est en ce sens qu'on peut lire : « *De son étymologie latine, « l'aléa » est le dé, mais aussi le hasard, la chance, le risque, le sort* »¹⁸⁶. Cependant, tout comme le risque, malgré l'importance de l'aléa pour le contrat d'assurance, en France la loi spéciale de ce contrat qui est le Code des assurances ne définit pas la notion. Il en est de même en droit québécois¹⁸⁷. C'est donc aux dispositions du droit commun des obligations et à la doctrine qu'il convient de se référer pour appréhender la notion d'aléa en matière d'assurance.

54. En droit français ce sont les deux dispositions que l'ancien Code civil consacrait à la notion de contrat aléatoire¹⁸⁸ qui faisaient office de fondement légal de définition de la notion d'aléa. La première est l'article 1104 alinéa 2 selon lequel : « *lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire* ». La seconde est l'article 1964 qui, après avoir défini le contrat aléatoire comme étant « *une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépend d'un événement incertain* », cite outre le jeu, le pari et le contrat de rente viagère, le contrat d'assurance comme premier exemple des contrats aléatoires. Mais avec la réforme du Code civil en 2016¹⁸⁹, l'article 1964 précité a été abrogé et l'article 1104 alinéa 2 précité est devenu 1108 al. 2 qui dispose que : le contrat « est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». C'est ce nouveau texte issu de la réforme du Code civil qui fait désormais office de fondement légal de définition de la notion d'aléa en droit français.

¹⁸⁶ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 187, p. 198.

¹⁸⁷ Voir C.c.Q – Livre 5 – Titre 2 – Chapitre 15 – Articles 2389 à 2628.

¹⁸⁸ Pour des études plus complètes sur cette notion voir : L'aléa, Journées nationales Tome XIV/ Le Mans, Association Henri Capitant, Dalloz, 2011 ; R. KHAN, *La notion d'aléa dans les contrats*, Thèse, Paris, 1924 ; « Aléa et contrat d'assurance, colloque Cour de cassation », *RCA*, n° 3, mars 2014, dossier 1-11 ; S. BERTOLASO, « L'aléa en droit des assurances : état des lieux et perspectives », *RGDA* 2009, p. 431 et s.

¹⁸⁹ Voir l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

55. Pour ce qui est du droit québécois, c'est l'article 1382 alinéa 2 du Code civil selon lequel le contrat « est aléatoire lorsque l'étendue de l'obligation ou des avantages est incertaine », qui fait office de fondement légal de définition de la notion d'aléa. De ces dispositions légales ci-dessus, il résulte donc une différence de conception de la notion d'aléa entre les droits français et québécois. En effet, si pour définir le contrat aléatoire¹⁹⁰ (dont l'une des plus célèbres illustrations est le contrat d'assurance) le législateur français se réfère à *l'incertitude de l'événement* auquel les parties acceptent de faire dépendre *les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes* qui en résulteront, le législateur québécois quant à lui malgré le fait qu'il s'est inspiré de son homologue français sur ce point¹⁹¹, se réfère à *l'incertitude de l'étendue de l'obligation ou des avantages*. Ainsi, là où le législateur français retient l'aspect événement (« *un événement incertain* ») comme élément déterminant de la définition du contrat aléatoire, le législateur québécois quant à lui ne retient finalement que l'aspect patrimonial (« *l'étendue de l'obligation ou des avantages incertaine* ») comme élément déterminant de la définition du contrat aléatoire.

56. En revenant à notre préoccupation principale qui est de se référer à la notion et au fonctionnement de l'assurance pour déterminer la raison d'être de l'exclusion de garantie, on peut à travers leur conception de la notion d'aléa se faire une idée de la conception que les législateurs français et québécois ont aussi de la notion du risque. En effet, en retenant à la fois l'aspect événementiel (« *un événement incertain*») et l'aspect patrimonial (« *les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes* ») dans sa définition du contrat aléatoire, on peut dire que le législateur du Code civil français considère à l'image des juges québécois que le risque a un double aspect, à savoir *l'aspect causal (l'événement) et l'aspect conséquences (la perte)*¹⁹². Alors qu'en ne retenant que le seul aspect patrimonial (« *l'étendue de l'obligation ou des avantages incertaine* ») dans sa définition du contrat aléatoire, on peut dire que contrairement aux juges québécois et à son homologue français, le législateur québécois n'identifie le risque que sous l'angle du seul aspect conséquences.

¹⁹⁰ Même si cette expression de « contrat aléatoire » est une erreur terminologique comme nous essayerons de le démontrer dans les lignes qui suivent (§ 2, *infra*, « la fonction de l'aléa »).

¹⁹¹ Dans le Code civil du Québec annoté BAUDOINET RENAUD, il est précisé dans l'objet « Sources » se trouvant sous l'article 1382 dudit code que ce texte du droit québécois a pour source l'article 1104 du Code civil français.

¹⁹² Voir en ce sens *Schultz c. Commercial Union Assurance Co. of Canada*, (C.S., 1985-03-12), SOQUIJ AZ-85021174, J.E. 85-464, [1985] C.S. 416 (appel rejeté par (C.A., 1991-03-19), SOQUIJ AZ-50072500).

Cette conception possible du risque laisse penser que pour être assurable, l'incertitude de l'événement importe peu, car il faudra nécessairement que l'étendue de l'obligation ou des avantages soit incertaine, c'est-à-dire les conséquences pécuniaires. Ce qui réduirait considérablement le champ des risques assurables au sens *stricto sensu* de la loi québécoise. A cela il faut aussi ajouter qu'avec les franchises et plafonds de garantie, les conséquences pécuniaires de la survenance d'un événement sont plus ou moins connues à l'avance. L'assureur est un professionnel qui a horreur des surprises. C'est pourquoi il fait tout ce qui est de son pouvoir et fait même recours à la science (la statistique et la loi des grands nombres) pour les éviter au maximum, et dans le cas échéant, déterminer à l'avance l'étendue de son engagement à travers des clauses de franchise et de plafond de garantie, mais aussi et surtout à travers des clauses d'exclusion de garantie. De surcroît lorsqu'on prend l'exemple d'une assurance pour annulation de voyage, ses effets quant aux avantages et aux pertes, autrement dit les conséquences pécuniaires qui y résulteront sont tout sauf incertaines, car dès la signature du contrat l'assuré connaît le montant exact de la prime qu'il doit payer (son versement se faisant d'ailleurs en une seule fois de façon générale) et celui de l'indemnité¹⁹³ qu'il va recevoir lorsque survient le sinistre. Cette indemnité étant généralement destinée à couvrir les frais engendrés par le sinistre, tel que le frais d'hôtel et le prix du billet. Il en est de même pour l'assureur, il connaît avant tout sinistre la prime qu'il va recevoir et le montant de l'indemnité qu'il va déboursier lorsque survient le sinistre. Sauf à réduire les expressions légales « effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront »¹⁹⁴ et « l'étendue de l'obligation ou des avantages »¹⁹⁵ au seul rapport entre les primes payées et les prestations versées, les conséquences pécuniaires qui résultent d'un contrat d'assurance ne sont donc pas toujours incertaines du moins dans leur fourchette et ce grâce aux franchises et plafonds de garanties. Toutefois, il convient de souligner que la pratique assurantielle au Québec est loin d'être conforme à cette possible interprétation de la loi, dans la mesure où un simple aléa événementiel tel que le vol, l'incendie ou l'accident constitue un risque assurable indépendamment de l'incertitude pouvant entourer les conséquences pécuniaires de leur survenance.

¹⁹³ Pour une étude plus complète et détaillée de cette notion, voir : C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 486, préf. A. SERIAUX, 2007.

¹⁹⁴ Art. 1108 al. 2 C. civ.

¹⁹⁵ Art. 1382 al. 2 C.c.Q.

57. Sur le plan doctrinal aussi les avis sont partagés et le débat passionnant. En effet, malgré l'unanimité sur l'importance de l'aléa pour le contrat d'assurance, les auteurs divergent à la fois sur le degré de cette importance et sur le sens qu'il convient de donner à la notion. Tout d'abord, au regard des arguments avancés ci-dessus, bien qu'aussi opposés à l'idée d'une conception spécifique de l'aléa en matière d'assurance, nous sommes tout même d'avis que « le caractère aléatoire du contrat d'assurance doit être reconnu soit sur la base de la seule existence d'un événement incertain sans qu'il faille exiger au surplus l'ignorance par les contractants du rapport final des prestations »¹⁹⁶, soit sur la base de la seule existence de conséquences pécuniaires incertaines sans qu'il faille exiger au surplus un événement incertain. Autrement dit, en cas d'aléa événementiel, l'aléa économique n'est pas nécessaire, et inversement. C'est également dans cet ordre d'idées que certains¹⁹⁷ ont pu distinguer « l'aléa-événement » qui renvoie à *l'incertitude qui entoure un événement quant à sa survenance ou la date de cette survenance et qui exige que l'événement en question soit futur, possible, éventuel et indépendant de la volonté des parties, l'assuré en particulier*, de « l'aléa patrimonial » qui renvoie à *l'incertitude des conséquences pécuniaires qui résulteront de la survenance de l'événement incertain*. Dans cette conception doctrinale de la notion d'aléa on peut y voir les termes utilisés par le législateur. Les termes « *chance de gain ou de perte* » de l'ancien article 1104 du Code civil français¹⁹⁸ ou « *avantages et pertes* » qu'on retrouve à la fois dans l'ancien article 1964¹⁹⁹ et le nouvel article 1108²⁰⁰ du même Code renvoyant à ce que l'auteur qualifie « d'aléa-patrimonial », et le terme « *événement incertain* » employé dans tous ces textes renvoyant à ce que l'auteur qualifie « d'aléa-événement ».

¹⁹⁶ En ce sens, voir notamment, J. BIGOT, in in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n^{os} 101 et s. ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, « Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2001, I, 329 ; J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2005, I, 111.

¹⁹⁷ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n^{os} 101 et s., pp. 54 et s.

¹⁹⁸ Qui disposait à son second alinéa que, « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat *est aléatoire* » (les soulignements sont de nous).

¹⁹⁹ Il résultait de cette disposition que : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain » (les soulignements sont de nous).

²⁰⁰ L'article 1108 alinéa 2 issu de l'*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, dispose que le contrat : « est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain » (les soulignements sont de nous).

De cette conception, l'aléa serait donc *l'incertitude qui affecte soit la survenance d'un événement, soit la date de cette survenance, ou soit l'étendue des conséquences de cette survenance*. Ainsi, il suffit qu'un événement soit incertain dans sa survenance même, ou dans la date de sa survenance ou simplement dans l'étendue de ses conséquences, pour qu'il soit considéré comme aléatoire et donc pouvant faire l'objet d'un contrat d'assurance.

58. D'autres soutiennent cependant que l'aléa qualificatif du contrat comporte trois éléments consécutifs, à savoir « un aléa événementiel » qui renvoie à l'événement incertain introduit dans l'économie du contrat, « un aléa économique » qui se rapporte à l'ignorance par les parties au moment de la conclusion du contrat du rapport final qui s'établira entre les effets du contrat à l'égard de l'une et de l'autre²⁰¹, et enfin « un lien de causalité entre les deux » : le ratio final des prestations respectives dépendant de l'événement incertain introduit dans le champ contractuel²⁰². Au regard de cette conception de l'aléa, revient donc la question de savoir ce qui différencie le contrat d'assurance des autres contrats aléatoires ou plutôt qualifiés comme tels (car comme nous allons le démontrer dans les lignes qui suivent cette terminologie de « contrat aléatoire » est erronée). Est-ce la notion même de l'aléa ou d'autres critères ? Autrement dit, existe-il une conception spécifique de l'aléa en matière d'assurance ? Même si quelques auteurs apportent une réponse positive à cette question²⁰³, c'est une réponse négative qui s'impose au regard de la loi, car qu'il s'agisse du droit français²⁰⁴ ou du droit québécois²⁰⁵, il n'y a aucune conception de l'aléa qui serait spécifique au contrat d'assurance.

²⁰¹ A ce propos l'auteur s'appuie sur l'article 1382 du Code civil du Québec selon lequel « *Le contrat est commutatif lorsque, au moment où il est conclu, l'étendue des obligations des parties et des avantages qu'elles retirent en échange est certaine et déterminée. Il est aléatoire lorsque l'étendue de l'obligation ou des avantages est incertaine* », pour écrire : « Pour que le contrat soit qualifié d'aléatoire, il faut et il suffit qu'au moment de sa conclusion, les parties ignorent le rapport final des prestations ; il n'est pas nécessaire que ce rapport puisse *a priori* être favorable à chacune d'elles » : voir note 340 où l'auteur ne manque d'ailleurs pas de rappeler des positions doctrinales qui soutiennent que « *le doute lors de la conclusion du contrat aléatoire doit porter sur non pas le rapport final des prestations, mais sur l'identité du gagnant et celle du perdant* » : V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, *op. cit.*, note 84, n° 75, p. 45 et A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, LGDJ, P.U.F.D.C.F, 1998, n° 634, p. 272.

²⁰² F. LEDUC, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n° 162, p. 104.

²⁰³ Voir notamment, J. BIGOT, in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 101 et s. ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, « Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2001, I, 329 ; J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2005, I, 111.

²⁰⁴ Selon lequel le contrat « est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain » (art. 1108 al. 2 nouveau du Code civil).

²⁰⁵ Selon lequel le contrat « est aléatoire lorsque l'étendue de l'obligation ou des avantages est incertaine » (art. 1382 du Code civil du Québec).

La définition du contrat aléatoire qui est donnée par les deux législations est commune à tous les contrats aléatoires ou plutôt à tous les contrats qualifiés comme tels, sans qu'aucune spécificité ne soit accordée au contrat d'assurance. En droit français, il suffit que les parties à un contrat acceptent de faire dépendre ses effets quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront d'un événement incertain pour que le contrat en question soit qualifié d'aléatoire. Et en droit québécois, il suffit que l'étendue de l'obligation ou des avantages qui résulteront d'un contrat soit incertaine pour que ce contrat soit qualifié d'aléatoire. C'est également en ce sens qu'on peut lire :

Il ne paraît pas légitime de retenir une conception spécifique de l'aléa qualificatif du contrat qui serait propre à l'assurance. Il s'ensuit que le caractère aléatoire du contrat d'assurance doit s'apprécier à l'aune des critères du Code civil. Conséquemment, le caractère aléatoire que présente, par nature, le contrat d'assurance postule la présence d'une double incertitude : incertitude de l'événement, d'abord [...] incertitude du résultat, ensuite [...].

A défaut de cette double incertitude, le contrat ne peut en toute rigueur être qualifié d'aléatoire ni partant, de contrat d'assurance (cette conclusion mène à douter de l'orthodoxie de la qualification de contrat d'assurance appliquée par la Haute juridiction aux contrats dits « d'assurance placement »²⁰⁶²⁰⁷).

A ce propos, puisqu'il a déjà été démontré ci-dessus que le caractère aléatoire que présente le contrat d'assurance postule la présence d'une incertitude événementielle (« aléa-événement ») ou d'une incertitude patrimoniale (« aléa patrimonial ») et non les deux à la fois, contrairement à ce que soutient ici cet auteur, nous allons à présent nous focaliser sur les autres questions que suscite cette position doctrinale.

²⁰⁶ Pour une analyse plus détaillée et le débat qui entoure la qualification de ces contrats, voir notamment : J.-L. AUBERT, « L'aléa et l'assurance sur la vie », in *Études offertes à Hubert Groutel, Responsabilité civil et assurance*, Paris, Litec, 2006, p. 13 et s ; F. LEDUC et Ph. PIERRE, « Assurance placement : une qualification déplacée », *RCA* 2005, chron. 3, n^{os} 10 et s ; Ph. PIERRE, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 121, n^o 2100, pp. 1368 à 1372 ; L. MAYAUX, « La qualification des contrats d'assurance-vie », in *Les grandes questions du droit des assurances*, *op. cit.*, n^o 274 et s., pp. 169 et s. ; G. DURRY, « Réflexion sur le rôle de la Cour de cassation à partir des arrêts de la chambre mixte du 23 novembre 2004 », *Risques* 2005, n^o 64, p. 117 et s. ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, « Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2001, I, 139 ; J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2005, I, 111.

²⁰⁷ F. LEDUC, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n^o 163, p. 107.

Ainsi, outre la question déjà abordée de savoir ce qui distingue le contrat d'assurance des autres contrats aléatoires du point de vue de la conception même d'aléa, l'autre question que pose cette analyse doctrinale de l'aléa est de se demander si l'aléa est-il un critère de qualification du contrat d'assurance ? D'où la nécessité de s'intéresser à la fonction ou rôle²⁰⁸ que joue l'aléa dans le contrat d'assurance.

2 – LA FONCTION DE L'ALÉA DANS LE CONTRAT D'ASSURANCE

59. Dans la mesure où le contrat d'assurance repose sur l'aléa²⁰⁹ qui est « nécessaire à sa mise en œuvre »²¹⁰, déterminer la raison d'être de l'exclusion de garantie dans ce contrat passe nécessairement par la compréhension de la fonction de l'aléa dans le contrat d'assurance²¹¹. Ainsi, en droit français après que le législateur ait d'une part, défini le contrat aléatoire comme étant celui dans lequel « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* »²¹², et d'autre part, stipulé que « *l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée au risque* »²¹³, la Cour de cassation rappelle régulièrement que « *le contrat d'assurance est par nature aléatoire* »²¹⁴ ou que « *l'aléa est l'essence même du contrat d'assurance* »²¹⁵. Et la doctrine soutient que « l'assurance étant légalement et techniquement un contrat aléatoire, ne peut garantir qu'un risque aléatoire, c'est-à-dire un événement dont la réalisation ne résulte pas *exclusivement* du comportement délibéré et conscient de l'assuré »²¹⁶.

²⁰⁸ L. MAYAUX, « le rôle de l'aléa dans le contrat d'assurance », in *Les grandes questions du droit des assurances*, *op cit.*, n°s 30 et s., pp. 21 et s.

²⁰⁹ « L'assurance porte sur des faits déterminés qui comportent une incertitude : *elle repose sur l'aléa* » : M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 23, p. 33 ; « Le contrat d'assurance repose sur l'aléa » : Comité européen des assurances : *rapports du 9^e colloque juridique international* (Bruxelles, 3-6 oct. 1980), sur le troisième thème « De la notion et des limites de l'aléa susceptible d'être garanti dans les assurances de choses, de personnes et de responsabilité professionnelle », *RGAT* 1981, pp. 228 à 338.

²¹⁰ C'est ce que rappelle la Cour d'appel d'Orléans (CA Orléans, 27 nov. 1996, *Juris-Data* n° 1996-055878), lorsqu'elle décide : « Dès lors que l'assuré est seul à pouvoir maîtriser tout à la fois la cause et les conséquences des infiltrations subies par un tiers provenant de sa toiture-terrasse, puisqu'il lui suffit de prendre des mesures ne relevant que l'entretien courant de cette toiture, *l'aléa nécessaire à la mise en œuvre d'un contrat d'assurance n'existe pas* ».

²¹¹ A ce propos, voir notamment L. MAYAUX, « le rôle de l'aléa dans le contrat d'assurance », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, p. 21 à 40.

²¹² Art. 1108 al. 2 nouv. C. civ.

²¹³ Art. L121-15 al. 1 C. assur. A noté que ce texte est une des dispositions générales des règles relatives aux assurances de dommages.

²¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 avr. 1996, n° 94-11174 ; Cass. 1^{re} civ. 4 nov. 2003, n° 01-14942, *RGDA* 2004, p. 337, note J. KULLMANN ; Cass. 1^{re} civ. 17 fév. 1990, *Bull. civ. I*, n° 52 ;

²¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14.742 : *JurisData* n° 1985-700364 ; *Bull. civ. 1985, I*, n° 20 ; Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, n° 93-11295.

²¹⁶ J. BIGOT, « Assurance de responsabilité : les limites du risque assurable », *RGAT* 1978, p. 196.

Il en est de même en droit québécois, c'est sur le fondement de la disposition légale selon laquelle « le contrat est aléatoire lorsque l'étendue de l'obligation ou des avantages est incertaine »²¹⁷ que certains officiels ont soutenu que « *les contrats d'assurance sont des contrats aléatoires* »²¹⁸. Puis s'ajoutent la doctrine qui cite quasi-systématiquement le contrat d'assurance comme exemple de contrat aléatoire²¹⁹ et la jurisprudence avec ses différentes formules telles que : « le contrat d'assurance est un contrat aléatoire »²²⁰, « l'assurance est un contrat aléatoire »²²¹ ou que « le contrat d'assurance est par nature aléatoire »²²².

60. Ces dispositions légales sur lesquelles s'appuient juges, auteurs et autorités constituent ainsi la parfaite illustration du caractère indispensable de l'aléa pour l'assurance. Il doit non seulement être présent au moment de sa formation, mais aussi exister pendant toute la durée de son exécution. Pas donc d'assurance sans aléa puisqu'il conditionne sa validité²²³ ou plus précisément conditionne la couverture du risque. Ainsi, en tant que condition de couverture du risque (2.2), le défaut d'aléa peut être sanctionné par une exclusion de garantie et on parlera à ce propos d'exclusion de garantie comme sanction du défaut d'aléa (2.3). D'où la légitimité de la question de savoir si l'aléa est un critère de qualification du contrat d'assurance ? (2.1).

²¹⁷ Art. 1382 al. 2 C.c.Q.

²¹⁸ Commentaires du ministre de la justice sous l'article 1382 du Code civil du Québec.

²¹⁹ Pour ne citer que quelques exemples, voir en ce sens V. KARIM, *Les obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n° 610, p. 278 ; M. TANCELINÉ, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n° 99 ; J.-L. BAUDOINET P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, p. 110 ; D. LLUELLESET B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012, p. 117-118 ; R. HUBERT, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 148 "contrat aléatoire".

²²⁰ *Gilbert c. SSQ, société d'assurance-vie Inc.*, 2017 QCCS 202 (CanLII). C'est au paragraphe 39 de cet arrêt qu'on peut lire : « Dans l'arrêt Giroux [Caisse populaire de Maniwaki c. Giroux, [1993] 1 RCS 282, 1993 CanLII 151 (CSC)], la plus haute Cour du pays fait un rappel succinct des modalités relatives au contrat d'assurance : Le risque, l'événement qui va déclencher le paiement de l'assureur, est prévu et décrit contractuellement par les parties. *Le contrat d'assurance est un contrat aléatoire*, c'est-à-dire qu'au moment de sa conclusion, comme le dit BAUDOINET, *Les obligations* (3^e éd. 1989), à la p. 57, « les prestations des parties ne sont pas encore déterminées quant à leur étendue ou quant à leur importance ». (L'italique et le soulignement sont de nous).

²²¹ *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 RCS 622, 1991 CanLII 16 (CSC).

²²² *Compagnie d'assurance continental du Canada c. Compagnie d'assurance générale dominion du Canada*, 1996 CanLII 6449 (QC CA).

²²³ A ce propos voir, J. KULLMANN, « L'aléa, condition de l'assurance ? », in *Aléa et contrat d'assurance*, RCA 2014, Dossier n° 4.

2.1 – L'ALÉA, UN CRITÈRE DE QUALIFICATION DU CONTRAT D'ASSURANCE ?

61. Malgré l'unanimité sur l'importance de l'aléa pour l'assurance, le débat reste très vif concernant sa fonction et ce, même entre les auteurs qui rejettent, à juste raison d'ailleurs, l'idée d'une conception spécifique de l'aléa qui serait propre au contrat d'assurance. Ainsi, après avoir distingué l'aléa-événement de l'aléa patrimonial²²⁴, le professeur Mayaux soutient que :

L'aléa-événement (l'incertitude affectant l'événement) n'est pas un critère de qualification du contrat d'assurance. Il ne permet pas de dire si l'on a affaire à un contrat d'assurance, ni même si cette qualification est exclue, dans la mesure où d'une part, sa présence ne suffit pas à dire qu'un contrat est bien un contrat d'assurance, car tous les contrats aléatoires comportent un tel aléa sans pour autant être tous des contrats d'assurance faute de couvrir un risque, et d'autre part, son absence ne suffit pas non plus à exclure la qualification de contrat d'assurance, car il peut être absent au moment de la souscription (cas du passé connu) ou en cours de contrat (en cas de faute intentionnelle de l'assuré) sans pour autant entraîner la requalification du contrat qui est, et demeure un contrat d'assurance son objet étant la couverture d'un risque²²⁵.

Et c'est à travers la notion d'aléa patrimonial que le même auteur rejette l'idée de *chance de gain ou de perte* évoquée par l'ancien article 1104 précité pour faire sienne l'idée d'*avantages et pertes* qu'on retrouve à la fois dans l'ancien article 1964 précité et le nouvel article 1108 précité. Puis d'ajouter que :

Ce qui fait le contrat d'assurance, ce n'est pas l'aléa, mais que l'assureur s'expose à un risque en le prenant à sa charge. Et cet aléa n'est pas même présent dès lors que l'avantage escompté du contrat est certain et quantifiable dès la conclusion du contrat. Il est certain car l'assuré est couvert immédiatement, dès la prise d'effets du contrat, quand bien même il n'y aurait pas de sinistre. Et il est quantifiable car cette couverture a une valeur que l'on peut fixer à l'avance, soit par référence à l'augmentation de valeur du patrimoine assuré résultant de sa sécurisation par l'assurance [...], soit tout simplement en se référant au montant de la prime qui, si elle est correctement fixée, constitue la valeur du risque transféré à l'assureur. En d'autres termes, l'avantage attendu du contrat est celui d'être couvert contre un risque, et sa valeur est celle de la créance de couverture [...].

²²⁴ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, aux n° 101 et s., p. 54 et s.

²²⁵ *Id.* n° 102, pp. 55-56.

Sauf à ramener l'aléa à un simple aléa événementiel, le contrat d'assurance n'est donc pas un contrat aléatoire. Et en conséquence, la présence d'un aléa patrimonial [...] ne saurait être un critère pour qualifier ce contrat²²⁶.

Toutefois, s'il est vrai que la couverture d'un risque est le principal élément caractéristique du contrat d'assurance qui le distingue des autres contrats aléatoires, il faut tout de même à préciser que ce n'est non pas la couverture immédiate dont bénéficie l'assuré dès la prise d'effets du contrat qui est l'avantage concrètement attendu du contrat d'assurance, mais la prestation que lui verse l'assureur lorsque survient le risque couvert (sinistre). La couverture immédiate de l'assuré reste donc abstraite. Elle ne se concrétise que par le versement de la prestation de l'assureur lorsqu'il y aura sinistre. Et dans la mesure où l'assureur n'exécutera sa prestation que si et seulement si, se réalise le risque effectivement couvert, c'est-à-dire un risque qui rentre dans l'objet du contrat et non exclu de la garantie (car dans le cas contraire il n'y aurait tout simplement pas de sinistre au vrai sens du terme), cette prestation de l'assureur n'est autre que la conséquence de la couverture immédiate de l'assuré par le contrat d'assurance. On retrouve ainsi les deux obligations qui incombent à l'assureur, à savoir l'obligation de couverture qu'on pourrait qualifier d'obligation à exécution immédiate du fait qu'elle s'exécute dès la prise d'effets du contrat, et l'obligation de règlement qu'on qualifie d'obligation conditionnelle du fait qu'elle ne s'exécute que lorsque survient le sinistre. Dès lors, à défaut de dire que la prestation de l'assureur est l'avantage attendu du contrat d'assurance, il faudrait mieux dire que la couverture immédiate de l'assuré dès la prise d'effets du contrat est l'un des deux avantages (l'autre étant la prestation de l'assureur) attendus du contrat d'assurance.

62. Mais est-il totalement erroné de considérer l'aléa comme critère de qualification du contrat d'assurance ? En tout cas ce qui est sûr, l'idée n'est absolument pas dénuée de tout fondement puisque, comme il a été déjà rappelé²²⁷, ce contrat est cité comme premier exemple de contrats aléatoires tant par la jurisprudence, une grande partie de la doctrine, mais aussi et surtout jusqu'à très récemment par le législateur français.

²²⁶ L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n^{os} 103 à 106, pp. 56-59.

²²⁷ *Supra*, note 127 et s.

C'est ainsi que pour arriver à la conclusion selon laquelle : « *le caractère aléatoire que présente, par nature, le contrat d'assurance postule la présence d'une double incertitude, à défaut de laquelle, le contrat ne peut en toute rigueur être qualifié d'aléatoire ni partant, de contrat d'assurance. Ce qui mène à douter de la qualification de contrat d'assurance appliquée par la Haute juridiction aux contrats dits d'assurance placement* »²²⁸, le professeur Leduc soutient que :

Il est acquis que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire : la loi le dit, la jurisprudence le répète et la doctrine l'approuve. [...] Lorsque nous nous sommes attachés à distinguer l'assurance du pari, nous avons relevé qu'il existait fondamentalement deux types de contrats aléatoires : ceux qui ont pour but de procurer la sécurité contre le hasard et ceux qui ont pour but de spéculer sur le hasard.

[Ainsi, à la différence de ceux appartenant à la première catégorie], tel le contrat d'assurance, [ayant] pour objet de protéger contre le hasard, [ceux de la seconde catégorie], tel le jeu ou pari, ont pour objet de provoquer le hasard. C'est précisément la distinction entre ces deux formes de contrats aléatoires que l'article 1964 cherche à exprimer, ainsi que le révèle la lecture des travaux préparatoires du Code civil²²⁹.

63. Derrière cette idée de l'aléa comme critère de qualification du contrat d'assurance, plane l'ombre des contrats d'assurance vie mixte (vie et décès) et l'interrogation qu'ils suscitent. En effet, ces contrats dans lesquels la prestation (les garanties vie et décès) de l'assureur est en tout état de cause égale au montant de la provision mathématique (montant cumulé des primes ou cotisations perçues majoré des produits financiers et diminué des frais de gestion) existant au moment du dénouement, ne mériteraient pas la qualification de contrats d'assurance, faute d'aléa²³⁰. La question était donc de savoir si ces contrats méritent bien la qualification de « *contrat d'assurance sur la vie* » ou s'ils doivent être requalifiés en « *contrats de capitalisation* » ? Cette question qui fait couler beaucoup d'encre au-delà des frontières françaises²³¹ ne semble pas se poser en droit québécois comme le laisse penser le survol de la doctrine et jurisprudence portant sur ces assurances sur la vie.

²²⁸ F. LEDUC, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n° 163, p. 107.

²²⁹ *Id.* n°s 161 et s., pp. 102 et s.

²³⁰ *Id.* n°s 163 et s., pp. 105 et s ; F. LEDUC et Ph. PIERRE, « Assurance placement : une qualification déplacée », *RCA* 2005, chron. 3, n°s 10 et s

²³¹ « [...] Les contrats d'assurance "modernes" ont suscité semblables interrogations au-delà de l'hexagone ; en Belgique : C. JAUMAIN, *Faut-il disqualifier l'assurance vie ? L'assurance vie doit-elle conserver ses privilèges quelles que soient sa durée et l'intensité du risque ? Liber amicorum René Van Gompel*, Diegemn, Kluver, 1998, p. 295. – Aux États-Unis : S. L. Kimbail, *Reflexions on the meaning of insurance : The International Journal of Insurance Law* 1995, p. 226 » : cité par Ph. PIERRE, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n° 2073, à la note 6, p. 1343.

64. En France, la réponse est venue de la chambre mixte de la Cour de cassation qui, dans ces arrêts du 23 novembre 2004²³² a décidé qu'au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1,²³³ et R 321-1,²³⁴ du Code des assurances, ces contrats sont bien des contrats aléatoires d'assurance sur la vie, leurs effets dépendant de la durée de la vie humaine. En effet, la qualification de contrat de capitalisation ne peut être retenue dans la mesure où dans « l'opération d'assurance sur la vie qui vise à couvrir soit le risque de survie, soit le risque de décès de l'assuré, le risque couvert [...] est un événement certes certain dans sa réalisation mais incertain quant à sa date, [et] que l'obligation de l'assureur prend en compte non pas le terme fixé à l'avance mais la durée de vie de l'assuré, la mort ou la survie constituant la réalisation du risque dont la date est inconnue d'où l'aléa »²³⁵. Et malgré le houleux débat doctrinal²³⁶ qu'elle suscite, cette solution jurisprudentielle issue de ces arrêts de la chambre mixte reste très suivie par les juges, comme en témoignent quatre arrêts du même jour rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation²³⁷.

²³² Cass. Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 03-13.673, 01-13592 et 02-17.507, *Bull. civ.* n° 4 ; *D.* 2005, 1905, note B. BEIGNIER ; *Defrénois* 2005, art. 38142, obs. J.-L. AUBERT ; *RGDA* 2005, p. 110, note L. MAYAUX ; *RCA* 2005, chron. 3, par F. LEDUC et Ph. PIERRE ; *JCP* 2005.I.111, chron. par J. GHESTIN.

²³³ Selon lequel « les entreprises qui sous forme d'assurance directe contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, s'engagent à verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, ou font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent à cet effet des engagements déterminés » (nos soulignements).

²³⁴ Selon lequel, « [...] Les opérations d'assurance sont classées en branches et sous-branches de la manière suivante : [...] 20. Vie-Décès : Toute opération comportant des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine autre que les activités visées aux branches 22, 23 et 26 » (nos soulignements).

²³⁵ Cass. Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-17.507, *Bull. civ.* n° 4

²³⁶ F. LEDUC et Ph. PIERRE, « Assurance placement : une qualification déplacée », *RCA* 2005, chron. 3, n° 10 et s ; Ph. PIERRE, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n° 2100, pp. 1368 à 1372 ; L. MAYAUX, « La qualification des contrats d'assurance-vie », in *Les grandes questions du droit des assurances*, *op. cit.*, n° 274 et s., pp. 169 et s. ; G. DURRY, « Réflexion sur le rôle de la Cour de cassation à partir des arrêts de la chambre mixte du 23 novembre 2004 », *Risques* 2005, n° 64, p. 117 et s. ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, « Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2001, I, 139 ; J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2005, I, 111.

²³⁷ Cass. 2^e civ. 08 sept. 2005, n° 03-11019, 03-11774, 03-14367 et 03-20636.

65. Ainsi, en identifiant l'aléa à la seule durée de la vie humaine à travers ces arrêts, la Haute juridiction française contredit la doctrine ci-dessus selon laquelle « *le caractère aléatoire que présente le contrat d'assurance postule la présence d'une double incertitude, à défaut de laquelle, le contrat ne peut en toute rigueur être qualifié d'aléatoire ni partant, de contrat d'assurance* »²³⁸, et conforte celle que nous défendons selon laquelle le caractère aléatoire que présente le contrat d'assurance postule la présence soit d'une incertitude événementielle (« aléa-événement »), comme c'est le cas de ces contrats d'assurance sur la vie, soit d'une incertitude patrimoniale (« aléa patrimonial ») et non les deux à la fois. Toutefois, en tant que caractère constant du contrat d'assurance, l'aléa est, comme nous l'avons déjà souligné, un élément indispensable de ce contrat. Même s'il est donc vrai que l'aléa en tant que tel n'est pas un critère de qualification du contrat d'assurance, il n'en demeure pas moins une exigence absolue de l'assurabilité du risque. Et le contrat d'assurance ayant pour objet le risque ou plus précisément la couverture d'un risque, il est possible d'affirmer qu'à défaut de risque assurable, et donc d'aléa, il ne peut techniquement et juridiquement y avoir de contrat d'assurance valable. Ce qui revient à dire que pas d'assurance sans l'aléa qui conditionne la couverture du risque.

2.2 – L'ALÉA, UNE CONDITION DE COUVERTURE DU RISQUE

66. Après avoir défini la notion d'aléa et souligné son caractère indispensable pour l'assurance en ce qu'elle conditionne la couverture du risque, se pose tout naturellement la question qui fait autant débat qui est l'assurabilité du risque putatif²³⁹, c'est-à-dire *le risque qui s'est déjà réalisé (sinistre) au moment de la souscription du contrat sans que les parties (le souscripteur/l'assuré en particulier) ne soient au courant*. « Putatif de "putare" signifiant croire, supposer »²⁴⁰. Autrement dit, le risque putatif est-il aléatoire, et donc assurable ? Ou non aléatoire, et donc non assurable ? Face à cette question deux doctrines s'opposent, à savoir celle défendant une conception subjective de l'aléa et qui prône l'assurabilité du risque putatif (2.2.1) et celle défendant une conception objective de l'aléa et qui s'oppose à toute assurabilité du risque putatif (2.2.2).

²³⁸ F. LEDUC, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, (ss. dir.) H. GROUDEL, *op. cit.*, note 4, n° 163, p. 107.

²³⁹ F. LEDUC, « L'existence de l'aléa : sa représentation par l'assuré », in *Aléa et contrat d'assurance*, RCA 2014, Dossier n° 5 ; H. GROUDEL, « L'intensité de l'aléa : sa représentation par l'assureur », in *Aléa et contrat d'assurance*, RCA 2014, Dossier n° 6.

²⁴⁰ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 202, p. 212.

2.2.1 – CONCEPTION SUBJECTIVE DE L'ALÉA

67. La conception de *l'aléa subjectif* met en avant la situation légitimement imaginée par les parties au moment de la souscription du contrat d'assurance. Avec elle l'assurance du risque putatif n'est pas en contradiction avec le principe légal de nullité de l'assurance lorsque la chose a déjà péri ou ne peut plus être exposée au risque au moment du contrat (art. L121-15 C. assur.). Cette assurabilité s'explique par l'ignorance que les parties ont de la réalisation du risque. Autrement dit, c'est l'existence de l'aléa dans l'imaginaire de l'assuré, aussi appelé l'aléa moral, qui est ici pris en compte. Ce qui est techniquement et juridiquement compatible avec l'assurance, mais aussi et surtout admis par la plus haute juridiction française comme il sera vu ci-dessous. En effet, la compatibilité du risque putatif à la technique d'assurance s'explique par le fait que son assurabilité n'empêche pas l'opération d'assurance d'éliminer le hasard et créer la sécurité en diluant l'effet des sinistres éventuels entre tous les assurés. La prévision de ces sinistres éventuels à travers lesquels se détermine la prime ou cotisation dont doit s'acquitter chaque assuré, prend tout naturellement en compte le risque putatif qui, dans la conscience des parties au contrat d'assurance ne s'est pas encore réalisé et par conséquent, soumis au même traitement scientifique de la statistique et la loi des grands nombres dont fait l'objet tout risque qu'un assureur prend en charge. Ce qui est compatible avec l'assurance qui repose sur la mutualité qui consiste au groupement d'une multitude d'assurés exposés à la réalisation de risques semblables afin d'indemniser ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes ou cotisations.

68. Il résulte donc que « les principes régissant l'opération d'assurance, comme la sélection et la tarification du risque, ainsi que sa mutualisation, trouvent à s'appliquer pour un risque putatif comme pour risque ordinaire. L'essentiel est que l'assureur et l'assuré aient ignoré l'existence du sinistre »²⁴¹. Et sur le plan juridique, l'assurabilité du risque putatif est également tout à fait justifiée, la bonne foi²⁴² qui le caractérise étant un principe fondamental du fonctionnement de l'assurance.

²⁴¹ *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1549, p. 749.

²⁴² Voir également en ce sens B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, thèse Paris II, 2012 (ss. dir.) L. LEVENEUR, Institut Universitaire Varenne, collection thèses, 2013, n° 129.

A partir du moment où il est prouvé que l'assuré n'avait aucun moyen de savoir que le risque pour lequel il souhaite se couvrir s'était déjà réalisé (le sinistre) avant la souscription du contrat d'assurance, il doit en toute logique être traité comme tout candidat à l'assurance et son besoin de sécurité ou son obligation d'assurance (en référence à l'assurance obligatoire) satisfait(e). C'est la théorie de l'apparence qui repose sur la croyance légitime dont il est ici question²⁴³. Autant il faut sévèrement sanctionner la mauvaise foi dans toute relation contractuelle et celle de l'assurance en particulier, autant il faut encourager et plébisciter la bonne foi avec notamment cette assurabilité du risque putatif. Avec cette conception subjective du risque, il n'y a donc aucun obstacle à l'assurabilité du risque putatif. Mais la situation sera toute autre si on adopte une conception objective du risque.

2.2.2 – CONCEPTION OBJECTIVE DE L'ALÉA

69. A la différence de la conception subjective qui vient d'être abordée, la conception objective du risque quant à elle ne se réfère qu'à la seule situation réelle des faits (la réalisation effective ou non du risque au moment de la souscription du contrat) et non à l'imaginaire des contractants. D'où son opposition à l'assurabilité du risque putatif. L'aléa faisant objectivement défaut, ce risque ne saurait être assurable. Pour prôner cette inassurabilité du risque putatif, ceux qui défendent cette conception objective se réfèrent notamment à l'article 39 de la loi du 13 juillet 1930 devenu L121-15 du Code des assurances, selon lequel « *l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée au risque* », pour soutenir que même si théoriquement on pourrait admettre l'assurance du risque putatif, comme c'est le cas en droit de l'assurance maritime avec les actuels articles L172-4²⁴⁴ et L172-5²⁴⁵ du Code des assurances, en droit des assurances terrestres, faute de dispositions similaires, on rejette généralement une telle assurance.

²⁴³ Voir en ce sens *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1549, p. 750.

²⁴⁴ Selon lequel « Toute assurance faite après le sinistre ou l'arrivée des objets assurés ou du navire transporteur est nulle, si la nouvelle en était connue, avant la conclusion du contrat, au lieu où il a été signé ou au lieu où se trouvait l'assuré ou l'assureur ».

²⁴⁵ Ce texte qui remplace les articles 8 et 9 de la loi du 3 juillet 1976 ayant eux-mêmes remplacé les articles 365 et 367 du Code de commerce, dispose que « L'assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles est nulle s'il est établi qu'avant la conclusion du contrat l'assuré avait personnellement connaissance du sinistre ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés ».

Le risque devant être un événement aléatoire²⁴⁶. Cependant, il faut tout de même souligner que malgré la différence de régime entre l'assurance maritime et l'assurance terrestre, elles reposent toutes deux sur la même technique de fonctionnement, « la technique de solidarité par la mutualité »²⁴⁷ basée sur la statistique et la loi des grands nombres. Ainsi, tout comme en assurances terrestres, le caractère aléatoire du risque assurable s'impose aussi en assurances maritimes. L'assurabilité légale du risque putatif en assurances maritimes prévue à la fois en droits français²⁴⁸ et québécois²⁴⁹ est la preuve qu'elle ne contredit aucun principe régissant le fonctionnement de l'assurance.

70. Ces dispositions du droit maritime admettant cette assurabilité peuvent donc être transposées sans difficulté en assurances terrestres. D'autant que comme nous avons déjà souligné, le droit de l'assurance maritime demeure la principale source des règles et principes régissant le fonctionnement de l'assurance moderne. Mais d'ici là, rien du point de vue technique, juridique ou même morale²⁵⁰ ne s'opposant à l'assurabilité du risque putatif, « à l'époque des satellites, il serait singulier de n'admettre le risque putatif que dans un domaine où il a largement disparu [(assurances maritimes)] et de le refuser là où il prospère [(assurances terrestres)] »²⁵¹. Surtout quand la plus haute juridiction française affirme régulièrement qu'« un contrat d'assurance ne peut garantir un risque que l'assuré sait déjà réalisé »²⁵² ou que « le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne [peut] porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé »²⁵³.

²⁴⁶ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 23, p. 34.

²⁴⁷ *Id.* n° 9, p. 17.

²⁴⁸ Art. L172-4 et 172-5 C. assur.

²⁴⁹ Art. 2511 C.c.Q. « Il n'est pas nécessaire que l'intérêt d'assurance existe à la conclusion du contrat, mais il doit exister au moment du sinistre.

L'acquisition d'un intérêt après la survenance du sinistre ne rend pas l'assurance valide. Toutefois, l'assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles est valide, que l'assuré ait acquis son intérêt avant ou après le sinistre, pourvu, en ce dernier cas, qu'au moment de la conclusion du contrat, l'assuré n'ait pas été au courant du sinistre ». C'est en commentaire de cette disposition que le Ministre de la Justice écrit : « *L'assurance est [...] valable lorsqu'elle est conclue sans que l'on sache si un sinistre a déjà entraîné la perte du bien, c'est-à-dire alors que l'assuré n'a acquis son intérêt qu'après le sinistre* » (les italiques et le soulignement sont de nous).

²⁵⁰ Voir en ce sens S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, Paris, Ellipses, 2^e éd. 2017, n° 269, à la p. 98.

²⁵¹ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 203, p. 213.

²⁵² Cass. 1^{re} civ., 12 fév. 1991, n° 88-18.149, *RGAT* 1991, p. 363.

²⁵³ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 1996, n° 94-11.174.

Ces arrêts qui sont rendus sous le fondement de l'article L121-5 du Code des assurances et de l'ancien article 1964 du Code civil continuent d'avoir majoritairement les faveurs de la jurisprudence, même si un auteur soutient le contraire²⁵⁴ en se référant à quelques arrêts favorables à la conception objective de l'aléa²⁵⁵.

71. Il faut aussi ajouter que, d'une part, ce n'est non pas l'aléa, mais « *la sécurité de l'assuré qui est [avant tout] l'essence propre de l'assurance* »²⁵⁶, et d'autre part, l'importance de l'aléa et son caractère indispensable pour l'assurance ne doivent pas conduire à qualifier le contrat d'assurance d'aléatoire²⁵⁷, même s'il a longtemps été considéré comme tel notamment par certains officiels québécois²⁵⁸ et par le législateur français lui-même (art. 1964 du Code civil de 1804), car indépendamment d'un événement incertain, ce contrat qui se forme par simple accord de volonté, existe et s'exécute dès sa prise d'effet. L'assureur exécutant immédiatement son obligation de couverture et ultérieurement son obligation de règlement en cas de sinistre²⁵⁹, et l'assuré son obligation de payer sa prime ou cotisation.

²⁵⁴ J.-P. KARILA, note sous Cass. 3^e civ., 25 fév. 2009, n° 08-10280, *RGDA* 2009, p. 466, n° 4 (cité dans *Traité* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1551, p. 752.

²⁵⁵ Rejet d'un pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel ayant refusé la prise en charge par l'assurance d'une invalidité due à une maladie contractée antérieurement à la souscription du contrat, mais ignorée de l'assuré à cette époque (Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2001, n° 98-21477, *RGDA*, 2001, p. 675, note J. KULLMANN) ; ou à propos d'un dégât des eaux provoquant un effondrement du plancher, où la Cour de cassation confirme l'arrêt des juges du fond qui conclut à l'absence d'aléa au motif qu'il résulte du rapport de l'expert que le plancher était déjà affecté au moment de la souscription du contrat d'assurance (Cass. 3^e civ., 25 fév. 2009, n° 08-10280, *RGDA* 2009, p. 466, n° 4 et [www. Actuassurance.com](http://www.Actuassurance.com) 2009, n° 11, act. Jurisp.

²⁵⁶ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, Sherbrooke, éd., SEM, 1989, p. 3.

²⁵⁷ « On dit habituellement que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire. Rien n'est moins certain » : H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Paris, 2^e éd., Dalloz, 1997, p. 5.

²⁵⁸ « Les contrats de rente ou d'assurance sont des contrats aléatoires » : commentaires du ministre de la justice sous l'article 1382 du Code civil du Québec.

²⁵⁹ Contrairement à son obligation de couverture qui s'exécute dès la prise d'effet du contrat, seule l'obligation de règlement de l'assureur dépend d'un événement incertain (le sinistre), donc aléatoire. D'où la qualification de cette dernière d'obligation conditionnelle.

72. Ce n'est donc pas le contrat en tant que tel qui est aléatoire, mais l'événement que l'assureur s'engage à prendre en charge et conséquemment les avantages ou pertes qui résulteront de l'exécution par les parties de leurs obligations issues de ce contrat. Autrement dit, dépendant d'un événement futur et incertain, *c'est seulement les effets quant aux avantages ou pertes qui résulteront du contrat d'assurance qui sont aléatoires*, comme le précise à juste titre le premier alinéa de l'ancien article 1964 du Code civil français (repris par l'article 1108 al. 2 nouveau du même Code²⁶⁰). Ainsi, l'assureur sera dispensé d'exécuter son obligation de règlement si aucun sinistre ne se réalise. Ce qui peut être considéré comme un avantage, car il a encaissé les primes ou cotisation de l'assuré sans avoir eu à l'indemniser en retour. Et en cas de sinistre il sera tenu de débloquent une somme en guise d'indemnisation. Déboursier ladite somme qui est généralement plus élevée que le montant des primes ou cotisations versées par le seul assuré concerné, sera considéré comme une perte pour l'assureur. Quant à l'assuré, c'est l'inverse. Il sera considéré comme gagnant lorsque survient le sinistre contre lequel il a souscrit son contrat, car il percevra de l'assureur une somme pouvant de loin être supérieur à la prime ou cotisation qu'il a déboursée. Et dans le cas contraire, il aurait payé sa prime ou cotisation sans que se produise l'événement contre lequel il voulait se protéger en souscrivant un contrat d'assurance.

73. Cette appréciation du caractère aléatoire en référence aux avantages ou pertes pouvant résulter de la relation d'assurance concerne uniquement le rapport bilatéral que l'assureur entretient avec chaque assuré pris individuellement (contrat d'assurance). Concernant le rapport entre l'assureur et l'ensemble des assurés (l'opération d'assurance), l'assurance est tout sauf aléatoire. Du côté de l'assureur en tout cas. Puisque c'est justement ce que ce dernier veut à tout prix éviter en faisant recours à la statistique et aux lois des grands nombres. C'est en ce sens qu'on peut lire : « bien qu'elle repose sur le hasard, l'assurance n'est pas, en définitive, une opération aléatoire ; elle ne doit pas l'être, du moins pour l'assureur. Son but final est anti-aléatoire »²⁶¹.

²⁶⁰ Issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, cet article dispose que le contrat est « aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ».

²⁶¹ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 1, p. 1.

Même si par ailleurs il est vrai que « le souscripteur recherche davantage de sécurité qu'une chance de gain, quant à l'assureur il apprécie ses résultats financiers de façon globale à l'image de l'opération d'assurance et non par rapport à un seul souscripteur »²⁶².

74. Qualifier le contrat d'assurance d'aléatoire est donc une erreur terminologique. Ce qui peut d'ailleurs expliquer l'abrogation de l'article 1964 précité, car comme le disaient certains²⁶³, « le plus grand malheur du contrat d'assurance résidait dans le fait de son énumération par ce texte parmi les contrats aléatoires ». Dès lors, il est plus cohérent de dire que *l'assurance ou le contrat d'assurance repose sur l'aléa* que de dire « *le contrat d'assurance est aléatoire* ». L'implication théorique de ce changement de qualification est de mettre fin à cette erreur terminologique qualifiant d'aléatoire le contrat d'assurance tout en soulignant le caractère indispensable de l'aléa en matière d'assurance. Toutefois, qu'on se réfère à la conception objective ou subjective du risque, l'aléa reste une condition de couverture du risque. Ce qui a pour conséquence d'entraîner une exclusion de la garantie d'assurance tout risque non aléatoire. On parlera à ce propos de l'exclusion de garantie comme sanction du défaut d'aléa.

2.2.3 – L'EXCLUSION DE GARANTIE, UNE SANCTION DU DEFAUT D'ALÉA

75. Sanctionner le défaut d'aléa par une exclusion de garantie est une conséquence de la technique d'assurance dont le fonctionnement repose sur cet aléa. C'est donc l'une des facettes de l'exclusion comme effet de la technique d'assurance. Cette exclusion comme sanction du défaut d'aléa est avant tout une exclusion légale. C'est en ce sens qu'on peut lire : « l'exclusion légale est la sanction de l'absence de l'aléa. L'exclusion conventionnelle est la conséquence de l'appréciation faite par l'assureur »²⁶⁴. En effet, convaincu que, seul le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines peut garantir sa pérennité, le législateur sanctionne systématiquement tout comportement allant à l'encontre de ce principe.

²⁶² S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances, op. cit.*, note 246, n° 21, à la note 3, p. 10.

²⁶³ « Le contrat d'assurance est cité par l'article 1964 du Code civil parmi les contrats aléatoires [...] et c'est là son plus grand malheur ! » : L. MAYAUX, « Le rôle de l'aléa dans le contrat d'assurance », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, p. 21 et s.

²⁶⁴ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 509, p. 493.

Ainsi, en assurance de responsabilité civile, il est formellement prévu que « l'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie »²⁶⁵. En subordonnant cette exclusion légale à la connaissance par l'assuré du fait dommageable avant la souscription du contrat d'assurance, le législateur français ne retient donc qu'une conception purement subjective de l'aléa en matière d'assurance de responsabilités. En absence de disposition légale équivalente en droit québécois, rien n'empêche l'assureur de prévoir dans sa police une exclusion des conséquences pécuniaires des sinistres que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription du contrat. Dès lors, si cette exclusion légale se dédouble d'une possible exclusion conventionnelle en droit français²⁶⁶, son absence en droit québécois peut être comblée par une exclusion conventionnelle prévue dans la police d'assurance.

§ 2 – LA TECHNIQUE D'ASSURANCE

76. Comme nous avons pu le constater à travers sa définition, l'assurance sous son approche technique renvoie à l'aspect scientifique de la notion (la statistique et la loi des grands nombres). Cet aspect scientifique accorde une place centrale à l'opération d'assurance²⁶⁷ qui, met un accent particulier sur la mutualisation en tant que mécanisme de gestion des risques par compensation grâce aux données statistiques. Et outre ce mécanisme fondamental de la mutualisation (I), la réassurance (II)²⁶⁸ constitue un outil indispensable de la technique d'assurance dans la mesure où l'impossibilité de réassurer un risque peut contraindre les assureurs à exclure ce risque de leur garantie.

²⁶⁵ Art. L124-5, al. 5, C. assur.

²⁶⁶ Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, *RGDA* 2007.57, note J. KULLMANN; Cass. 2^e civ., 26 oct. 2006, *RGDA* 2007.54, note J. KULLMANN.

²⁶⁷ Voir en ce sens L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n^o 25, p. 8 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n^{os} 43 et s., pp. 43 et s.

²⁶⁸ Voir en ce sens B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n^o 12, p. 30 ; M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1, « Le contrat d'assurance », Paris, 4^e éd. par A. BESSON, LGDJ, 1975, n^o 9, p. 18-19.

I – LA MUTUALISATION

77. La mutualité est une expression qui désigne, d'une part, une technique de répartition et de compensation des risques commune à toutes les entreprises d'assurances, quelle que soit leur forme, et d'autre part, une forme particulière de société d'assurances, dans laquelle les assurés sont en même temps des associés dits sociétaires²⁶⁹. S'oppose donc la mutualité en tant que forme d'organisation d'entreprise et la mutualité en tant que technique de gestion des risques²⁷⁰. Cette dernière, la seule à être envisagée ici, consiste à « un groupement de risques présentant certains caractères de *dispersion, d'homogénéité et de fréquence*, risques que l'assureur doit, en s'inspirant de la loi des grands nombres, *sélectionner*²⁷¹ pour pouvoir en effectuer la répartition et la compensation [grâce à la masse commune des primes ou cotisations collectées] suivant les *données statistiques* »²⁷². C'est sur ce mécanisme appelé *mutualisation* que repose le fonctionnement de l'assurance. Mécanisme parfaitement illustré dans les propos de Walras selon lesquels :

Toute espèce d'assurance n'est au fond qu'un mode d'association. Association est le mot qui explique tous les miracles de l'assurance. Ainsi, vous voulez éviter les conséquences désastreuses de l'incendie de votre maison et de votre maladie. Supposons qu'il brûle, en moyenne, 1 maison sur 100 par an. Si vous pouviez vous assurer avec 999 propriétaires ayant une maison semblable à la vôtre, vous conviendrez avec eux que celle d'entre les 1000 maisons qui aura brûlée dans l'année sera rebâtie et remeublée à frais communs. L'association une fois conclue, celui dont la maison brûle gagne 999/1000 de la valeur de la maison et du mobilier et les 999 autres perdent chacun 1/1000 de cette valeur. Le gain de l'un est exactement égal à la perte de tous les autres. On répète souvent que l'assurance est le contraire du jeu. Cela est très vrai mais en ce sens que, par l'assurance, on substitue un moindre aléa à un plus grand. L'homme qui ne s'assure pas contre l'incendie court 999 chances sur 1000 de ne rien gagner ni perdre contre 1 chance sur 1000 de perdre la valeur de sa maison et de son mobilier. Celui qui s'assure court 999 chances de perdre 1/1000 de cette valeur et 1 chance de gagner 999/1000. Le point essentiel est d'avoir supprimé la chance unique de perdre la valeur totale²⁷³.

²⁶⁹ J. BIGOT, « Les différentes formes de sociétés d'assurances », in *Encyclopédie de l'assurance*, (ss. dir.) F. EWALD, J-H. LORENZI, Paris, Economica, 1998, p. 198.

²⁷⁰ A. BELANGER et J. MANEKENG TAWALI, « *Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance* », Ottawa (2009) vol. 39 *R.G.D.*, n° 9, p. 15.

²⁷¹ La sélection des risques suivant les données statistiques qui est l'ultime étape de l'organisation de la mutualité, sera abordée dans le deuxième titre de cette première partie et plus précisément la section 3 intitulée « protection de la mutualité par la sélection des risques ».

²⁷² M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 9, p. 18-19. (Les italiques sont de nous).

²⁷³ Cité par A. TEMPELAERE, *Les mutuelles d'assurance en France e et dans le monde*, Paris, éd. ECONOMICA, coll. Mieux Connaitre, 2001, p. 3.

78. L'exigence de la fréquence des risques de la mutualité est une conséquence de la loi des grands nombres découverte au XVIII^e siècle par un mathématicien suisse, Jacques Bernoulli, suite aux travaux antérieurs de Blaise Pascal et de Pierre de Fermat. Selon cette dernière, plus le nombre d'expérience d'un événement aléatoire est grand, plus l'écart entre la fréquence de réalisation effective de cet événement et la probabilité théorique de sa survenance est petit. C'est sur cette loi des grands nombres qu'est basé le fonctionnement scientifique de l'assurance. Elle permet de calculer la probabilité (« le rapport de nombre de chance de réalisation d'un événement sur le nombre de cas possible »²⁷⁴) de survenance des sinistres grâce aux statistiques établies sur la base des événements déjà connus. Pour ce faire, la réalisation de l'événement envisagé (le risque ou plus précisément le sinistre) doit avoir une certaine fréquence. Il s'agit de calculer de façon approximative le nombre de fois qu'un risque est susceptible de se réaliser. Le risque doit se réaliser de façon plus ou moins régulière pour pouvoir en tirer une loi. C'est sur ce travail préalable des actuaires que les assureurs se fondent pour apprécier les risques qu'ils prennent en charge. Ils ont besoin de savoir, par exemple, combien de vol ou d'incendie se réalisent dans un endroit pour une période donnée. Et plus ces informations sont précises, plus leurs prévisions seront efficaces. D'autant qu'il convient de rappeler que si l'assurance est considérée comme un contrat aléatoire, c'est surtout vis-à-vis de l'assuré, car du côté de l'assureur ce contrat est tout sauf aléatoire. En effet, avant de s'engager à couvrir un risque l'assureur fera tout ce qui est de son pouvoir pour éviter les surprises. C'est un prévisionniste qui ne laisse aucune place au hasard. Sa décision d'accepter ou non la couverture d'un risque et la tarification qui en résultera en cas d'acceptation dépend avant tout des informations et notamment les données statistiques qu'il détient sur ce risque. Il doit avoir une connaissance quasi-parfaite de ses caractéristiques, car une méconnaissance ou une connaissance insuffisante d'un risque va conduire à sa surfacturation voire même au refus de sa couverture. Le hasard n'est donc pas assureur. C'est d'ailleurs toute la différence entre assureurs et assurés. Les premiers veulent éliminer le hasard pour ne pas payer ou ne payer uniquement ce qu'ils ont anticipé et les seconds payent et parfois même très cher pour se protéger contre le hasard.

²⁷⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 46, p. 43.

79. Dans sa quête d'informations, la statistique demeure donc un outil fondamental pour l'assureur. C'est la méthode déductive basée sur le vécu et les sinistres passés qui prévaut à ce niveau. Il s'agit de chercher à comprendre et d'anticiper l'inconnu à travers le connu. Mais à la période actuelle de récolte de données de masse (« *Big data* »), on est passé de la prévalence de la méthode déductive à celle inductive. Et contrairement à la première, cette dernière inverse la méthode d'analyse en anticipant les sinistres à venir grâce à des données automatisées multiples et variables²⁷⁵. Avec cette méthode inductive, bien qu'indispensable, la déclaration du risque par le souscripteur n'est plus qu'une source d'information complémentaire pour l'assureur.

80. Pour que le recours à la loi des grands nombres soit efficace, la statistique doit porter sur des risques ayant les mêmes caractéristiques. C'est cela l'homogénéité des risques. Elle est à la fois une condition de l'exactitude de la statistique (au même titre que la fréquence des risques) et une condition de l'égalité entre les assurés qui doivent payer les primes en proportion des risques qu'ils mettent dans la masse commune²⁷⁶. Cette homogénéisation s'effectue grâce à la classification des risques selon leur nature (vie, décès, responsabilité, accidents) leur objet (biens ou personnes semblables) et leur valeur (la statistique doit porter sur des risques de valeur équivalente). A cette classification en catégorie de risques, va s'ajouter une classification en sous-catégories. Ainsi, si on prend l'exemple de l'assurance de responsabilité, selon la nature on pourra distinguer la responsabilité professionnelle de celle non professionnelle, selon l'objet on distinguera la responsabilité personnelle de celle du fait des tiers, et enfin selon la valeur on distinguera grandes et petites responsabilités en fonction du montant des indemnités en jeu.

²⁷⁵ « *Big data et assurance* », *Risques*, 2013, n° 93, p. 15 et s., cité par B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 18, p. 36.

²⁷⁶ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 13-14, p. 23-24.

81. Ce processus de classification qui vise à distinguer les bons et les mauvais risques pour préserver l'équilibre de la mutualité est connu sous le nom de segmentation qui, est définie comme « l'opération par laquelle l'assureur s'emploie à distinguer les risques qu'il prend en charge afin de les classer dans des catégories homogènes et de leur appliquer un traitement adéquat tenant compte de leurs caractéristiques particulières »²⁷⁷. C'est toute la différence entre les assurances privées et les assurances sociales, telle que la sécurité sociale, car dans cette dernière les risques ne sont pas classés en catégories homogènes. Le but étant ici de financer les mauvais risques par les bons risques. C'est pourquoi les contributions dépendent non pas du risque encouru, comme c'est le cas en assurance, mais des capacités financières de chacun. C'est la solidarité (qui, du point de vue économique et financier a été définie comme « mécanisme permettant de réaliser des transferts au profit des personnes moins favorisées, en utilisant les ressources financières des personnes mieux nanties ou réputées telles »²⁷⁸) qui prévaut à ce niveau. Ceux qui gagnent plus payent pour ceux qui gagnent moins et les biens portants payent pour les malades. Un auteur résume bien la distinction de ces deux notions : avec la mutualisation des *bons et mauvais risques* dans les assurances sociales, la solidarité est « subsidiante », et avec la mutualisation des seuls risques homogènes dans les assurances sociales, la solidarité est « aléatoire » ou du « hasard »²⁷⁹.

82. Les risques de la mutualité doivent enfin présenter un certain caractère de dispersion. C'est l'équilibre financier de la mutualité qui est directement visé par cette condition de dispersion des risques. L'assureur ne pourra honorer son obligation de règlement que si le nombre de sinistre est peu élevé par rapport à la totalité des risques couverts. Les seules primes ou cotisations (à moins qu'elles soient si élevées que les versements de chacun puissent suffire à sa propre indemnisation, ce qui est contraire à l'idée même de l'assurance²⁸⁰) ne peuvent suffire à la réparation d'un sinistre qui affecte simultanément la totalité ou une grande partie des assurés.

²⁷⁷ B. DEBUISSON, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions », in *Mélanges Jean Bigot*, Paris, LGDJ, 2010, pp. 105-123., au n° 4, à la p. 109.

²⁷⁸ *Id.*, n° 2, p. 106.

²⁷⁹ *Id.*, n° 2, p. 106-107.

²⁸⁰ « Les bases techniques de l'assurance reposent, pour l'essentiel, sur deux principes : une compensation au niveau de la mutualité (les assurés victimes d'un sinistre étant payés à l'aide des primes versées par tous) et "l'équité actuarielle", selon laquelle l'assurance est payé à son juste prix, déterminé à l'aide des statistiques établies pour une même classe de risques » : L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 28, p. 9.

D'où la nécessité pour l'assureur de veiller à ce que la totalité des risques qu'il couvre ne soient pas concentrés sur une même zone géographique ou limités à une seule catégorie de risques²⁸¹. La mutualisation consistant à mettre en commun des risques pour mieux diluer les conséquences de leur survenance.

83. Il s'agit de faire supporter la charge des éventuels sinistres à l'ensemble des membres de la mutualité afin qu'elle devienne pratiquement insignifiante pour chacun. Et « plus grande est la mutualité, plus les risques sont dilués ; plus les [les primes ou] cotisations sont importantes, plus la masse commune est à même de régler les sinistres ; plus les assurés sont nombreux, moins la charge du risque est sensible pour chacun »²⁸². C'est en ce sens que certains disent que « l'assurance la plus efficace serait celle qui grouperait tous les risques de l'humanité pour en opérer une péréquation universelle »²⁸³. Mais conformément à la notion de mutualité, « si les risques groupés doivent être universels ou tout au moins généraux ou multiples, les sinistres doivent [quant à eux] être limités et particuliers »²⁸⁴. Ce sont ces méthodes et règles mathématiques qui constituent les bases²⁸⁵, ou si l'on préfère, le fondement de la technique d'assurance²⁸⁶. C'est de cette technique d'assurance que résulte sa spécificité. Son aspect contractuel en tant que tel n'a rien de spécial, car un contrat d'assurance est soumis avant tout aux règles de droit commun des contrats auxquelles s'ajoutent ensuite les règles spécifiques du droit des assurances. Et comme nous l'avons souligné ci-dessus, la technique d'assurance fait appel à un second et important mécanisme qui est la réassurance. C'est la « dernière étape du processus de mutualisation des risques, principe fondateur de toutes les activités d'assurance »²⁸⁷.

²⁸¹ Cette précaution n'est tout de même pas prise de façon systématique par les assureurs, chacun cherchant avant tout d'être le leader du marché dans son domaine de spécialisation.

²⁸² M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 10, p. 19.

²⁸³ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 51, p. 46.

²⁸⁴ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 12, p. 20-21.

²⁸⁵ F. COUILBAULT et C. ELIASHBERG, *Les grands principes de l'assurance*, Paris, L'Argus, 8^e éd. 2007, p. 49 et s (voir également F. couilbault, S. couilbault – Di Tommaso, V. huberty, *Les grands principes de l'assurance*, Paris, Argus, 14^e éd., 2019).

²⁸⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 44, p. 43.

²⁸⁷ J. BLONDEAU, « Définition et principes généraux de la réassurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, (ss. dir.) F. EWALD et J.-H. LORENZI, Paris, ECONOMICA, 1998, p. 1328.

II – LA RÉASSURANCE

84. Il a été rappelé que l'assurance repose sur la mutualité (« un groupement de risques présentant certains caractères de *dispersion, d'homogénéité et de fréquence* ») organisée suivant la statistique et la loi des grands nombres. Ce sont des exigences auxquelles les assureurs sont fortement attachés, car l'existence et le fonctionnement même de leur activité y dépendent. Mais la réalité du marché de l'assurance fait qu'ils ne sont pas toujours en mesure de respecter ces exigences. Ainsi, en raison de la forte concurrence certains assureurs souhaitant accroître leur positionnement sur le marché sont amenés à accepter de garantir des risques qui ne remplissent pas ces exigences de base sur lesquelles repose le fonctionnement de l'assurance. Il en est ainsi de la garantie des risques de très forte concentration géographique ou de risques nouveaux n'ayant fait l'objet d'aucune statistique permettant de déterminer sa *fréquence*, ou encore le regroupement de risques *hétérogènes* (valeur ou nature différente) dans un même portefeuille. Toutefois si les assureurs se permettent parfois de jouer avec ces règles de base du fonctionnement de l'assurance, c'est grâce notamment à une autre technique d'assurance bien particulière qui est la réassurance, un mécanisme qui constitue le prolongement de l'assurance en tant que technique de couverture de risques aléatoires. Elle permet de pallier aux limites de l'assurance directe. Ce qui conduit certains à dire que :

Le développement des techniques d'assurance repousse peu à peu les limites des risques assurables. Cette observation montre combien l'« assurabilité » constitue avant tout une question technique avant même toute considération juridique. Ce développement a été rendu possible aussi par le développement de la réassurance qui opère une large dispersion, et autorise par le fait l'assurance de risques qui seraient insupportables par un assureur fût-il financièrement puissant. Il est évident dès lors que le législateur doit prendre garde à ne pas freiner ce développement ; il lui appartient bien plutôt de le favoriser dans les limites d'une saine gestion, dans l'intérêt des bénéficiaires, des assurés et des assureurs eux-mêmes²⁸⁸.

A ce propos en paraphrasant un principe de droit bien connu (la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres) on peut dire que *la réassurance commence là où s'arrête l'assurance*.

²⁸⁸ V. BRULHART, *Droit des assurances privées*, Stämpfliéd. SA Berne, 2008, p. 15.

La réassurance est une convention par laquelle une partie dénommée assureur transfère tout ou partie des risques qu'il s'est engagé de garantir à une autre partie dénommée réassureur moyennant une contribution financière. C'est « une assurance au second degré permettant d'éviter que des sinistres cumulatifs ou de grande ampleur ne viennent peser trop lourdement sur les résultats de l'assureur »²⁸⁹. Elle protège l'assureur à la fois contre les écarts statistiques, c'est-à-dire les écarts pouvant exister entre la probabilité théorique de la survenance des sinistres et la réalité (survenance effective des sinistres), mais aussi contre le déséquilibre qui sera occasionné par les sinistres qui atteignent les gros risques en cas de prise en charge de risques d'importance différente. « La réassurance est donc le moyen technique qui permet à l'assureur direct de se mettre à l'abri des écarts et de mieux réaliser la division et dispersion des risques »²⁹⁰. Ainsi, l'impossibilité de réassurer un risque peut être la cause de son inassurabilité et/ou son exclusion. Pour ne pas nuire à l'équilibre de son portefeuille de risques, il très peut probable que l'assureur accepte de couvrir un risque qu'il ne peut pas confier ou céder (réassurer) à un réassureur. Tel est le lien ne serait-ce qu'indirecte entre la réassurance et l'exclusion de garantie.

85. D'après l'article L. 310-1-1 du Code des assurances, « la réassurance est l'activité d'un organisme, autre qu'un véhicule de titrisation mentionné à l'article L. 310-1-2, qui consiste à accepter des risques d'assurance cédés, soit par une entreprise d'assurance soit par une autre entreprise de réassurance, soit par des mutuelles ou unions régies par le livre II du Code de la mutualité, soit par les institutions de prévoyance et leurs unions régies par les dispositions du titre III du livre IX du Code la sécurité sociale ». Quant au droit européen à travers sa directive réassurance (2005/68/CE du 16 novembre 2005), « la réassurance constitue une activité financière essentielle, puisqu'elle permet aux assureurs directs, en facilitant une répartition plus large des risques au niveau mondial, d'augmenter leur capacité de souscription et de couverture, et de réduire leur coût en capital. En outre, elle joue un rôle fondamental en matière de stabilité financière, puisque, en tant qu'intermédiaire financiers et investisseurs institutionnels majeurs, les réassureurs contribuent, de façon décisive, à la solidité financière et à la stabilité des marchés de l'assurance directe et du système financier en général ».

²⁸⁹ B. DUBUISSON, « Préface » in J.-F. WALHIN, *La réassurance*, Bruxelles, Éd. Larcier, 2007.

²⁹⁰ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 16, p. 27.

Dès lors, si la réassurance ou la possibilité de réassurer les risques « permet aux assureurs directs d'augmenter leur capacité de souscription et de couverture » comme le rappelle ci-dessus le droit européen, l'impossible réassurance ou l'impossibilité de réassurer les risques diminue donc très logiquement la capacité de souscription et de couverture de ces assureurs directs. Autrement dit, la réassurance élargit le champ des risques techniquement assurables et donc le champ des risques couverts. Ce qui par conséquent, entraîne moins d'exclusions. Et a contrario, l'impossible réassurance diminue le champ des risques techniquement assurables et donc le champ des risques couverts. Ce qui par conséquent, entraîne plus d'exclusions.

86. Pour ce qui est du droit québécois, le Code civil se contente d'évoquer les parties concernées par la réassurance en précisant à son article 2397 que « le contrat de réassurance n'a d'effet qu'entre l'assureur et le réassureur »²⁹¹. C'est le principe de l'effet relatif des contrats qui se manifeste ici en toute rigueur en raison notamment, de la spécificité de ce contrat. En effet, si comme nous l'avons souligné, la réassurance obéit aux mêmes principes (la couverture d'un risque aléatoire dont la survenance ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'une des parties, l'assuré en particulier) et à la même technique (la mutualisation : une à l'échelle nationale pour l'assurance directe et une mutualisation à l'échelle mondiale pour la réassurance) que l'assurance directe, les enjeux sont loin d'être identiques dans les deux mécanismes. Ce qui explique la différence de leur régime juridique²⁹². D'abord à la différence du contrat d'assurance, le contrat de réassurance se conclut exclusivement entre professionnels. Les montants en jeu sont également plus importants dans les contrats de réassurance. Et enfin la réglementation de la réassurance est plus souple (ce sont principalement des usages, principes généraux ou des règles de bonne conduite qui s'appliquent en la matière) que celle applicable à l'assurance directe qui est régie en grande partie par des règles impératives.

²⁹¹ C'est également ce que rappelle le droit français avec l'article L. 111-3 du Code des assurances qui dispose que : « l'assureur reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré ».

²⁹² D'après l'article L. 111-1 du Code des assurances, les opérations de réassurance conclues entre assureurs et réassureurs sont exclues du champ d'application du régime général des assurances terrestres.

L'importance de la réassurance est-elle qu'elle devenue indispensable pour les assureurs, d'autant qu'elle est considérée comme « partie intégrante de la technique d'assurance »²⁹³. « En pratique la réassurance remplit six fonctions distinctes, et pas nécessairement cumulatives, par rapport à l'assurance. Elle élargit le champ de mutualisation des risques souscrits par l'assureur. Elle complète la diversification des actifs de l'assureur, notamment à l'international. Elle se substitue aux capitaux propres de l'assureur. Elle apporte un soutien technique à l'assureur pour la tarification des risques. Elle constitue même, sur certains grands risques, l'élément recteur des tarifs d'assurance. Elle constitue enfin un instrument de fédération de nombreux groupes d'assurances, notamment dans le secteur mutualiste »²⁹⁴. Ainsi avec tout ce qu'elle apporte pour garantir le bon fonctionnement de l'assurance directe, il est impossible d'étudier de façon complète la technique d'assurance sans parler de la réassurance.

87. Il est également possible de songer ici à la coassurance, une technique par laquelle deux ou plusieurs assureurs se partagent la couverture d'un même risque. Chacun s'engage dans une même police à couvrir une part déterminée du risque en fonction de sa capacité financière et de sa politique d'organisation de la mutualité. La coassurance n'est autre qu'une assurance directe entre un assuré et plusieurs assureurs. C'est pourquoi contrairement à la réassurance, celle-ci nécessite le consentement de l'assuré d'autant que pour faciliter cette relation multipartite la gestion du contrat sera confiée à un seul des assureurs (connu sous le nom de l'apériteur) qui aura reçu le mandat des autres. Elle est de ce fait soumise au régime général de l'assurance terrestre et comme toutes assurances multiples²⁹⁵, la coassurance doit en principe être portée à la connaissance à l'ensemble des coassureurs.

²⁹³ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 16, p. 27.

²⁹⁴ Ph. TRAINAR, « Introduction », in « Où est la réassurance dans le monde, notamment en Europe ? », *Risques* n° 62 juin 2005, p. 19., cité par B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, à la note 117, n° 21, p. 40.

²⁹⁵ « En résumé, il y a assurances multiples lorsque plusieurs assureurs garantissent simultanément et de façon identique le même objet contre un même risque et pour un même intérêt » : M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 215, p. 357.

Ce type de contrat est quasi exclusivement destiné à la couverture des risques de grande ampleur nécessitant d'être fractionnés entre plusieurs assureurs pour être totalement couverts. C'est notamment le cas des risques nucléaires, environnementaux et industriels. C'est généralement les assureurs de moins ou petite taille qui ont recours à cette technique pour rivaliser leurs concurrents de grande taille et mieux positionnés sur le marché. Il faut cependant souligner bien que la coassurance soit la « la solution classique » pour garantir les risques de grande ampleur, les assureurs préfèrent souvent recourir à la réassurance, car « monter son portefeuille et en servir une fraction aux concurrents peut être considéré comme étant une mauvaise stratégie. [...] L'opération peut également être jugée plus simple administrativement que le recours à la réassurance »²⁹⁶.

88. De cette analyse ayant permis de distinguer la technique d'assurance et son support juridique, le terme « assurance » peut être défini comme étant : *une technique de gestion des risques basée sur la statistique et la loi des grands nombres et qui se matérialise par un contrat appelé contrat d'assurance qui, comme il a été rappelé, est une convention par laquelle une partie, l'assureur s'engage en couvrant un risque, en principe aléatoire, grâce à une technique de mutualisation et en contrepartie d'une contribution financière (prime ou cotisation) versée par ou pour une autre partie, l'assuré, à fournir une prestation à toute personne intéressée par les conséquences économiques de la survenance du sinistre prévu au contrat.*

89. De ce qui précède, force est de constater que même s'il n'est pas évident et direct, il existe bel et bien un lien entre réassurance et l'exclusion de certains risques de la garantie de l'assureur dans la mesure où ce dernier ne prendra logiquement pas le risque de couvrir les risques qu'il ne peut pas confier ou céder à un réassureur. Et de façon générale, tout risque susceptible de nuire au bon fonctionnement de la technique d'assurance telle que décrite ci-dessus, pourra sur ce seul fondement être exclu de la garantie d'assurance.

²⁹⁶ J.-F. WALHIN, *La réassurance*, Bruxelles, Éd. Larcier, 2007, p. 132-133.

SECTION 2 – LES EXCLUSIONS DICTÉES PAR LA SEULE TECHNIQUE D’ASSURANCE

90. L’exclusion de garantie est une nécessité de la technique d’assurance pour la simple raison que tout n’est pas assurable, car d’une part, le législateur en a décidé ainsi pour préserver l’ordre public, d’autre part, parce que les parties au contrat d’assurance ne peuvent et ne souhaitent s’engager au-delà non seulement de leur volonté, mais aussi de leur capacité financière. Mais c’est surtout la technique sur laquelle repose le fonctionnement de l’assurance qui oriente les parties, notamment l’assureur, dans la détermination des limites de leurs engagements. Comme il a été déjà souligné, cette limitation des engagements se matérialise principalement par des clauses de franchise, de plafonnement ou d’exclusion. Même si on considère que c’est le terme « exclusion de risque » qu’il faut employer à propos des exclusions légales et que seules les exclusions conventionnelles méritent la qualification « d’exclusion de garantie »²⁹⁷, une exclusion qu’elle soit légale ou conventionnelle contribuant à délimiter la garantie, le terme exclusion de garantie peut logiquement être utilisé dans les deux cas. Dès lors, parmi les exclusions de garantie (ou de risque si l’on préfère) dictées par la seule technique d’assurance se trouvent l’exclusion légale des actes de violences collectives (§ 1) et l’exclusion légale du vice propre de la chose (§ 2).

§ 1 – L’EXCLUSION DES ACTES DE VIOLENCES COLLECTIVES

91. Par actes de violences collectives, on fait référence à la guerre étrangère, à la guerre civile, aux émeutes et mouvements populaires légalement exclus de la garantie en droits français²⁹⁸ et québécois²⁹⁹. Ce sont des risques que le législateur a jugé nécessaire d’exclure de la garantie d’assurance du fait de leur incompatibilité avec la technique d’assurance. C’est en ce sens qu’on peut lire : « l’exclusion ne s’explique pas par des considérations politiques mais tout simplement parce que ce type de risques est techniquement inassurable au regard des critères de « fréquence » et d’« intensité » qui sont à la base du calcul de la prime »³⁰⁰.

²⁹⁷ En ce sens S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 374, p. 148.

²⁹⁸ Art. L121-8 al. 1 C. assur.

²⁹⁹ Art. 2486 C.c.Q.

³⁰⁰ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 532, p. 525.

Ainsi, à la question de savoir « pourquoi est-il nécessaire de suggérer des exclusions légales concernant des sujets dont la survenance semble être assez rare au Québec et en France (ex. guerre civile) ? »³⁰¹. Il est possible de répondre, bien que la survenance de tels risques soit rare au Québec et en France, il n'en demeure pas moins que non seulement « ce type de risques est techniquement inassurable au regard des critères de « fréquence » et d'« intensité » qui sont à la base du calcul de la prime »³⁰², mais aussi et surtout la survenance de ce type de risques n'étant que rare mais pas impossible, suggérer son exclusion légale permet au moins d'éviter de se retrouver face à un vide juridique le moment venu. En plus de conditions qu'elle doit remplir pour être effective (I), cette exclusion légale des actes de violence collective a une portée et un champ d'application bien limités (II).

I – CONDITIONS D'EFFECTIVITÉ

92. Seront ici envisagées les conditions d'effectivité de l'exclusion légale de la guerre étrangère (A), la guerre civile (B) et d'émeutes et mouvements populaires (C).

A – LA GUERRE ÉTRANGÈRE

93. La notion de guerre étrangère renvoie à la guerre qui oppose différentes nations. C'est un conflit armé entre deux ou plusieurs États, entre peuples de nations différentes. De façon générale, la guerre étrangère commence par une déclaration officielle faite par l'État agresseur (comme ce fut le cas des deux guerres mondiales) et se termine soit par un traité de paix (ce fut le cas de la première guerre mondiale), soit par l'armistice (11 nov. 1918 ou 16 juin 1940), le cessez-le feu (1962) ou la capitulation (8 mai 1945)³⁰³. Cependant, la notion de guerre en tant que telle ne s'identifie pas à ces actes officiels, car elle peut exister ou prendre fin sans de tels actes. Tout comme elle peut continuer après un armistice ou un cessez-le feu. C'est donc l'effectivité de la guerre qui est déterminant, c'est-à-dire les hostilités entre nations différentes qui se matérialisent par un affrontement entre les forces armées des deux camps. Mais pour que l'exclusion soit effective, il faudra aussi que le sinistre résulte de ladite guerre.

³⁰¹ R. MORADINEJAD, « Rapport de pré lecture de la présente thèse », p. 7.

³⁰² B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 532, p. 525.

³⁰³ *Id.*, n° 534, p. 526.

94. Sur ce lien de causalité entre le sinistre et le fait de guerre étrangère, la position de la jurisprudence française a évolué au fil du temps. On est passé d'une conception large à une conception étroite. Dans sa conception large, la Cour de cassation décide dans que « la garantie est exclue, sous réserve des stipulations du contrat, dès qu'un lien de cause à effet relie le sinistre à un fait qui se rattache étroitement aux opérations de la guerre étrangère, alors même que ce fait ne serait pas la cause unique ou la cause directe du sinistre, pourvu qu'il ait exercé sur sa création ou son aggravation une influence constitutive d'un rapport de causalité »³⁰⁴ et qu'il n'est même pas nécessaire que l'influence exercée par le fait de guerre, constitutive du rapport de causalité, soit immédiate et directe, il suffit qu'elle soit déterminante³⁰⁵. Puis dans la même logique, elle affirme à travers un arrêt un arrêt du 2 février 1948 que « la garantie d'assurance, sous réserve des stipulations du contrat, n'est pas exclue par cela seul que l'état de guerre a occasionné le sinistre, tant qu'aucune opération de la guerre étrangère n'a exercé, ni directement ni indirectement sur sa création ou son développement, une influence constitutive d'un rapport de causalité »³⁰⁶.

95. Avec ces arrêts, l'exclusion légale de la garantie des risques de guerre³⁰⁷ étrangère ne s'applique que lorsqu'un fait de guerre a *contribué* de façon certaine à causer le sinistre et peu importe qu'il soit ou non la cause unique ou directe du dommage. Il suffit qu'il ait exercé une réelle influence sur la survenance du sinistre. Ce qui correspond littéralement à la formule « pertes et dommages occasionnés par la guerre » employée par le législateur français dans l'article L121-8 C. assur. De cette conception, l'exclusion légale s'applique à tout « fait qui se rattache étroitement aux opérations de guerre étrangère »³⁰⁸ et elle n'est pas limitée à la bataille³⁰⁹, ni à l'action violente des troupes en temps et au lieu du sinistre³¹⁰.

³⁰⁴ Cass. civ. 24 juill. 1945, *RGAT* 1945. 257, concl. RATEAU ; *D.* 1945.277, note P.L.-P.

³⁰⁵ Cass. civ. 16 juin. 1953, *RGAT* 1953. 243.

³⁰⁶ Cass. civ. 2 fév. 1948, *RGAT* 1948.135.

³⁰⁷ A. BESSON, « L'exclusion des risques de guerre dans les assurances de dommages », *JCP G* 1942, I. 286.

³⁰⁸ Cass. civ. 2 fév. 1948, *op. cit.*, note 274.

³⁰⁹ Cass. civ. 18 mars 1946, *RGAT* 1946. 299.

³¹⁰ Cass. civ. 9 déc. 1947, *RGAT* 1948. 137.

C'est dans ce cadre qu'ont été considérés comme résultant d'un fait de guerre étrangère, les accidents d'automobiles survenus pendant l'exode général de juin 1940³¹¹ et toute une série de faits qui sont reliés étroitement à l'invasion de l'armée allemande notamment, la carence des autorités municipales de nature à paralyser les moyens normaux de secours³¹², les vols commis lors de l'invasion du territoire français³¹³ ou les incendies causés par les actes de Résistance³¹⁴. Toutefois, « la guerre peut engendrer, parfois bien longtemps après, d'ultimes dommages. C'est le cas de l'explosion de bombes ou de mines perdues. La chose est encore assez fréquente sur le littoral atlantique [français] par la présence de l'ancien mur de fortification édifié par l'ennemi. Dans ce cas l'exclusion légale ne joue plus³¹⁵ sauf si la police, par une extension conventionnelle de l'exclusion légale, le prévoit »³¹⁶.

96. Par ces décisions, la Cour de cassation revient sur son arrêt du 24 juillet 1945 précité, et abandonne ainsi sa conception large au profit d'une conception plus stricte. Avec cette dernière, il ne suffit plus que la guerre étrangère ait exercé sur la survenance du sinistre ou son aggravation une influence constitutive d'un rapport de causalité. L'exclusion légale ne s'applique que si le sinistre résulte directement de ladite guerre au moment de son déroulement. De ce fait, elle paraît dorénavant limitée à la bataille ou à l'action violente des troupes en temps et au lieu du sinistre. Autrement dit, l'exclusion légale exige désormais que l'influence exercée par le fait de guerre, constitutive du rapport de causalité, soit immédiate et directe, et pas seulement déterminante contrairement à la conception large de la jurisprudence antérieure³¹⁷. La jurisprudence distingue ainsi les conséquences immédiates de la guerre, c'est-à-dire les sinistres engendrés par le fait de guerre pendant les combats, seuls visés par l'exclusion légale de garantie, et ses conséquences lointaines qui restent garanties à défaut d'exclusion conventionnelle.

³¹¹ Cass. civ. 16 juill. 1947, *RGAT* 1947. 387, note A. BESSON.

³¹² Cass. civ. 18 mars 1946, *op. cit.*, note 277.

³¹³ CA Paris, 6 mai 1946, *RGAT* 1946.302.

³¹⁴ Cass. civ. 17 fév. 1953, *RGAT* 1953.47.

³¹⁵ CA Bourges, 16 mai 1956, *RGAT* 1956.154 et sur pourvoi Cass. civ. 28 avr. 1958 *ibid.*, 1958.447 ; Cass. civ. 29 juin 1967, *Juris-Data* n° 000525.

³¹⁶ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 534, p. 526.

³¹⁷ Cass. civ. 18 mars 1946, *op. cit.*, note 303 et Cass. civ. 9 déc. 1947, *op. cit.*, note 304 ; Cass. civ. 16 juin 1953, *op. cit.*, note 299.

Cette prise en charge de ces conséquences lointaines de la guerre est plutôt logique, car elles ne sont pas le fait direct et immédiat des opérations militaires. Ce qui littéralement se rapproche plutôt à la formule « préjudice causé par les incendies ou les explosions *résultant* d'une guerre étrangère » employée par le législateur québécois dans l'article 2486 C.c.Q.

97. La guerre ne suspend donc pas la relation d'assurance, les contrats en cours continueront de produire ses effets et de ce fait, l'assuré sera toujours tenu de payer ses primes ou cotisations prévues par le contrat, et l'assureur d'indemniser les sinistres qui ne sont pas engendrés par la guerre. Et d'après le second alinéa de l'article 121-8 du Code des assurances, lorsque les actes de violences collectives ne sont pas couverts par le contrat, *l'assuré doit prouver que le sinistre résulte d'un fait autre que le fait de guerre étrangère ; il appartient à l'assureur de prouver que le sinistre résulte de la guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires*. Cette disposition établit ainsi une distribution de la charge de la preuve en présumant d'une part, que tout sinistre qui survient en temps de guerre étrangère résulte de ladite guerre, et d'autre part, que les sinistres qui surviennent en temps de guerre civile, d'émeute ou mouvement populaire ne résultent pas de ces événements. Dès lors, c'est à l'assuré qui réclame la garantie de l'assureur de démontrer que le sinistre résulte d'un fait autre que le fait de guerre étrangère. C'est à lui qu'il appartient de renverser la présomption légale. Et pour ce faire, il lui suffit de démontrer l'absence de lien de causalité entre le sinistre et la guerre étrangère³¹⁸. Et inversement c'est à l'assureur qu'il incombe de renverser la présomption légale en démontrant le lien de causalité entre le sinistre et la guerre civile, l'émeute ou mouvement populaire. Cette « *distinction artificielle* » de la charge de la preuve par le droit français se justifierait par le fait que : « d'une part, en cas de guerre étrangère, parce qu'a-t-on dit, l'assuré se trouvant sur place, aura plus de facilité pour établir que le sinistre provient bien d'une cause prévue par la police, d'autre part, en cas de guerre civile, d'émeute ou mouvements populaires parce que les sinistres laissent place à des vérifications plus complètes »³¹⁹.

³¹⁸ Cass. civ. 2 fév. 1948, *op. cit.*, note 274.

³¹⁹ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 199, p. 314.

Bien que ces arguments soient « peu pertinents et parfois même arbitraires »³²⁰, et malgré la préconisation par le Conseil National des Assurances de supprimer cette distinction et de remplacer la rédaction de l'article 34 § 2 de la loi de 1930 (devenu L121-8 al. 2 C. assur) par la suivante : « lorsque ces risques ne sont pas couverts par le contrat, l'assuré doit prouver que le sinistre ne résulte pas d'un fait de guerre étrangère ou d'un fait de guerre civile ; il appartient à l'assureur de prouver que le sinistre résulte d'émeutes ou de mouvements populaires »³²¹, cette distinction continue tout de même de s'appliquer aujourd'hui encore en droit français, comme l'atteste le second alinéa de l'article L121-8 rappelé ci-dessus.

98. Mais la guerre étrangère, la guerre civile, l'émeute et le mouvement populaire sont tous des causes d'exclusion de garantie prévues par le législateur. Or, une exclusion qu'elle soit légale ou conventionnelle produit le même effet, qui est l'absence de garantie de l'assureur. Il est donc tout à fait cohérent et souhaitable de soumettre l'exclusion de ces actes de violences collectives au même régime de preuve établi par la jurisprudence française et québécoise, conformément au texte de loi qui régit la charge de la preuve, à savoir l'ancien article 1315 du Code civil (devenu 1353) qui dispose, « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » et l'article 2803 C.c.Q., qui dispose, « celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée. D'autant qu'en décidant qu'il incombe à l'assureur « qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion »³²², les magistrats ne font pas de distinction entre exclusion légale ou conventionnelle.

³²⁰ *Id.*, pp. 314-315.

³²¹ Avant-projet de loi portant modification de la Loi de 1930 élaboré en 1949 par le Conseil National des Assurances., cité par M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 200, p. 315 à la note 67.

³²² Cass. 1^{re} civ. 15 oct. 1980, n° 79-17075, et 22 oct. 1980, n° 79-15003, *RGAT* 1981, p. 51, note A. BESSON ; Cass. 1^{re} civ. 8 nov. 1988, n° 86-16119, *RGAT* 1989, p. 99, note J.-L. AUBERT.

99. Le régime de la preuve issu de la distinction « artificielle » du second alinéa de l'article L121-8 C. assur. doit donc céder la place à celui plus pertinent et cohérent établi par la jurisprudence qui d'une part, impose conformément aux premiers alinéas des articles 1353 et 2803 précités, à l'assuré qui réclame la garantie de l'assureur de démontrer que le sinistre intervenu est couvert par son contrat d'assurance (plus précisément prouver l'existence d'un contrat d'assurance valide, la survenance d'un sinistre couvert et l'étendue de ses dommages³²³ ou que le sinistre entre dans la définition de l'objet du contrat³²⁴), et d'autre part, impose conformément aux seconds alinéas des mêmes textes, à l'assureur qui souhaite se libérer de son obligation de règlement de prouver les faits sur lesquels repose sa prétention³²⁵. Ainsi, tout comme la guerre civile, l'émeute et le mouvement populaire, en cas de guerre étrangère, c'est à l'assureur qui invoque l'exclusion de sa garantie *qu'il doit appartenir la charge de prouver que le sinistre résulte de ladite guerre*. Cette solution qui consiste à faire peser sur l'assureur la charge de prouver toute exclusion de garantie, et plus précisément la charge de prouver le lien de causalité entre le sinistre et l'exclusion légale ou conventionnelle³²⁶ nous paraît la plus appropriée et ce, pour diverses raisons. La première est qu'elle est conforme à la théorie générale de la preuve telle qu'issue des articles 1353 (C. civ.) et 2803 (C.c.Q.). Ce qui pourrait d'ailleurs expliquer que contrairement à son homologue français, le législateur québécois ne s'est quant à lui pas aventuré sur ce terrain de la distinction « artificielle » et hasardeuse de la charge de la preuve selon qu'il s'agit de la guerre étrangère d'une part, ou la guerre civile, l'émeute et le mouvement populaire.

³²³ *MacedoniLeathers Inc. c. Excess Insurance Co.*, (C.S., 2002-03-01), SOQUIJ AZ-50115324, B.E. 2006BE-26, [2002] R.L. 343 ; *Vêtements Paul Allaire Inc. c. Citadelle (La), compagnie d'assurances générales*, (C.S., 2000-06-27), SOQUIJ AZ-00022046, J.E. 2000-2101, [2000] R.R.A. 957, REJB 2000-19632 ; *Beauchemin Lesage c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, (C.Q., 2012-11-30), 2012 QCCQ 13667, SOQUIJ AZ-50920666, 2013EXP-84, J.E. 2013-43, EYB 2012-215274.

³²⁴ Cass. 1^{re} civ. 14 févr. 1989, n° 87-11752, RGAT 1989, p. 402, note J.-L. AUBERT ; Cass. 2^e civ. 30 mai 2007, n° 06-14410.

³²⁵ Cass. 1^{re} civ. 8 nov. 1988, n° 86-16119, RGAT 1989, p. 99, note J.-L. AUBERT ; *Fils à coudre Allied Threads Inc. c. Liberty MutualFireInsurance Co.*, (C.A., 1997-07-04), SOQUIJ AZ-97011654, J.E. 97-1473, [1997] R.R.A. 693 (rés.), [1997] Q.J. No. 2292 (Q.L.), REJB 1997-01912, 1997 CanLII 10756 ; *Ferme Marie-Andrée Inc. c. Promutuel Bagot, société mutuelle d'assurances générales*, (C.S., 2003-01-15), SOQUIJ AZ-50157932, J.E. 2003-266, [2003] R.R.A. 217, REJB 2003-37548.

³²⁶ Bien qu'il convient de rappeler qu'en cas d'exclusion légale, c'est d'abord à l'assuré qu'il appartiendra de prouver la convention contraire avant que n'incombe à l'assureur la charge de prouver la réunion des conditions de fait de cette exclusion. C'est à l'assuré de renverser la présomption d'exclusion légale de garantie : Cass. com., 25 nov. 1953, RGAT, 1953.176.

Il s'est simplement contenté de déterminer les risques légalement exclus de la garantie de l'assureur (art. 2486 C.c.Q.) puisque la répartition de la charge de la preuve qu'il a effectuée à son article 2803 est cohérente et parfaitement compatible au domaine du droit des assurances. A cela d'autres ajoutent trois raisons :

La première tient au fait que l'assuré a une moins grande aptitude à la preuve que l'assureur. Si la charge de prouver reposait sur lui à titre principal, il devrait établir qu'il ne se trouve dans aucun des cas visés par les exclusions figurant dans la police – et l'on sait qu'elles sont nombreuses. Cette preuve négative est difficile à rapporter, alors qu'il est plus simple pour l'assureur de prouver qu'au moins une exclusion correspond à la situation de l'assuré. On objectera que, dans l'hypothèse où l'exclusion consiste dans le non-accomplissement d'une mesure de précaution – comme il est possible – c'est à l'assureur de rapporter une preuve négative, comme le fait qu'au moment du sinistre le signal d'alarme n'était pas enclenché, ce qui ne sera pas aisé pour lui. Mais, une deuxième raison intervient alors, qui justifie qu'il supporte le fardeau probatoire. Même si elle contribue, comme la clause définissant le risque couvert, à délimiter la garantie, l'exclusion, qui opère par retranchement, n'en correspond pas moins à une situation exceptionnelle, « anormale », au sens où elle est contraire à la normalité contractuelle. Il en résulte que l'apparence demeure la garantie et qu'il incombe à l'assureur, qui veut détruire cette apparence, de prouver les conditions de l'exclusion. On conviendra que cette analyse est moins fondée en matière d'exclusions indirectes. La formulation de celle-ci se confondant avec celle du risque couvert, on serait tenté d'appliquer à la clause unique définissant à la fois le risque et l'exclusion un même régime, mettant à la charge de l'assuré l'intégralité du fardeau probatoire. Mais cette solution n'est pas justifiée, pour une troisième raison, d'ordre procédural. Une exclusion, même indirecte, constitue une exception que l'assureur soulève pour échapper à la garantie. Il est logique que sa preuve pèse sur ce dernier : *reus in excipiendo fit actor*³²⁷.

³²⁷ L. MAYAUX, « La couverture du risque », in *traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n^{os} 1750-1751, pp. 880-881.

100. Toutefois, faire peser sur l'assureur la charge de prouver toute exclusion de garantie, ne doit pas conduire à l'obliger d'apporter la preuve directe de toutes les causes possibles du sinistre. Il lui suffit pour exclure sa garantie de prouver que le dommage est attribuable à un risque non couvert par le contrat d'assurance. Et c'est à l'assuré qu'il appartiendra alors la charge de prouver le contraire³²⁸. Ainsi, en cas de guerre étrangère, de guerre civile, d'émeute ou de mouvement populaire, il devrait suffire à l'assureur qui désire faire valoir une exclusion de garantie pour l'un de ces événements de prouver d'une part, que ledit événement ait exercé sur la survenance du sinistre (ou plus précisément le dommage, car en principe on ne devrait parler de sinistre que lorsque le dommage survenu est couvert par le contrat d'assurance) une influence constitutive d'un rapport de causalité, et d'autre part, que ce sinistre résulte directement dudit événement au moment de son déroulement peu importe qu'il soit ou non la cause exclusive. Donc à l'assuré de prouver la garantie et à l'assureur de prouver l'exclusion. Cette solution a le mérite de la simplicité et de la cohérence.

101. L'uniformisation du régime de preuve de toutes les exclusions ne doit tout de même pas conduire à confondre les différentes notions et leurs conditions d'effectivité. Après la guerre étrangère, il convient donc de s'intéresser à présent à l'exclusion légale de la guerre civile.

³²⁸ Voir en ce sens, *Promutuel l'Abitibienne, société mutuelle d'assurances générales c. Pépin*, (C.Q., 2000-06-05), SOQUIJ AZ-50076708, B.E. 2000BE-781, REJB 2000-19044, 2000 CanLII 10030 ; *Ferme Marie-Andrée Inc. c. Promutuel Bagot, société mutuelle d'assurances générales*, (C.S., 2003-01-15), SOQUIJ AZ-50157932, J.E. 2003-266, [2003] R.R.A. 217, REJB 2003-37548 ; *Fils à coudre Allied Threads Inc. c. Liberty Mutual Fire Insurance Co.*, (C.A., 1997-07-04), SOQUIJ AZ-97011654, J.E. 97-1473, [1997] R.R.A. 693 (rés.), [1997] Q.J. No. 2292 (Q.L.), REJB 1997-01912, 1997 CanLII 10756.

B – LA GUERRE CIVILE

102. A la différence de la guerre étrangère, la guerre civile est un conflit armé qui oppose des combattants d'un même Etat. Son début et sa fin ne résultent d'aucune déclaration officielle. Il s'agit d'un état d'hostilité générale au sein d'un pays. C'est une guerre interne ou nationale, bien que des acteurs externes comme les agents du maintien de la paix de l'ONU ou des milices armées venues de l'étranger puissent parfois être impliqués. En droit international humanitaire on parle de conflit armé non international ou plus précisément de « *conflit armé ne présentant pas un caractère international* »³²⁹ pour qualifier la guerre civile et ainsi la distinguer du *conflit armé présentant un caractère international* (guerre étrangère). Toutefois, par son arrêt du 15 juillet 1999 dite jurisprudence « TADIC », la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie souligne qu'« un conflit armé interne peut devenir international si les troupes d'un autre État interviennent au conflit ou si certains participants au conflit armé interne agissent au nom de cet État »³³⁰.

103. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, la notion de guerre civile ne signifie pas absence d'intervention militaire. En effet, certes il ne s'agit pas d'un affrontement inter-armée opposant au moins deux États (guerre étrangère) comme le laisse penser le terme « conflit armé » du droit international humanitaire, mais les forces de l'ordre de l'État concerné peuvent intervenir pour rétablir l'ordre sans que cela n'impacte la qualification de guerre civile. Ainsi, une guerre civile peut opposer l'armée régulière d'un pays à un groupe armé, comme c'est actuellement le cas en Syrie, ou opposer différents groupes armés, comme ce qui se passe en ce moment en Centrafrique. Mais si on s'en tient à la jurisprudence TADIC ci-dessus, la qualification de guerre civile (« *conflit armé ne présentant pas un caractère international* ») du conflit syrien n'est plus adaptée, car devenu international depuis l'intervention des troupes russes et américaines.

³²⁹ Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949.

³³⁰ Cité par O. REVAH, *Quelles chances de survie pour l'État post-conflit ?*, éd. L'Harmattan, 2010, p. 51 [extrait en ligne <https://books.google.be/books?id=DqoKjWDaUeMC&pg=PA51#v=onepage&q&f=false> Consulté le 09/11/2017].

104. Quant à la Cour de cassation, elle a approuvé les juges du fond qui ont décidé que « [...] devaient [...] être assimilés, selon les stipulations de la police, à des actes de guerre civile, des actes de violence tendant à porter atteinte à des personnes ou à des biens dans le cadre d'actions concertées »³³¹. Définie de cette manière, il sera difficile de distinguer la guerre civile à d'autres notions, comme l'émeute ou le mouvement populaire qui eux aussi peuvent prendre la forme d' « actes de violence tendant à porter atteinte à des personnes ou à des biens dans le cadre d'actions concertées ». Ainsi pour mieux saisir la notion guerre civile telle que définie ici par les hauts magistrats et la distinguer facilement d'autres notions, il est nécessaire de reprendre leur attendu final dans son intégralité. En effet, pour parvenir à cette définition ci-dessus, la Cour écrit :

attendu que les juges du fond, après avoir analysé les faits de la cause et notamment relevé que le groupe constitué par Jean-Claude X... et ses deux compagnons, se présentant comme un mouvement anarchiste, s'attaquait exclusivement à des édifices publics, casernes de gendarmerie, cabines téléphoniques, installations électriques et " que leur but était donc bien de détruire ou d'endommager gravement ce qui symbolisait à leurs yeux l'ordre et la puissance publics ", ont souverainement estimé que les attentats commis " étaient des actes de violence tendant à porter atteinte à des personnes ou à des biens dans le cadre d'actions concertées... " et devaient donc être assimilés, selon les stipulations de la police, à des actes de guerre civile³³².

De cet attendu final, non seulement la guerre civile telle qu'elle est définie se distingue clairement des autres notions comme l'émeute et le mouvement populaire, mais aussi et surtout on constate que la nature du groupement (« mouvement anarchiste ») que forme les auteurs des faits et leur but (« détruire ou d'endommager gravement ce qui symbolisait à leurs yeux l'ordre et la puissance publics ») sont les principaux éléments ayant vraisemblablement conduit la haute juridiction française à retenir cette définition de guerre civile. Parmi les guerres civiles les plus récentes on peut outre le Centrafrique, citer celle du Sri Lanka de 1983 à 2009, celle de la Côte d'Ivoire de 2002 à 2005, celle du Sud-Soudan depuis 2013, etc.

³³¹ Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, n° 87-13942, *Bull. civ. I*, n° 131.

³³² *Id.*

105. Tout comme la guerre étrangère, une fois la qualification de guerre civile retenue, il doit y avoir un lien de causalité entre celle-ci et le sinistre pour que l'exclusion légale soit applicable. Sur ce point la jurisprudence est plutôt difficile à cerner. A ce propos on peut lire : « au hasard des décisions, il ne suffit pas, pour exonérer l'assureur, qu'un vol soit intervenu durant la guerre civile, mais il faut qu'au temps et au lieu où il s'est produit un événement qui se rattache étroitement à cette guerre ait joué un rôle déterminant dans sa réalisation »³³³. En effet, par une série d'arrêts du 23 février 1966³³⁴ rendus à propos de la guerre civile qui se déroulait en Algérie, la Cour de cassation après avoir exigé un événement en étroite relation avec la guerre civile³³⁵, elle décide que : « Il ne suffit pas que la guerre civile qui existait en Algérie ait exercé une influence partielle ou indirecte sur la réalisation du dommage et que la carence de la police due à l'insurrection ait eu à cet égard une action déterminante » (1^{re} espèce) ; « L'exclusion ne pouvait jouer, dès lors qu'au jour du sinistre, il n'y avait pas de troubles graves ni de combats entre les membres de l'OAS et les forces de l'ordre de nature à créer un état d'insécurité général dans toute la ville et à désorganiser tous les services de police les empêchant de faire face à leur tâche habituelle de surveillance et de contrôle » (3^e espèce). Puis la Cour casse un arrêt d'appel qui, « pour appliquer l'exclusion, constate la grave situation insurrectionnelle régnant dans la ville d'Oran et le maintien des forces de police dans leurs casernes où elles étaient attaquées, et énonce que des malfaiteurs ont pu sans être inquiétés se livrer à de nombreux méfaits, mais ne relève aucun fait particulier rattachant par un lien de causalité le vol d'une automobile aux événements généraux qu'elle rapporte » (5^e espèce)³³⁶.

³³³ H. GROUDEL, « Les enjeux de la causalité en droit des assurances », *RLDC*, juill. /août 2007, p. 54 et s., cité par B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 535, p. 527.

³³⁴ Cass. 1^{re} civ. 23 fév. 1966, *JCP* 1966.II.14613, note A. BESSON ; *RGAT* 1966. 192.

³³⁵ « Il ne suffit pas, pour exonérer l'assureur, qu'un vol soit survenu durant la guerre civile, mais il faut qu'au temps et au lieu où il s'est produit, un événement qui se rattache étroitement à cette guerre ait joué un rôle déterminant dans sa réalisation » : Cass. 1^{re} civ. 23 fév. 1966 : *RGAT* 1966. 192 (2^e esp.).

³³⁶ Cette cinquième espèce fut confirmée par arrêt de 1992 (Cass. 1^{re} civ. 24 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 92 ; *D.* 1994. 41, note B. BEIGNIER ; *RCA* 1992, n° 242 ; *RGAT* 1992. 527, note Vincent) selon lequel : a privé sa décision de base légale au regard de l'article L121-8 C. assur., cour d'appel qui se borne à constater l'état de guerre civile qui régnait à Beyrouth pendant la période considérée, sans relever aucun fait particulier qui se rattacherait étroitement à ces événements généraux et qui, en mettant les transporteurs dans l'impossibilité, non seulement d'acheminer immédiatement le matériel jusqu'à sa destination finale, mais aussi d'en assurer la surveillance, l'entretien et la conservation jusqu'à la réexpédition, serait la cause directe du sinistre constitué par des pertes et des avaries.

106. Sur ce cas particulier de la guerre civile d'Algérie, « la jurisprudence dominante s'est orientée vers une appréciation stricte et sévère de la preuve ; les assureurs qui invoquaient l'exclusion devaient justifier de faits précis en relation avec le dommage garanti, sans pouvoir invoquer l'état de trouble et de désordre général du pays au moment des faits invoqués »³³⁷. Cette sévérité de la preuve s'explique tout simplement par le fait que ces décisions sont avant tout motivées par la volonté de ne pas laisser les victimes de la guerre civile d'Algérie sans réparation. Les conditions d'établissement du lien de causalité entre le sinistre et la guerre civile sont telles que l'exclusion de garantie ne trouve tout simplement pas sa place. D'autant qu'il convient de souligner que, lorsque le risque de guerre civile n'est pas couvert par le contrat, c'est à l'assureur qu'il appartient de prouver que le sinistre résulte de la guerre civile³³⁸. Ces arrêts sont à l'antipode de ceux rendus jusque-là, notamment ceux rappelés ci-dessus à propos de la guerre étrangère. En effet, si ces derniers sont plutôt fondés en droit, cette série d'arrêts sur la guerre civile d'Algérie seraient semble-t-il rendus en équité³³⁹. Le droit cède ainsi la place à l'équité. Ce qui serait légitime aux yeux de certains, eu égard aux spoliations dont furent l'objet de ceux qui quittèrent leur terre natale dans d'atroces conditions³⁴⁰. Mais ce qu'il faut aussi souligner, avec ces décisions dites d'équité, c'est la politique qui reprend le dessus sur le droit. Ce qui conduit aux juges à retenir plus facilement l'exclusion de la garantie de l'assureur lorsqu'il existe d'autres moyens d'indemniser les assurés et plus difficilement, voire même l'écarter dans le cas contraire. En ce sens on peut lire : « l'exclusion du risque de guerre est justifiée [...] par le fait qu'il appartient à la solidarité nationale de faire face à ces calamités. Lorsque celle-ci défaille, les juges, par une application subtile du droit, réintroduisent le jeu de l'assurance »³⁴¹. Ce faisant, la technique d'assurance prend un sacré coup, car la priorité reste le dédommagement des victimes.

³³⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 401, p. 305.

³³⁸ Art. 121-8 al. 2 C. assur.

³³⁹ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 199, p. 314., Cité par B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 536, p. 580.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Voir en ce sens B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 536, p. 530.

Cette acrobatie jurisprudentielle n'est autre qu'une instrumentalisation de l'exclusion de garantie qui sera retenue ou non, non pas par application stricte de critères juridiques prédéfinis, mais en fonction du sort des assurés. En matière d'actes de violences collectives, si les guerres sont réputées plus dévastatrice et rares, les dégâts susceptibles de résulter d'une émeute ou un mouvement populaire peuvent également se révéler très élevés.

C – LES ÉMEUTES ET MOUVEMENTS POPULAIRES

107. Par émeutes on entend« des soulèvements populaires accompagnés de violences, en réaction à une mesure gouvernementale ou à la situation d'une partie de la population, en vue d'obtenir de l'autorité la réalisation de revendications économiques, politiques ou sociales »³⁴² et par mouvements populaires« tous mouvements de foule désordonnés à l'origine d'actes illégaux et de dommages »³⁴³. Les revendications politiques, économiques ou sociales par la violence ou la menace constituent donc les éléments caractéristiques de l'émeute, alors que tout mouvement de foule peut être qualifié de mouvements populaires dès lors qu'il y a dommages ou actes illicites. C'est dans ce cadre qu'un mouvement de grève ayant empêché l'accès de l'entreprise aux ouvriers a été qualifié de mouvement populaire³⁴⁴. Puis dans la même logique³⁴⁵, après avoir souligné que « constitue une émeute tout mouvement d'agitation populaire accompagné de violences », la deuxième chambre civile de la Cour de cassation décide dans son arrêt du 17 novembre 2016 que « l'absence de caractère spontané ne suffit pas à écarter la qualification d'émeute ou de mouvement populaire au sens de l'article L. 121-8, alinéa 1^{er} du code des assurances »³⁴⁶.

³⁴² Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Exclusion de garantie en cas d'émeute ou de mouvement populaire : notion », *Dalloz Actualité*, 30 novembre 2016.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Cass. civ. 11 déc. 1942, *RGAT* 1943. 161 ; DC 1943. 136, note P. L.-P.

³⁴⁵ « L'émeute n'est pas nécessairement spontanée. On comprend donc la censure de l'arrêt d'appel qui avait énoncé que les événements ne pouvaient être ainsi qualifiés, parce que la définition implique « un caractère spontané », lequel faisait en l'espèce défaut, « s'agissant d'une action délibérée, programmée et planifiée ». Une telle précision n'est guère étonnante lorsque l'on sait que la Cour de cassation, par le passé, a déjà eu l'occasion de juger que constitue un mouvement populaire, à l'occasion d'une grève, l'établissement, à l'instigation d'un meneur étranger à l'entreprise, de piquets de surveillance interdisant l'accès de l'entreprise aux ouvriers (Civ. 11 déc. 1942, *RGAT* 1943. 161 ; DC 1943. 136, note P. L.-P.). L'idée même d'instigation démontre que le mouvement avait été préparé et n'était certainement pas spontané » : Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Exclusion de garantie en cas d'émeute ou de mouvement populaire : notion », *Dalloz Actualité*, 30 novembre 2016.

³⁴⁶ Cass. 2^e civ., 17 novembre 2016, n° 15-24.116, *RGDA* 2017. 59, note KULLMANN ; *RCA* 2017, n° 60, note Groutel ; *JCP G* 2016, n° 1307, obs. Perdrix

De cet arrêt, la violence apparaît aussi comme un élément de distinction de l'émeute au mouvement populaire. Le fait que la concertation ou la spontanéité n'aient aucune influence sur leur qualification respective est la principale information de cet arrêt. Mais si ce n'est qu'à travers cet arrêt de 2016 que la jurisprudence apporte de façon expresse cette seconde précision, certains auteurs avaient déjà souligné que « le mouvement populaire couvre tout mouvement *spontané ou concerté*, d'une foule désordonnée causant des dommages »³⁴⁷.

108. Pour ce qui est de la mise en œuvre de cette exclusion légale, tout comme la guerre civile, la charge de la preuve incombe à l'assureur. C'est à lui qu'il appartient de démontrer pour exclure sa garantie, que le sinistre résulte d'émeutes ou de mouvements populaires³⁴⁸ et qu'il n'existe dans le contrat d'assurance aucune clause qui déroge à l'exclusion légale de garantie³⁴⁹. Quant à la portée et le champ d'application de l'exclusion des actes de violences collectives, les choses paraissent plus claires.

II – PORTEE ET CHAMP D'APPLICATION

109. Tout comme son champ d'application (B), l'exclusion légale des actes de violences collective a une portée très limitée (A).

A – PORTÉE

110. Dans son rôle d'encadrement du contrat d'assurance pour garantir son bon fonctionnement, le législateur prévoit des exclusions auxquelles les parties contractantes ne peuvent y déroger (comme c'est le cas de l'exclusion légale de la faute intentionnelle de l'assuré prévue par les articles L113-1 alinéa 2 du Code des assurances et 2464 alinéa 1 du Code civil du Québec), mais aussi celles auxquelles ils peuvent déroger dans leur convention (comme c'est le cas de l'exclusion légale des actes violences collectives prévue par les articles L121-8 du Code des assurances et 2486 du Code civil du Québec³⁵⁰). Mais à la différence de ces dernières qui sont interprétatives de la volonté des parties, et donc non impératives, les premières sont qualifiées d'exclusions légales d'ordre public.

³⁴⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 400, p. 304.

³⁴⁸ Art. L121-8 al. 2 C. assur.

³⁴⁹ Cass. 2^e civ. 13 déc. 2012, n° 11-19619, n° 11-19608, *RCA* 2013, comm. n° 73, note H. GROUDEL.

³⁵⁰ Voir en ce sens l'article 2414 C.c.Q.

On parle de dispositions d'ordre public à propos des textes qui prévoient ces exclusions légales d'ordre public. Et parmi ces dispositions d'ordre public, il y a celles qu'on qualifie d'*absolu* et celles qualifiées de *relatif*. Les dispositions d'ordre public absolu ont la particularité de n'admettre aucune dérogation, car elle assure la protection de l'intérêt général. Et les dispositions d'ordre public relatif visant quant à elles la protection des intérêts particuliers d'une des parties contractantes et plus particulièrement la partie supposée faible de la relation contractuelle (à savoir : le preneur, l'assuré, l'adhérent, le bénéficiaire ou titulaire d'un contrat d'assurance), ont la particularité d'admettre toute dérogation favorisant ladite partie dont le législateur entend protéger. Le chapitre xv du Code civil du Québec consacré aux assurances³⁵¹ est une parfaite illustration de ces dispositions d'ordre public relatif.

111. Pour exclure la garantie des risques résultants des actes de violences collectives et d'autres cataclysmes, les législateurs français et québécois ont tenu compte de leur intensité et leur imprévisibilité qui sont peu ou pas compatibles avec la technique de fonctionnement de l'assurance qui est la mutualité. A cela s'ajoute aussi le fait que pour être assurable, le risque doit présenter un certain caractère « *d'homogénéité, de fréquence et de dispersion* ». Mais comme c'est aussi le souci de garantir le bon fonctionnement de l'assurance qui guide le législateur lorsqu'il élabore ses règles d'encadrement, il a à travers des dispositions supplétives de volonté, pris le soin de préserver le principe fondamental de la liberté contractuelle qui a depuis toujours caractérisé la relation d'assurance (bien que ce principe soit fortement limité à ce jour), sans pour autant oublier la nécessité de non seulement pallier au déséquilibre engendré par ce principe à travers notamment, les dispositions d'ordre public absolu³⁵², mais aussi et surtout de protéger les parties supposées faibles de relation d'assurance à travers les dispositions d'ordre public relatif, car c'est l'avenir même de l'institution qui en dépend. C'est dans cette optique que, en droit français le législateur a pris le soin, non pas d'énumérer les règles d'ordre public, mais plutôt d'énoncer de façon expresse et limitative les règles supplétives de volonté³⁵³. Ce qui limite encore davantage le champ du principe de la liberté contractuelle susceptible de favoriser l'assureur vis-à-vis de ses cocontractants.

³⁵¹ Voir Art. 2414, C.c.Q.

³⁵² Art. L111-2 C. assur. et 2414 al. 2, C.c.Q.

³⁵³ Art. L111-2, C. assur.

Quant au droit québécois, le législateur a plutôt un mécanisme très original de protection des parties supposées faibles de la relation d'assurance. Il n'admet la dérogation au chapitre portant sur l'assurance terrestre qu'uniquement en faveur de ces parties supposées faibles de la relation contractuelle, puisqu'il est formellement interdit de réduire de façon conventionnelle les droits accordés par ce chapitre aux « *preneurs, aux assurés, aux adhérents, aux bénéficiaires ou titulaires d'un contrat d'assurance* »³⁵⁴.

112. Malgré ces motifs légitimes (rappelés ci-dessus) de l'exclusion légale des actes de violences collectives, le législateur français a instauré la couverture obligatoire des catastrophes naturelles avec un supplément de cotisation³⁵⁵. Puis la couverture obligatoire des catastrophes technologiques dans les assurances multirisque habitation et automobile³⁵⁶.

Et enfin, dans les assurances de dommages, une garantie obligatoire des dommages aux biens consécutifs à un acte de terrorisme ou à un attentat³⁵⁷. Ainsi, tout comme le droit français qui permet de garantir les risques de catastrophes naturelles à travers « les contrats d'assurance, souscrits par toute personne physique ou morale autre que l'État et garantissant les dommages d'incendie ou tous autres dommages à des biens situés en France, ainsi que les dommages aux corps de véhicules terrestres à moteur ; ou par l'extension de la garantie d'une assurance contre les pertes d'exploitation »³⁵⁸, en droit québécois les risques de catastrophes naturelles sont également dans la plupart des cas couverts par la protection de base de l'assurance habitation ou par la souscription d'une protection additionnelle spécifique. Et les risques qui ne seraient pas automatiquement couverts par cette protection de base, comme celui de l'infiltration de l'eau, de refoulement des égouts ou de tremblement de terre, peuvent tout de même être garantis par l'ajout d'un avenant au contrat d'assurance de base.

113. Il en est de même des différents risques visés par l'article 2486 C.c.Q. Rien n'interdit à l'assureur qui le souhaite de les garantir. Leur exclusion légale étant motivée par la volonté de préserver l'équilibre financier de la mutualité, et donc indirectement les intérêts de l'assureur qui est en charge de la gestion de ladite mutualité.

³⁵⁴ L'article 2414 al. 1, C.c.Q. dispose à son tour que « Toute clause d'un contrat d'assurance terrestre qui accorde au preneur, à l'assuré, à l'adhérent, au bénéficiaire ou au titulaire du contrat moins de droits que les dispositions du présent chapitre est nulle. ».

³⁵⁵ Loi du 13 juillet 1982 (art. L125-1 et s., C. assur.).

³⁵⁶ Loi du 30 juillet 2003 (art. L128-1 et s., C. assur.).

³⁵⁷ Loi du 9 septembre 1986 (art. L126-2 C. assur.).

³⁵⁸ Article L125-1 al. 1 et 2, C. assur.

Ce texte n'est donc pas d'ordre public, mais plutôt interprétatif de la volonté des parties, quand bien même il ne reconnaît pas expressément aux parties la possibilité de prévoir une convention contraire. Les exclusions qu'elle prévoit n'étant de ce fait, pas impératives, les parties au contrat d'assurance peuvent, en principe, non seulement convenir de les restreindre ou les écarter totalement, mais aussi et surtout élargir par convention le champ de l'exclusion légale, c'est-à-dire écarter de la garantie de l'assureur des risques autres que ceux visés expressément par la loi. Bien que concernant les risques de guerre étrangère et civile l'éventualité de leur garantie soit peu probable. Leur exclusion légale « est très généralement appliquée car elle fondée sur la technique même de l'opération d'assurance : en cas de guerre, les risques sont trop concentrés, trop intenses pour en effectuer au préalable une prévision statistique valable »³⁵⁹, « or, le propre de la mutualité est de parvenir à une dispersion des risques »³⁶⁰. C'est pourquoi en général et ce, « depuis longtemps, les malheurs de la guerre sont réparés par l'attribution de "dommages de guerre" financés par l'impôt. La solidarité nationale reprend le dessus sur la technique de l'assurance. La mutualité s'efface devant la nation »³⁶¹.

114. Quant au droit français, il n'y a aucune ambiguïté sur le caractère de la disposition qui prévoit l'exclusion des actes de violences collectives, à savoir l'article L121-8 C. assur. Elle n'est pas d'ordre public puisqu'elle reconnaît expressément aux parties la possibilité de prévoir une « convention contraire ». Et comme il s'agit là aussi d'un texte purement interprétatif de la volonté des parties, les assureurs qui le souhaitent peuvent non seulement garantir les sinistres occasionnés par la guerre étrangère ou civile, l'émeute ou le mouvement populaire, mais aussi exclure expressément la garantie des sinistres qui ne résultent qu'indirectement de ces événements. A ce propos la Cour de cassation a régulièrement rappelé que, la loi ne porte pas atteinte à la liberté des contractants, affirmée tant par l'alinéa 1^{er} de l'article 34 [de la loi du 13 juillet 1930] (devenu article 121-8 al. 1 C. assur.) que par l'article 2 (devenu L111-2 C. assur.), de restreindre la garantie au-delà des dispositions légales³⁶².

³⁵⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 393, p. 303.

³⁶⁰ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 534, p. 525.

³⁶¹ *Id.*, p. 526.

³⁶² Cass. civ. 25 juill. 1945, *RGAT*, 1945.264, D. 1945.277, S. 1946.1.85 ; Cass. civ., 8 déc. 1947, *RGAT* 1948.137 ; Cass. civ. 18 mars 1946, *RGAT*, 1946.300.

Toutefois, si les droits français et québécois des assurances partagent à la fois le principe d'exclusion légale des actes de violences collectives et la possibilité reconnue aux parties à un contrat d'assurance d'y déroger par convention, les deux systèmes n'attribuent pas le même champ d'application à cette exclusion légale.

B – CHAMP D'APPLICATION

115. En droit français c'est l'article L121-8 al. 1 du Code des assurances qui dispose que : « L'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou par des mouvements populaires. » Ce texte faisant partie des dispositions générales applicables aux assurances de dommages, l'exclusion légale qu'il prévoit concerne à la fois les assurances de biens et de responsabilités, mais pas les assurances de personnes où ces risques restent couverts à défaut d'une exclusion conventionnelle prévue au contrat.

116. En droit québécois l'exclusion légale des actes de violence collective est prévue par l'article 2486 C.c.Q. qui dispose que : « L'assureur qui assure un bien contre l'incendie n'est pas garant du préjudice causé par les incendies ou les explosions résultant d'une guerre étrangère ou civile, d'une émeute ou d'un mouvement populaire, d'une explosion nucléaire, d'une éruption volcanique, d'un tremblement de terre ou d'autres cataclysmes. ». De par son emplacement au sein du Code civil du Québec (livre V – titre 2 – chapitre XV – section III – § 2), cette disposition qui reprend les articles 2592 et 2593 du Code civil du Bas-Canada (C.c.B.-C.) ne s'applique qu'aux seules assurances de biens. Et de par la branche d'assurance concernée, elle ne s'applique qu'aux seuls biens assurés contre l'incendie comme le prévoit expressément le texte. Ainsi, en assurances de responsabilités et de personnes, à défaut d'exclusion conventionnelle prévue au contrat, les risques légalement exclus par l'article 2468 précité restent en principe couverts par l'assureur. Ce qui confère à cette disposition du droit québécois un champ d'application plus restreint que la disposition équivalente du droit français, à savoir l'article L121-8 précité du Code des assurances. A cela il faut aussi ajouter que l'article 2468 a la particularité de s'identifier à trois dispositions du droit français.

En effet, de par la branche d'assurance concernée (incendie), elle est semblable à l'article L122-1 du Code des assurances qui dispose que : « L'assureur contre l'incendie répond de tous dommages causés par conflagration, embrasement ou simple combustion. Toutefois, il ne répond pas, sauf convention contraire, de ceux occasionnés par la seule action de la chaleur ou par le contact direct et immédiat du feu ou d'une substance incandescente s'il n'y a eu ni incendie, ni commencement d'incendie susceptible de dégénérer en incendie véritable. ». De par l'origine des sinistres exclus, elle est semblable à l'article L121-8 précité, mais aussi à l'article L122-6 du Code des assurances qui dispose : « Sauf convention contraire, l'assurance ne couvre pas les incendies directement occasionnés par les éruptions de volcan, les tremblements de terre et autres cataclysmes. ». Mais en termes de contenu, les articles 2486 du Code civil du Québec et L121-8 du Code des assurances ne sont pas identiques, puisque l'exclusion légale prévue par le premier vise à la fois les actes de violences collectives et les catastrophes naturelles, alors que celle prévue par le second ne vise que les actes de violences collectives tout en reconnaissant de façon expresse la possibilité pour les parties de prévoir une convention contraire.

117. Malgré le champ d'application bien limité de cette exclusion légale des actes de violences collectives en droit français et québécois, il convient de souligner que dans la pratique, les assureurs prévoient systématiquement dans leurs polices d'assurances de personnes, notamment les assurances contre les accidents corporels et les assurances sur la vie (les assurances décès en particulier), une clause d'exclusion de ces risques, ceux de la guerre étrangère en particulier. Cette exclusion conventionnelle en assurance de personnes s'explique aussi par la technique d'assurance.

Mais sous l'influence de la concurrence étrangère et pour des nécessités commerciales, les assureurs ont été poussés à garantir [le risque de guerre]. Certains, avec une juste prudence, préconisent un système de pure mutualité à l'intérieur d'un groupe, les capitaux assurés contre le risque de guerre n'étant garantis que dans les limites des ressources d'un fonds commun alimenté par les divers assurés. D'autres proposèrent le système de la surprime fixe, avec un engagement ferme de l'assureur³⁶³.

³⁶³ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I : *Le contrat d'assurance*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 482, pp. 721-722.

La réalité du marché de l'assurance n'est donc pas sans influence sur l'évolution des techniques de gestion des risques. Ce qui contraint les assureurs d'imaginer des mécanismes comme ceux décrits ci-dessus et innover sans cesse de nouveaux produits adaptés à cette réalité. Le législateur aussi n'est pas à l'abri de l'influence du marché de l'assurance. Il doit constamment faire évoluer sa réglementation pour s'adapter à la pratique d'assurance. Les règles qui encadrent l'assurance devant en principe refléter la réalité de sa pratique. Ainsi, suite au développement grandissant de l'assurance du risque de guerre après la première guerre mondiale, il était plus que nécessaire d'adopter des règles encadrant cette pratique d'assurance.

118. En droit français c'est d'abord à travers la loi du 22 juillet 1919 *relative aux contrats d'assurance sur la vie en temps de guerre* (devenue articles L160-10 à L160-19 du Code des assurances et abrogés par l'article 46 de la *Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen*), qu'il avait été prévu que les assureurs dont les polices excluait la garantie du risque de guerre par la suspension des contrats à l'égard des assurés mobilisés pour la guerre, sont, en cas de décès, obligés de restituer aux ayants droit la réserve mathématique. Cette loi fixe aussi la période, la durée de la suspension, le mode de calcul de la provision mathématique et celui de la réduction des primes de la portion afférente à la période suspension. Puis arrive le décret-loi du 22 février 1940 *relatif à l'assurance sur la vie et aux sociétés de capitalisation en temps de guerre et tendant à l'institution d'un groupement entre sociétés d'assurances sur la vie pour la garantie des risques de guerre* (modifié par les lois du 14 mai 1941 et du 15 février 1943, puis par l'ordonnance du 30 décembre 1944)³⁶⁴ qui met en place une mutualité nationale pour garantir le risque de guerre étrangère. Mutualité à laquelle appartiennent à la fois les assurés mobilisés à l'égard desquels tout décès pendant la mobilisation était réputé sinistre de guerre, et les assurés civils à l'égard desquels le décès n'est réputé sinistre de guerre que s'ils avaient été déportés ou internés par l'ennemi.

³⁶⁴ Pour plus d'informations sur ces textes, voir : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000303297&categorieLien=id> [consulté le 30/11/2017 à 23h17 heure française] ; M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 484, p. 723.

Est également réputé sinistre de guerre, tout décès survenu au plus tard un an après la cessation des hostilités, s'il résultait directement de blessures ou lésions infligées par l'action offensive des forces d'une puissance belligérante quelconque ou pour la défense active contre cette action³⁶⁵. Et ensuite intervient l'arrêté du 08 octobre 1947 portant *constitution et fonctionnement d'un fonds de solidarité des risques de guerre* qui introduit un nouveau régime en lieu et place de celui rappelé ci-dessus. Ce nouveau régime met fin à la possibilité pour les assureurs de prendre des engagements fermes pour la garantie des risques de guerre, mais les autorise à constituer un fonds de solidarité des risques de guerre. Fonds alimenté par le versement d'une surprime unique de 1 % du capital assuré des adhérents.

119. Quant au droit québécois, c'est la Loi sur la sécurité civile (RLRQ, c. S-2.3) qui est la référence en la matière. Après avoir précisé son objet (« *la protection des personnes et des biens contre les sinistres [...] par des mesures de prévention, de préparation des interventions, d'intervention lors d'un sinistre réel ou imminent ainsi que par des mesures de rétablissement de la situation après l'événement* ») dès son premier article (2001, c. 76, art.1.)³⁶⁶, elle dispose à son article 100 (2001, c. 76, art. 100) que « *le gouvernement peut établir, en y fixant les conditions d'admissibilité, les barèmes et les modalités de versement, des programmes généraux d'aide financière : 1° à l'égard des sinistres réels ou imminents ou d'autres événements qui compromettent la sécurité des personnes [...]; 2° à l'égard d'un risque particulier et imprévu de sinistre pour lequel des mesures préventives ou de préparation des interventions s'imposent incessamment pour la protection des personnes [...]* ». Comme c'est souvent le cas, c'est la solidarité nationale (programme d'aide gouvernemental en l'espèce) qui vient ici encore pallier les limites de l'assurance face à des risques de très lourdes conséquences comme les risques de guerres et autres cataclysmes. Il en résulte que la prise en charge de ces risques relève non pas de la technique d'assurance, mais de la solidarité nationale par l'entremise des pouvoirs publics garants de la sécurité civile des personnes et de leurs biens. D'où leur exclusion légale en droits français et québécois des assurances. Toutefois, contrairement à ces risques de guerre et autres cataclysmes, l'exclusion légale du vice propre de la chose ne s'explique pas par l'ampleur des éventuels sinistres engendrés.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Qui signifie : Lois de 2001, chapitre 76, article 1^{er}.

§ 2 – L'EXCLUSION DU VICE PROPRE DE LA CHOSE

120. En droit français elle est prévue par l'article L121-7 du Code des assurances qui dispose que : « les déchets, diminutions et pertes subies par la chose assurée et qui proviennent de son vice propre ne sont pas à la charge de l'assureur, sauf convention contraire ». Et en droit québécois c'est l'article 2465 C.c.Q. qui dispose que « l'assureur n'est pas tenu d'indemniser le préjudice qui résulte des freintes, diminutions ou pertes du bien et qui proviennent de son vice propre ou de la nature de celui-ci. ». A travers ces dispositions, les législateurs français et québécois ne font que réaffirmer l'importance de l'aléa dans le contrat d'assurance. En effet, l'assurance est une technique dont le fonctionnement repose sur la prise en charge des risques aléatoires. Or, les déchets, diminutions, freintes et pertes que peut subir une chose du fait de son vice propre ne sont pas aléatoires puisqu'ils sont engendrés par la chose elle-même du fait de sa configuration. L'incertitude qui doit caractériser la survenance du risque fait défaut lorsque la chose assurée est défectueuse dès sa conception. Avec une chose viciée, le préjudice est prévisible et inévitable, car le risque est non aléatoire. Ce qui explique sa non-prise en charge par l'assureur qui, en principe, ne couvre que des risques aléatoires. Cependant, en prenant soin d'employer l'expression « vice propre de la chose » et admettre la possibilité pour les parties de déroger par convention à son exclusion légale, le législateur ne vise pas les vices « naturels qui échappent, par essence, à l'assurance »³⁶⁷.

121. C'est pourquoi, à la différence du législateur français qui n'exclut que les préjudices qui proviennent du vice propre de la chose, le législateur québécois a quant à lui exclu en plus de ces préjudices engendrés par le vice de la chose, ceux qui proviennent aussi de sa nature. « En effet, les détériorations tenant à la nature même des choses ne constituent pas des risques, parce que fait défaut l'incertitude, inhérente à la notion même de risque. [...] L'absence d'aléa fait obstacle à toute assurance »³⁶⁸. Le terme « propre » renvoie à une singularité de la chose. Ce sont donc « les défauts particulières d'une chose, sa mauvaise composition ou conformation, défauts qui n'existent pas pour les autres choses du même genre, [c'est-à-dire] les vices propres accidentels, anormaux, particuliers à certaines choses, imprévisibles et inconnus des parties qui sont visés [par l'exclusion légale].

³⁶⁷ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 190, p. 301.

³⁶⁸ *Id.*, n° 192, p.303.

Etant incertains, ils sont assurables théoriquement. L'exemple classique est la "paille" dans l'acier d'une machine : cette machine est spécialement atteinte d'un vice propre, alors que les machines du même type, mieux construites, n'ont pas cette défectuosité »³⁶⁹.

122. Il convient également de souligner que cette exclusion légale du vice propre de la chose ne s'applique qu'au seul préjudice subi par la chose assurée elle-même. Les préjudices que cette dernière cause à des personnes ou à d'autres biens du fait de son vice restent à la charge de l'assureur³⁷⁰ puisque c'est l'objet même du contrat souscrit par l'assuré. Au titre de cette exclusion légale, certains assureurs invoquent l'usure normale et la détérioration progressive de la chose assurée³⁷¹. Ainsi à propos de deux immeubles assurés dont l'effondrement du toit de l'un (bâtiment n° 2) a affecté la solidité de la charpente de la toiture de l'autre (bâtiment n° 1), a été jugé que « l'assureur couvre tout dommage à un immeuble assuré, soit le bâtiment numéro 1, qui résulte d'une séquence d'événements provoqués par un dommage direct à un autre immeuble assuré, soit celui manifestement causé au bâtiment numéro 2 par l'effondrement du toit, sans l'intervention d'une autre cause indépendante, soit celle rattachée à la détérioration de l'immeuble par l'usage de ce dernier au fil du temps »³⁷². Pour parvenir à cette conclusion la Cour souligne que « ce dommage résulte d'une séquence d'événements déclenchée par un événement fortuit accidentel qui en est la cause déterminante, sans laquelle ce risque ne se serait pas réalisé »³⁷³.

³⁶⁹ *Id.*, n° 190, p.301.

³⁷⁰ *The Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*, EYB 2006-107158 (C.A.), pphe 15 ; « L'assureur, conformément à l'article L. 121-7, ne répond pas des pertes et détériorations de la chose assurée provenant du vice propre ; mais il garantit les dommages d'incendie qui en sont la suite, à moins qu'il ne soit fondé à demander la nullité du contrat d'assurance par application de l'article L. 113-8, premier alinéa. » : art. L122-5, C. assur.

³⁷¹ *The Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc op. cit.*, note 312, pphe 15.

³⁷² *Id.*, pphe 59.

³⁷³ *Id.*

123. Mais comme nous l'avons déjà souligné, bien qu'ayant pris le soin de rappeler ce principe d'exclusion légale du vice propre de la chose, les législateurs français et québécois reconnaissent aux parties contractantes la possibilité d'y déroger par convention contraire³⁷⁴. Cette possibilité de dérogation conventionnelle s'explique par le fait qu'« aucune règle technique ou juridique ne s'oppose à l'assurance des vices propres accidentels »³⁷⁵. L'exclusion légale des sinistres qui proviennent du vice propre de la chose n'est donc pas absolue. Elle s'applique d'office à défaut de clause contraire contenue dans la police³⁷⁶, mais le preneur et l'assureur qu'ont connaissance d'un vice peuvent librement convenir de sa prise en charge à travers une clause contractuelle qui doit être expresse³⁷⁷. En l'absence d'une telle clause, c'est à l'assuré qu'il appartient de prouver qu'un sinistre pour lequel il souhaite obtenir la garantie de l'assureur ne résulte pas du vice propre de la chose endommagée, et à l'assureur qui se prévaut de l'exclusion de sa garantie en raison du vice propre de la chose sinistrée de rapporter les éléments de preuve qui justifient sa prétention.

124. Si la quasi-totalité des exclusions de garantie, notamment celles abordées ci-dessus, sont considérées comme « conséquences juridiques dérivant de la technique de l'assurance »³⁷⁸, c'est-à-dire des exclusions dictées par la seule technique de l'assurance qualifiées *d'exclusion comme effet purement technique de l'assurance*, d'autres cas d'exclusion de garantie comme la faute intentionnelle (et ou dolosive pour ce qui est du droit français) de l'assuré sont dictées en plus de cette technique de l'assurance, par des considérations d'ordre public et moral. Ce qui permet de dire que l'exclusion légale de la faute intentionnelle en droits français et québécois est un effet de la technique d'assurance modéré par l'ordre public et la morale. Donc à côté de *l'exclusion comme effet purement technique de l'assurance* analysée ci-dessus, il y a *l'exclusion comme effet de la technique d'assurance modérée par l'ordre public et la morale*.

³⁷⁴ A travers le « sauf convention contraire » de l'article 121-7 C. assur., législateur français reconnaît expressément cette possibilité de dérogation. Alors que le droit québécois ne la reconnaît que de façon implicite, car le législateur n'interdit que les dispositions qui accordent aux parties supposées faibles de la relation d'assurance moins de droits que ceux qui leur sont accordés par le chapitre du Code civil du Québec portant sur l'assurance terrestre (art. 2414 C.c.Q.).

³⁷⁵ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1970, *op. cit.*, note 85, n° 190, p. 302.

³⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1986, n° 84-16.966 P, *RGAT* 1986. 217.

³⁷⁷ Cass. 2^e civ., 10 sept. 2015, no 14-18.297 P, *RCA* 2015, n° 335, note GROUDEL ; *RGDA* 2015. 463, note ASSELAIN ; *Johnston c. Chubb Insurance Company of Canada*, (C.A., 2010-06-02), 2010 QCCA 1066, SOQUIJ AZ-50643001, 2010EXP-1905, J.E. 2010-1037, [2010] R.R.A. 665 (rés.), EYB 2010-174936.

³⁷⁸ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n°s 26 et s., pp. 44 et s.

CHAPITRE 2 – L’EXCLUSION COMME EFFET DE LA TECHNIQUE D’ASSURANCE RENFORCÉE PAR L’ORDRE PUBLIC ET LA MORALE : LA FAUTE INTENTIONNELLE DE L’ASSURÉ

125. Outre la technique d’assurance, l’exclusion légale de la faute intentionnelle de l’assuré en droits français et québécois repose sur des considérations de l’ordre public et la morale. D’où l’intitulé du présent chapitre. Pour mieux comprendre en quoi l’exclusion légale de la faute intentionnelle de l’assuré en droits français et québécois est un effet de la technique d’assurance modérée par des considérations de l’ordre public et la morale, il convient d’analyser d’abord son domaine d’application (section 1) avant d’envisager ses fondements (section 2).

SECTION 1 – DOMAINE D’APPLICATION DE L’EXCLUSION LÉGALE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

126. L’exclusion légale de la faute intentionnelle en droits français et québécois des assurances s’applique à la fois en assurances de dommages (§1) et en assurances de personnes (§2).

§ 1 – LA FAUTE INTENTIONNELLE EN ASSURANCES DE DOMMAGES

127. Dans le cadre la présente étude, l’analyse de la faute intentionnelle en assurances de dommages permettra d’identifier d’abord la notion (I) avant d’étudier son régime juridique (II).

I – NOTION DE FAUTE INTENTIONNELLE

128. Les droits français et québécois des assurances ne conçoivent pas de manière identique la notion de faute intentionnelle, car outre la divergence sur sa définition (A), les fautes exclusives de garantie légalement visées ne sont pas identiques dans les deux systèmes (B).

A– DEFINITION DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

129. La définition *stricto sensu*(1) de la faute intentionnelle en droits français et québécois doit être précédée d’une précision sur sa terminologie (2).

1 – PRÉCISION TERMINOLOGIQUE

130. L'inassurabilité de la faute intentionnelle en droit des assurances est prévue par l'article 2464 alinéa premier du Code civil du Québec selon lequel « l'assureur n'est jamais tenu de réparer *le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré* » et l'article L113-1 alinéa second du Code des assurances qui dispose que « l'assureur ne répond pas *des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». C'est en référence à ces textes qu'on parle d'exclusion légale de « *faute intentionnelle* » dans la doctrine et jurisprudence québécoises, ou « *faute intentionnelle ou dolosive* » dans celles françaises. Ces expressions utilisées de façon fréquente sont pourtant erronées, car ce n'est pas la faute en tant que telle qui est visée par l'exclusion légale, mais les conséquences qu'elle engendre, c'est-à-dire le « *préjudice* », les « *pertes* » ou « *dommages* » conformément aux expressions utilisées dans les dispositions précitées. Autrement dit, l'intention porte sur la réalisation de la perte, le dommage ou le préjudice contre lequel l'agent souhaite se prémunir en souscrivant le contrat d'assurance. La faute n'est qu'un simple moyen (fait générateur³⁷⁹) de sa réalisation. C'est en raison de cette erreur terminologique qu'on utilise parfois l'expression « sinistre intentionnel »³⁸⁰ pour nommer la faute intentionnelle. Mais on ne peut en réalité parler de sinistre que lorsque la garantie de l'assureur est effectivement due. Ce qui suppose que l'événement survenu corresponde à celui qui est effectivement couvert par la police d'assurance. Et s'il ne correspond pas, il s'agirait alors simplement d'une perte, un dommage ou un préjudice. Sinistre vaut donc garantie. Par conséquent, à chaque fois qu'il y a exclusion, qu'elle soit légale ou conventionnelle, il faudrait tout comme le législateur, parler de perte, dommage ou préjudice. Ce qui signifie que tout comme « la faute intentionnelle » l'expression « sinistre volontaire » n'est pas appropriée à cette exclusion légale visée par ces dispositions du droit français et québécois rappelées ci-dessus.

³⁷⁹ Voir en ce sens Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 427, p. 318.

³⁸⁰ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 515, p. 502.

131. Dès lors, bien que par souci de vulgarisation l'expression faute intentionnelle sera conservée (ne serait-ce que dans nos titres) dans le cadre de la présente étude, il est souhaitable d'employer l'expression « dommage volontaire³⁸¹ ou dommage intentionnel³⁸² »³⁸³ ou encore, *perte ou préjudice volontaire ou intentionnel* qui, ont le mérite de refléter à la fois la réalité et la volonté du législateur qui, on l'a vu, utilise les mêmes termes dans les textes précités. Quant à la définition même de la notion, ce sont les juges qui dans le silence de la loi en ont proposé une. Mais bien que similaire, la définition proposée par la jurisprudence française n'est pas identique à celle proposée par la jurisprudence québécoise.

2 – DÉFINITION *STRICTO SENSU*

132. Les législateurs français et québécois se sont contentés de prévoir le principe d'inassurabilité de la faute intentionnelle³⁸⁴ de l'assuré sans la définir. C'est donc tout naturellement à la jurisprudence qu'est revenue cette lourde tâche. En droit commun de la responsabilité civile, alors que d'aucuns attribuent la qualification de faute intentionnelle « à tout comportement volontaire à l'origine du dommage, peu important l'intention de réaliser le dommage qui en est résulté »³⁸⁵ ou « au comportement volontaire à l'origine du dommage ; peu important l'intention de le réaliser (par ex. : roulant excessivement vite, le conducteur perd le contrôle du véhicule et cause un accident) »³⁸⁶, elle est traditionnellement définie comme la faute commise avec l'intention de causer le dommage³⁸⁷.

³⁸¹ C'est ce que propose L. MAYAUX, « La notion de faute intentionnelle de l'assuré : quelle évolution ? », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, n^{os} 170 et s., pp. 119 et s., au n^o 176, p. 122.

³⁸² J. KULLMANN, « L'assuré fautif : après le faisan et le malfaisant, le risque-tout », *RGDA* janv. 2014, n^o 110d3, p. 8.

³⁸³ Comme le proposent Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n^o 427, p. 318.

³⁸⁴ Pour une analyse plus détaillée sur la notion de faute intentionnelle et la controverse qui s'y rapporte, v. notamment : G. VINEY, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chr. 263 ; G. BRIERE DEL'ISLE, « La faute dolosive, tentative de clarification », *D.* 1980, chr. 133 ; « La faute intentionnelle ou cent fois sur le métier... », *D.* 1993, chr. 75 ; A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, PUAM, 2004, préf. D. MAZEAUD ; A. GHAFOU-RIAN, *Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français*, th. Paris II, 1977 ; L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. Paris I, 2011 ; D. NGUYEN-THANH-BOURGEAIS, « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes », *RTD civ.* 1973, p. 496 ; L. MAYAUX, « La notion de faute intentionnelle de l'assuré : quelle évolution ? », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, n^{os} 170 et s., p. 119 et s. ; M. PERIER, « Le cœur de la faute dolosive doit-il battre au rythme de la faute intentionnelle ou la faute lourde doit-elle sortir de sa disgrâce ? », *RGDA* 2011, p. 931 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, « La faute intentionnelle ou dolosive », in *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013, n^o 618 et s., p. 755 et s.

³⁸⁵ M. CHAGNY et L. PERDRIX, *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2018, n^o 269, p. 152.

³⁸⁶ J. BONNARD, *Droit des assurances*, Paris, LexisNexis, 5^e éd., 2016, n^o 245, p. 81.

³⁸⁷ En ce sens v. notamment : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 13^e éd., 2020, p. 448 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, « La faute intentionnelle ou dolosive », in *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013, n^o 618 et., à la p. 760 ; *Traité de droit civil* (s. dir.) de C. LARROUMET, t. 5, *Les obligations* :

Identifier la faute intentionnelle au seul comportement volontaire à l'origine du dommage peut trouver son fondement dans l'expression même de « faute intentionnelle ». Autrement dit, dans l'expression « faute intentionnelle », l'adjectif *intentionnelle* se rapporte ou qualifie non pas *le dommage*, mais *la faute*. C'est la faute qui est qualifiée d'intentionnelle et non le dommage. En tant qu'adjectif de l'intention, *intentionnel (elle)* « se dit d'actes ou faits juridiques, lorsque l'intention qui les inspire entre dans leur définition. Ex. : délit intentionnel [ou faute intentionnelle] »³⁸⁸. Mais en se référant à la définition de l'intention, deux autres définitions de la faute intentionnelle peuvent se dégager. Avec la théorie dite « de la représentation » préconisée en Allemagne par Von Listz et en Angleterre par Austin, l'intention a été définie comme « la représentation du résultat accompagnant la manifestation de volonté ». En ce sens, la faute intentionnelle suppose la simple prévision du dommage ou la conscience de sa réalisation possible³⁸⁹. Et avec la définition généralement donnée à l'intention (« une volonté tournée vers un but »³⁹⁰ ou la « résolution intime d'agir dans un certain sens »³⁹¹), la faute intentionnelle suppose alors « une volonté tournée vers un but »³⁹² ou la « résolution intime d'agir dans un certain sens ». En ce sens réserver la qualification de faute intentionnelle à celle commise avec l'intention de causer le dommage paraît plus approprié. Mais alors dans ce cas, l'expression « dommage intentionnel » est plus logique et doit être employée en lieu et place de l'expression « faute intentionnelle » dans la mesure où l'adjectif *intentionnel* se rapporte ou qualifie ici *le dommage* et non *la faute*.

la responsabilité civile extracontractuelle, Paris, 3^e éd., ECONOMICA, 2016, n° 172, p. 200 ; Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1975, B. I n° 262 ; Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1975, D. 1976, p. 149, note J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1976, p. 361 obs. G. Durry ; Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1983, D. 1984, p. 137 note J.-L. Aubert ; Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 1996, B. I n° 172, *RCA* 1996, comm. n° 236 ; Cass. 2^e civ., 9 juil. 1997, *RCA* 1997, comm. n° 353.

³⁸⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 13^e éd., 2020, p. 557.

³⁸⁹ V. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 619, p. 757.

³⁹⁰ Sur cette notion, v. B. DALLOZ, *L'intention, essai sur la notion en droit civil*, thèse Lyon III, 2009 (s. dir.) de H. Croze ; A. VIGNON-BARRAULT, *L'intention et responsabilité civile*, préf. D. Mazeaud, PUAM, 2004., cités par L. MAYAUX, « La couverture du risque », in *Traité* (s. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1639, p. 805.

³⁹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 13^e éd., 2020.

³⁹² L. MAYAUX, « La notion de faute intentionnelle de l'assuré : quelle évolution ? », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, n° 170, p. 120.

133. En droit civil, il arrive également qu'on assimile la faute lourde à la faute intentionnelle. C'est ainsi que dans le contexte de l'application de la *Charte québécoise*³⁹³, après avoir souligné que « la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec à ce sujet [c'est-à-dire au sujet de « l'atteinte » ou de la faute intentionnelle] est quelque peu contradictoire », la Cour suprême du Canada présente deux conceptions de la faute intentionnelle dans son arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*³⁹⁴. La première conception assimile « l'atteinte » ou la faute intentionnelle à la faute lourde, telle que traditionnellement définie en droit civil par l'article 1474 du Code civil du Québec, c'est-à-dire « celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières ». A propos de cette première conception la Cour souligne :

Pour être intentionnel, il faut qu'il [c'est-à-dire (l'atteinte illicite)] soit commis dans des circonstances qui indiquent une volonté déterminée de causer le dommage résultant de la violation. Cette volonté peut se manifester de plusieurs façons. Elle est susceptible d'apparaître par suite de la constatation que la faute commise est lourde ou grossière au point que l'esprit ne saurait s'imaginer que celui qui l'a commise ne pouvait pas ne pas se rendre compte au départ qu'elle produirait les conséquences préjudiciables qui en ont été la suite. La faute est également intentionnelle si elle provient d'une insouciance déréglée et téméraire du respect du droit d'autrui, en parfaite connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables que son geste va causer à sa victime³⁹⁵.

Quant à la seconde conception, « elle requiert la preuve que l'auteur de l'atteinte illicite [c'est-à-dire la faute] ait clairement voulu les conséquences de son comportement fautif »³⁹⁶. Mais une fois ces deux conceptions de la faute intentionnelle présentées, seule cette seconde conception sera retenue par la Cour suprême du Canada. Pour ce faire, elle précise que pour être qualifiée d'« intentionnelle », la faute ou plus précisément l'atteinte illicite qui est le résultat d'un comportement fautif violant un droit protégé par la *Charte*, « l'auteur de cette atteinte doit avoir voulu les conséquences que son comportement fautif produira ».

³⁹³ *Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12.*

³⁹⁴ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, § 111 à 113.

³⁹⁵ *Id.*, § 112 [Le juge souligne].

³⁹⁶ *Id.*, § 113.

Puis d'ajouter enfin que :

Dans cette perspective, afin d'interpréter l'expression « atteinte illicite et intentionnelle », il importe de ne pas confondre le fait de vouloir commettre un acte fautif et celui de vouloir les conséquences de cet acte. À cet égard, le deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* ne pourrait être plus clair : c'est l'atteinte illicite -- et non la faute -- qui doit être intentionnelle. En conséquence, bien que certaines analogies soient possibles, je crois qu'il faille néanmoins résister à la tentation d'assimiler la notion d'« atteinte illicite et intentionnelle » propre à la *Charte* aux concepts traditionnellement reconnus de « faute lourde », « faute dolosive » ou même « faute intentionnelle ». *Contra* : voir, notamment, Baudouin, *op. cit.*, aux pp. 153 et 154 ; L. Perret, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec » (1981), 12 *R.G.D.* 121, aux pp. 138 et 139 ; G. Brière de L'Isle, « La faute dolosive -- tentative de clarification », D.1980. Chron. 133³⁹⁷.

De ce qui précède, bien que la Cour suprême du Canada ait invité à « résister à la tentation d'assimiler la notion d'« atteinte illicite et intentionnelle » propre à la *Charte* à d'autres concepts traditionnels tel que celui de « faute intentionnelle », il n'y a finalement pas de différence de signification entre les deux notions de faute intentionnelle. Elles s'identifient toutes deux à la volonté de causer non pas l'acte fautif, mais le dommage qui en résulte (les conséquences de cet acte).

134. Avec ces différentes conceptions, force est de constater que la définition de la faute intentionnelle est loin de faire l'unanimité et peut varier « d'un système juridique à l'autre »³⁹⁸, mais que traditionnellement elle s'entend comme celle commise avec la volonté de causer le dommage. Toutefois, dans le domaine particulier du droit des assurances afin d'éviter que l'assureur se libère facilement de son obligation de garantie, la notion de faute intentionnelle requiert une analyse spécifique par rapport au droit commun de la responsabilité. En effet, d'après la Cour suprême du Canada, pour qu'il y ait faute intentionnelle exclusive de garantie, « *l'assuré doit non seulement rechercher la réalisation du risque, mais aussi celle du dommage lui-même* »³⁹⁹.

³⁹⁷ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *op. cit.*, § 118.

³⁹⁸ V. J. LIMPENS, R. KRUIHOF et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI Torts, chap. 2, *Liability for one's act*, n° 59 à 64. Ces auteurs estiment qu'il existe trois définitions de la faute intentionnelle : celle qui est commise avec la volonté de provoquer le dommage ; celle qui s'accompagne de la connaissance des risques et implique la prévision du dommage ; enfin celle qui est simplement grave (v. *ibid.*, n° 64), cité par G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 618, p. 755.

³⁹⁹ *Peracom Inc. c. Société TELUS Communications*, (C.S. Can., 2014-04-23), 2014 CSC 29, SOQUIJ AZ-51066651, 2014EXP-1298, J.E. 2014-722, [2014] 1 R.C.S. 621, EYB 2014-236123 ; *Compagnie d'assurance vie Transamerica du Canada c/ Goulet*, (2002) 1 R.C.S. 719, 2002 CSC 21, 2002 CSC 21 (2002).

L'assuré doit donc avoir prévu les conséquences de son acte et rechercher leur réalisation⁴⁰⁰. Autrement dit, l'intention doit porter à la fois sur l'acte posé, mais aussi sur le dommage qui en résulte⁴⁰¹. Quant à la plus haute juridiction française, elle a, comparé à la Cour suprême du Canada, une conception plus restrictive de la notion de faute intentionnelle exclusive de la garantie d'assurance, car elle décide que « *la faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1, al. 2 du Code des assurances implique la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu* »⁴⁰². L'assuré doit avoir la volonté de causer le dommage, et pas seulement d'en créer le risque⁴⁰³. Ainsi, en droit français pour que soit caractérisée la faute intentionnelle exclusive de la garantie d'assurance, la Cour de cassation exige donc une identité parfaite entre le dommage recherché et celui effectivement survenu. Ce qui rend très difficile la caractérisation de la faute intentionnelle.

135. Exiger pour la caractérisation de la faute intentionnelle, une volonté de réaliser à la fois le risque et le dommage, est une spécificité du droit des assurances qui vise à restreindre la possibilité pour l'assureur de l'invoquer afin de se libérer de son obligation de règlement née du contrat d'assurance. L'exigence d'un « *acte volontaire* » de l'assuré suppose que ce dernier ait eu conscience de la portée dommageable de son acte. L'absence de lucidité empêche la possibilité pour ce dernier de mesurer les conséquences de ses actes. Ce qui écarte toute qualification de faute intentionnelle à l'égard des actes commis par un assuré en situation de démence⁴⁰⁴. Quant à l'exigence d'une « *volonté de provoquer le dommage* », elle écarte toute qualification de faute intentionnelle lorsque le dommage résultant de la faute intentionnelle de l'assuré n'est pas celui qu'il avait envisagé en commettant son acte. Le résultat ne doit pas être différent de l'objectif qui animait l'assuré lors de la commission de son acte.

⁴⁰⁰ *Axa Assurances Inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins Inc.*, (C.A., 2006-05-12), 2006 QCCA 674, SOQUIJ AZ-50373500, J.E. 2006-1086, [2006] R.R.A. 319, EYB 2006-105389 ; *Lefebvre c. Compagnie d'assurance mutuelle Wawanesa*, (C.Q., 1999-12-23), SOQUIJ AZ-00031057, J.E. 2000-197, [2000] R.R.A. 222, REJB 1999-15930.

⁴⁰¹ *Id* ; *Audet c. Transamerica Life Canada*, (C.A., 2012-09-27), 2012 QCCA 1746, SOQUIJ AZ-50898699, 2012EXP-3597, J.E. 2012-1924, [2012] R.J.Q. 1844, EYB 2012-211850 ; *Axa Assurances Inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins Inc.*, (C.A., 2006-05-12), 2006 QCCA 674, SOQUIJ AZ-50373500, J.E. 2006-1086, [2006] R.R.A. 319, EYB 2006-105389.

⁴⁰² Cass. 2^e civ., 6 févr. 2014, n° 13-10.160, *F-D, L. c/ Caisse primaire d'assurance maladie d'Ille-et-Vilaine* : *JurisData* n° 2014-001843 ; Cass. 2^e civ. 18 février 2010, n° 08-19044.

⁴⁰³ Cass. 1^{re} civ., 10 Avril 1996, *Bull. civ. I*, n° 172.

⁴⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1991, *RGAT* 1991, p. 561, note H. MAGREAT et J. LANDEL.

136. Il faut cependant souligner que malgré la forte ressemblance entre ces deux définitions jurisprudentielles des droits français et québécois rappelées ci-dessus, elles ne sont tout de même pas identiques. En effet, à la différence de la définition proposée par la Cour de cassation, celle retenue par la Cour suprême du Canada a le mérite d'éviter plusieurs difficultés que rencontre le droit français, car outre la quasi-impossibilité de prouver que l'assuré a recherché le dommage⁴⁰⁵ ou si celui qu'il a provoqué est identique à celui qu'il recherchait, entre le dommage recherché (critère commun aux deux définitions) et celui effectivement survenu (critère spécifique à la définition proposée par la Cour de cassation) il peut y avoir un grand fossé. « Il peut s'en distinguer soit par son ampleur (la réalité a dépassé la prévision de l'assuré), soit par sa nature (le dommage est causé à une autre personne ou à un autre bien...). À vrai dire, la distinction paraît parfois bien tenue »⁴⁰⁶ comme nous le montre les exemples jurisprudentiels⁴⁰⁷. Ainsi, contrairement au droit québécois, en droit français la faute intentionnelle exclusive de garantie n'a presque pas sa place, car il suffit que le dommage survenu diffère de peu à celui qui était envisagé pour écarter toute qualification de faute intentionnelle. La jurisprudence exigeant une coïncidence, une identité entre le dommage envisagé et celui effectivement survenu. Chose qui est pratiquement impossible. De surcroît l'absence de coïncidence entre le dommage recherché et celui effectivement survenu n'enlève en rien au fait que l'assuré a voulu un dommage et qu'il l'a réalisé. D'autant que le législateur a été très clair sur la question. Il exclut de la garantie de l'assureur, « les pertes et dommages provenant d'une *faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». Autant il est nécessaire et justifié d'éviter la banalisation des exclusions de garantie, autant il est inadmissible de rendre systématique la garantie de l'assureur en écartant toute exclusion même dans des circonstances où son application est pleinement justifiée.

⁴⁰⁵ J. KULLMANN, dans *Lamy Assurances* 2016, n° 200.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Incendie d'une montée d'escalier, distinct de celui recherché d'une porte (Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 1986, n° 84-14.039, *RGAT* 1986, p. 37, note J. BIGOT) ; ne commet pas de faute intentionnelle exclusive de garantie l'assuré qui blesse un passant au lieu de sa femme qu'il poursuivait (Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991, n° 90-14.218, *RGAT* 1992, p. 366, note J. KULLMANN, *RGAT* 1992, p. 506, note R. MAURICE, *Resp. civ. et assur.* 1992, comm. no 109) ou celui qui tire vers la voiture des cambrioleurs et blesse un voisin (Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1970, n° 68-10.389, *RGAT* 1970, p. 176, note A. BESSON) ; etc.

137. Cette conception restrictive de la notion de faute en droit français a sans doute été inspirée par la considération du sort des victimes. Mais en permettant le maintien de la garantie d'assurance de responsabilité et la libération du coupable de sa dette de réparation dans des hypothèses peu justifiables⁴⁰⁸, la haute juridiction française est avec cette conception allée au-delà du raisonnable. Ce qui fait d'ailleurs dire à certains auteurs que cette dernière est « conforme à l'interprétation qu'il convient de faire d'une exclusion de garantie, et de ce fait, protectrice des intérêts des assurés comme des victimes, mais laisse sur le bord du chemin des comportements qui mériteraient sans aucun doute de partager sa sanction »⁴⁰⁹. Et c'est dans ce même souci de protection de victimes que la Cour de cassation avait aussi assimilé *faute lourde* et *faute intentionnelle*⁴¹⁰.

138. La divergence entre les droits français et québécois sur cette définition de faute intentionnelle peut certainement s'expliquer par la différence de leur politique juridique. La politique québécoise essayant de trouver le juste équilibre entre les différents intérêts en présence⁴¹¹ et celle française privilégiant la réparation pour les victimes en leur garantissant « une réparation quasi systématique »⁴¹² avec cette conception restrictive de la faute la faute intentionnelle. Le but est d'éviter qu'une tierce victime d'un dommage ne reste sans réparation. Ce qui explique certainement la mise en place par le législateur français d'un système d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions⁴¹³. Cette volonté de privilégier l'indemnisation des victimes n'est pas que celle du législateur et des magistrats français, elle est aussi partagée par une partie de la doctrine.

⁴⁰⁸ *Id.*

⁴⁰⁹ « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA*, 03 février 2015 n° 2, P. 75

⁴¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1988, (1989) 60 *RGAT*, 114, note R. BOUT.

⁴¹¹ Ainsi les tribunaux québécois décident que « certains événements ne présentent pas suffisamment de distance ou de détachement entre l'acte et le résultat, de sorte que la volonté de l'un emporte celle de l'autre » (*Augustus c. Gosset*, [1995] *R.J.Q.* 335, 372 (C.A.)), ou qu'« il est assez difficile de prétendre que le fait de mettre intentionnellement le feu à la maison n'implique pas la destruction de l'automobile garée tout à côté » (*Banque de Nouvelle-Écosse c. Bélair, compagnie d'assurances*, [1995] *R.R.A.* 125 (C.S.)), Cité par J.-G. BERGERON, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, *R.D.U.S.*, 1996, p. 171. Et avec la conception française, la faute intentionnelle serait tout simplement écartée dans ces espèces. Alors qu'on constate l'inverse en droit québécois.

⁴¹² S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 339, p. 133.

⁴¹³ V. les articles L422-1 et s., C. assur.

A ce propos on peut lire :

Le souhait d'éviter la commission d'un délit ne saurait être exaucé par la seule prohibition de la couverture de la faute intentionnelle ; il faudrait plus largement interdire l'assurance de toute responsabilité pour rendre à la responsabilité le sens moral qu'elle a perdu ; toutefois, une telle solution aboutirait seulement à priver les *victimes de réparation*. Il n'en demeure pas moins que la couverture de la faute intentionnelle, qui souvent recevra une qualification pénale, paraît impossible pour des raisons morales. Le mécanisme technique de l'assurance ne devant pas permettre de couvrir un acte pour lequel l'auteur est personnellement répréhensible. Une telle affirmation revêt une certaine neutralité à l'égard des victimes d'un préjudice corporel, dès lors qu'elles sont susceptibles d'être indemnisées au titre de l'indemnisation des victimes d'infraction. Il reste que les victimes d'un préjudice purement économique provoqué par une malversation qui confine à l'escroquerie ne seront pas indemnisées par le système de l'assurance. Si l'on franchissait l'obstacle moral, on pourrait imaginer l'assurance de la faute intentionnelle dont le coût serait calculé par la méthode statistique, ce qui *favoriserait l'indemnisation des victimes* d'une action délibérément malveillante. Pour soutenir une telle démarche, le parallèle peut être fait avec le suicide volontaire qui est désormais couvert par l'assurance en cas de décès dès lors qu'il se produit plus d'un an après la souscription du contrat (C. assur., art. L. 132-7). Abstraction faite de l'obstacle moral, il serait techniquement imaginable, en assurance de dommage, de prévoir la garantie de la faute intentionnelle après un délai de carence d'une année.

Afin de concilier technique et moral cette possibilité pourrait être restreinte aux seules assurances de responsabilité *afin de garantir les tierces victimes* contre l'acte volontairement dommageable⁴¹⁴.

139. Si cette conception française de la faute intentionnelle a l'avantage d'être plus protectrice des assurés, elle a aussi le désavantage de sacrifier les valeurs morales et techniques de l'assurance. Alors que pour la conception québécoise, elle a l'avantage d'être plus respectueuse des valeurs de l'assurance et, *a priori*, le désavantage d'être moins protectrice des assurés. Mais en réalité cette conception du droit québécois n'est pas moins protectrice des assurés, mais reflète plutôt le degré de bonne foi sur lequel repose le fonctionnement de l'assurance qui, sera vouée à la disparition si on adopte des politiques protectrices des assurés qui ne le méritent pas. Le fonctionnement de l'assurance doit avoir pour pilier *justice et bonne foi*. Les assurés doivent être protégés quand ils le méritent, et pas le contraire.

⁴¹⁴ L. GRYNBAUM (ss. dir.), *Assurances. Droit et pratique*, Argus, 2020/2021, n° 2346, pp. 536-537 [Les italiques sont de nous].

140. Certes il n'est pas souhaitable que soit banaliser la caractérisation de la faute intentionnelle exclusive de garantie, mais il paraît aussi excessif et voire même contreproductif de l'interpréter en une identité absolue entre le dommage recherché et celui effectivement survenu dans le seul but de garantir une indemnisation pour les victimes de dommages résultant de telle faute. Puisque si cette volonté de protection des victimes est parfaitement légitime et souhaitable, il ne faudrait surtout pas oublier l'intérêt qu'il y a aussi à préserver l'assurance, en garantissant son fonctionnement sur des bases saines. Surtout que l'importance du rôle de cette institution dans le développement de nos sociétés modernes est telle qu'elle est devenue indispensable. La solution serait donc d'aller vers la position adoptée en droit québécois en essayant de trouver le juste équilibre entre les intérêts en présence. Pour ce faire, bien que la garantie de la faute intentionnelle soit techniquement envisageable à ce jour, admettre son assurabilité en dehors des exceptions légales actuelles (à savoir le suicide après le délai de carence et la faute intentionnelle des personnes dont l'assuré est civilement responsable) n'est tout simplement pas souhaitable, car contraire non seulement à la morale sur laquelle repose le fonctionnement de notre société (morale publique – « *justice et équité* »), mais aussi et surtout à la morale qui encadre le fonctionnement de l'assurance (morale de l'assurance – « *justice et bonne foi* »).

141. Quant à la nécessité de garantir l'indemnisation des victimes, on peut envisager une solution très simple qui est non pas d'admettre l'assurabilité de la faute intentionnelle de l'assuré, mais simplement rendre son exclusion inopposable aux victimes. Ce qui, à notre avis, est plus à même de concilier la technique et la morale de l'assurance⁴¹⁵. D'autant que cette solution n'est pas que le fruit de notre pure imagination, elle s'inspire du droit positif, et plus précisément d'une disposition réglementaire du Code des assurances⁴¹⁶. En effet, au principe d'opposabilité des exclusions de garantie à l'égard de tous (et donc aux victimes) consacré par le législateur (notamment l'article L112-6 C. assur.), figure une exception avec l'article R211-13 du Code des assurances qui prévoit une inopposabilité des exclusions de garantie aux victimes et leurs ayants droit dans le domaine de l'assurance automobile.

⁴¹⁵ En référence à l'idée selon laquelle, « Abstraction faite de l'obstacle moral, il serait techniquement imaginable, en assurance de dommage, de prévoir la garantie de la faute intentionnelle après un délai de carence d'une année. Afin de concilier technique et moral cette possibilité pourrait être restreinte aux seules assurances de responsabilité afin de garantir les victimes contre l'acte volontairement dommageable » : L. GRYNBAUM (ss. dir.), *Assurances. Droit et pratique, op. cit.*, note 393, n° 2346, p. 537 [Les italiques sont de nous].

⁴¹⁶ Art. R211-13, C. assur.

Et en plus de correspondre à la politique juridique consistant à privilégier le dédommagement des victimes qu'adopte le droit français, cette solution d'inopposabilité de l'exclusion de garantie de la faute intentionnelle aux seules victimes, aura au moins l'avantage de pallier aux inconvénients actuels de la conception française de la faute intentionnelle rappelés ci-dessus, mais aussi permettra de conserver ce principe fondamental d'inassurabilité absolue de la faute intentionnelle de l'assuré afin de garantir le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines comme le dit si bien le professeur Mayaux. La faute intentionnelle de l'assuré doit donc demeurer exclusive de garantie.

B – LES FAUTES EXCLUSIVES DE GARANTIE LÉGALEMENT VISÉES

142. En assurances de dommages, les droits français et québécois des assurances ne visent pas à l'identique les mêmes les mêmes fautes exclusives de garantie, car si le législateur québécois ne vise que la seule « faute intentionnelle » de l'assuré ⁴¹⁷ (1), son homologue français quant à lui outre la « faute intentionnelle » ⁴¹⁸, fait aussi référence à la « faute dolosive » ⁴¹⁹(2).

1 –LA FAUTE INTENTIONNELLE EN DROIT QUÉBÉCOIS

143. Avec sa disposition légale selon laquelle « l'assureur est tenu de réparer le préjudice causé par une force majeure ⁴²⁰ ou par la faute de l'assuré, à moins qu'une exclusion ne soit expressément et limitativement stipulée dans le contrat. Il n'est toutefois jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré » ⁴²¹, l'exclusion légale absolue de garantie en droit québécois des assurances ne vise que les seuls préjudices qui résultent de la *faute intentionnelle de l'assuré*. Tout préjudice résultant d'autres fautes que la faute intentionnelle reste donc légalement assurable. Ce qui, par rapport au droit français qui sera abordé dans les lignes qui suivent, restreint, au moins sur le plan théorique ⁴²², la notion et le périmètre de sinistres volontaires exclusifs de garantie en droit québécois.

⁴¹⁷ Art. 2464 al. 1^{er}, C.c.Q.

⁴¹⁸ Art. L113-1 al. 2, C. assur.

⁴¹⁹ *Id.*

⁴²⁰ A propos de la force majeure, voir : C. LE GALLOU, « La clause de force majeure : leçons de droit anglais à l'égard des contrats français », colloque *Le contrat dans tous ses Etats*, novembre 2018, n° 41, Lextenso-IFR, 2019.

⁴²¹ Art. 2464 al. 1^{er}, C.c.Q.

⁴²² Le paragraphe qui suit démontre que dans la pratique, la jurisprudence n'a pas toujours adopté cette conception restrictive de la notion de sinistres volontaires exclusifs de garantie.

A cela s'ajoute aussi le fait que, la seule caractérisation d'une faute intentionnelle n'entraîne pas systématiquement une exclusion de garantie en droit québécois, car d'après la jurisprudence, la garantie de l'assureur sera due si la cause déterminante du sinistre est couverte par la police et ce, même si une cause faisant l'objet d'une exclusion a également contribué à sa survenance⁴²³. Ainsi, lorsque plusieurs fautes dont la faute intentionnelle sont à l'origine d'un sinistre, mais que seule cette dernière fait l'objet d'exclusion, l'assureur sera alors tenu de son obligation de règlement sauf si c'est la faute intentionnelle qui a été la cause déterminante. Et lorsque le sinistre résulte de causes concurrentes dont l'une est expressément couverte par la police et l'autre exclue, la Cour d'appel du Québec décide que la garantie doit prévaloir⁴²⁴.

144. Ces solutions jurisprudentielles tout comme la formulation de la disposition prévoyant l'exclusion de la faute intentionnelle de l'assuré⁴²⁵ démontrent que dans une relation d'assurance, c'est la garantie qui est le principe et l'exclusion est, et doit demeurer, une exception. Ce qui, d'une part, limite la portée de l'exclusion légale des préjudices volontaires en droit québécois des assurances, et d'autre part, met en avant la liberté contractuelle qui reste le principe de base du fonctionnement de l'assurance, sans pour autant oublier l'impérieuse nécessité de protéger les parties faibles de la relation contractuelle. Un assureur qui ne souhaite pas prendre en charge les pertes, dommages ou préjudices ayant une origine même infime de la faute intentionnelle de l'assuré, ne doit donc pas se contenter de l'exclusion légale. Il lui faudra prévoir dans sa police des clauses en ce sens.

⁴²³ *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette Inc.*, (C.A., 2012-08-02), 2012 QCCA 1376, SOQUIJ AZ-50880656, 2012EXP-2925, J.E. 2012-1560, EYB 2012-209691 ; 3296008 *Canada Inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.S., 2002-05-30), SOQUIJ AZ-50130186, J.E. 2002-1373, [2002] R.R.A. 894, REJB 2002-33068 ; *Bouffard c. Compagnie d'assurances Missisquoi Inc.*, (C.Q., 1999-02-02), SOQUIJ AZ-99031096, J.E. 99-522, [1999] R.J.Q. 621, [1999] R.R.A. 233 (rés.), REJB 1999-11147.

⁴²⁴ *Larrivée c. Murphy*, (C.A., 2014-02-19), 2014 QCCA 305, SOQUIJ AZ-51046664, 2014EXP-704, J.E. 2014-362, EYB 2014-233413

⁴²⁵ « L'assureur est tenu de réparer le préjudice causé par une force majeure ou par la faute de l'assuré, à moins qu'une exclusion ne soit expressément et limitativement stipulée dans le contrat. Il n'est toutefois jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré » : 2464 al. 1^{er} C.c.Q.

145. Toutefois, au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour suprême du Canada et quelques décisions des juges du fond, bien que le législateur québécois ne prévoit pas expressément l'exclusion légale des préjudices résultant de la faute dolosive, elle demeure tout de même appliquée dans la pratique. En effet, quelques décisions se prononçant sur la notion de faute intentionnelle au sens de l'article 2464 alinéa premier du Code civil du Québec, sont très semblables à celles du droit français qui définissent la notion de faute dolosive exclusive de garantie⁴²⁶. Il en est ainsi d'un arrêt de 1975 par lequel la Cour suprême du Canada décide que la négligence grossière est apparentée à la faute intentionnelle *lorsque l'assuré pouvait penser que le dommage constituait une éventualité éminemment prévisible*⁴²⁷. A cet arrêt qui a largement été suivi par les juges du fond⁴²⁸, s'ajoutent d'autres selon lesquelles, pour qu'une faute intentionnelle soit exclue de la couverture d'assurance, l'assuré doit avoir eu *conscience du caractère inéluctable des dommages qui en résulteraient*⁴²⁹. Ou encore l'arrêt selon lequel, le fait de serrer de façon démesurée le poignet d'une autre personne peut constituer une faute intentionnelle, lorsque toute personne raisonnable se serait doutée qu'il pouvait ainsi causer une fracture⁴³⁰. A été également décidé qu'un assuré qui conduit son véhicule alors que sa capacité de conduite est nettement affaiblie par l'alcool, commet un acte illégal, une faute volontaire et intentionnelle⁴³¹.

⁴²⁶ Voir *infra*, paragraphe numéro 172 et s.

⁴²⁷ *Co-Operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, (C.S. Can., 1975-03-26), SOQUIJ AZ-76111052, [1976] 1 R.C.S. 735, 56 D.L.R. (3d) 556.

⁴²⁸ *Place Biermansinc. c. C.D.*, (C.S., 2010-09-08 (jugement rectifié le 2010-09-17)), 2010 QCCS 4170, SOQUIJ AZ-50669943, 2010EXP-3133, J.E. 2010-1730, [2010] R.R.A. 1114 (rés.), EYB 2010-178947 (appel rejeté par (C.A., 2013-01-16), 2013 QCCA 64, SOQUIJ AZ-50928564, 2013EXP-344, J.E. 2013-177, EYB 2013-216761) ; *Morissette c. Assurances générales des caisses Desjardins Inc.*, (C.Q., 2004-04-01), SOQUIJ AZ-50234156, 2004 CanLII 25981 ; *Lebel c. Société mutuelle d'assurances du Comté de Rivière-du-Loup*, (C.Q., 1992-02-27), SOQUIJ AZ-92035037, [1992] R.R.A. 714.

⁴²⁹ *Toulgoat c. Centre local de services communautaires des Maskoutains*, (C.S., 1992-10-01), SOQUIJ AZ-92029160, D.T.E. 92T-1312 ; *Royale du Canada (La), compagnie d'assurances c. Légaré*, (C.S., 1990-10-09), SOQUIJ AZ-91021001, J.E. 91-6, [1991] R.J.Q. 91, [1991] R.R.A. 165 (rés.), EYB 1990-75778 (appel rejeté par (C.A., 1995-11-09), SOQUIJ AZ-50072427).

⁴³⁰ *Ballard c. Cordeau*, (C.S., 1990-04-30), SOQUIJ AZ-90021288, J.E. 90-1030, [1990] R.J.Q. 1664, [1990] R.R.A. 739 (rés.).

⁴³¹ *Duplessis c. Assurances générales des caisses Desjardins Inc.*, (C.S., 1995-11-01), SOQUIJ AZ-95021963, J.E. 95-2215, [1995] R.R.A. 1081, EYB 1995-84526. Cet arrêt reste tout de même isolé, car la Cour d'appel du Québec a décidé le contraire dans l'arrêt *Général Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.A., 2000-02-22), SOQUIJ AZ-50069817, J.E. 2000-488, [2000] R.J.Q. 617, [2000] R.R.A. 314 (rés.), REJB 2000-16651.

146. Même si ces décisions sont rendues sur le fondement de l'article 2464 qui ne vise que la seule faute intentionnelle de l'assuré, elles démontrent que les juges québécois ne semblent pas être réticents à l'idée d'une exclusion de garantie pour les préjudices résultant de la faute dolosive de l'assuré telle qu'elle est aujourd'hui définie en droit français des assurances. Dès lors dans le système québécois, si l'exclusion de garantie de la faute intentionnelle de l'assuré trouve son fondement dans l'application stricte d'une disposition du Code civil (art. 2464 al. 1), c'est par l'interprétation que les juges font de cette disposition que l'exclusion de garantie de la faute dolosive peut être rendue possible à ce jour. Alors qu'en droit français l'exclusion de garantie de la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré est non seulement prévue par la loi, mais aussi et surtout largement appliquée par la jurisprudence.

2 – LA FAUTE INTENTIONNELLE ET/OU DOLOSIVE EN DROIT FRANÇAIS

147. En droit français des assurances la disposition prévoyant l'exclusion légale de garantie des préjudices volontaires est formulée comme suit : « [...] l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré »⁴³². Son donc visés deux faits générateurs, à savoir la faute intentionnelle et la faute dolosive. Dans l'interprétation qu'elle fait de cette disposition (art. L113-1 al. 2 C. assur.), la Cour de cassation a depuis très longtemps eu une conception très restrictive qui tenait pour synonyme les deux notions visées par le texte, à savoir la faute intentionnelle et la faute dolosive. C'est la conception dite classique ou traditionnelle de l'interprétation de l'article L113-1 alinéa 2 du Code des assurances et donc la notion de faute intentionnelle en droit des assurances (2.1). Mais au fil des années il y a eu une certaine évolution de la jurisprudence, la Cour assouplit sa position en adoptant à l'occasion de certains arrêts une conception extensive distinguant clairement faute intentionnelle et faute dolosive. C'est la conception dite moderne (2.2).

⁴³² Art. L113-1 al. 2 C. assur.

2.1 – CONCEPTION CLASSIQUE : LA FAUTE INTENTIONNELLE OU DOLOSIVE

148. Jusqu'à très récemment les expressions de « faute intentionnelle » et de « faute dolosive » misent sur un même plan dans l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930, devenu l'article L113-1 du Code des assurances, étaient tenues pour synonymes⁴³³. Et le ministre Justin Godard qui est l'un des rapporteurs du projet de loi de 1925 qui deviendra la loi du 13 juillet 1930, affirmait également qu'il n'y a pas de différence entre « faute intentionnelle » et « faute dolosive », elles sont « équivalentes et répondent à la même notion »⁴³⁴. Une position qui sera approuvée par la majorité de la doctrine et les premiers commentateurs de la loi⁴³⁵.

149. Cette assimilation est spécifique au droit français des assurances, même s'il convient de souligner que dans son interprétation de ce texte, la jurisprudence avait bien tenté au milieu des années 1970 de distinguer les deux fautes, et ainsi décidé, après avoir admis que la faute dolosive du droit commun des contrats ne supposait pas nécessairement une intention malicieuse⁴³⁶, que dans le domaine de l'assurance, « *la faute intentionnelle implique la volonté de causer le dommage et que la faute dolosive est celle dont l'auteur s'est soustrait frauduleusement à ses obligations contractuelles* »⁴³⁷. Mais cette interprétation a été plutôt éphémère, la jurisprudence revenant rapidement sur sa position antérieure⁴³⁸ assimilant faute intentionnelle et faute dolosive, en décidant « qu'il n'y a faute intentionnelle ou dolosive, au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, que si l'assuré a voulu, non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore le dommage lui-même »⁴³⁹.

⁴³³ H. CAPITANT, *RGAT* 1930, p. 755. - A. TRASBOT, D. 1931, 4, 1. - M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 66 et s., p. 109 et s.

⁴³⁴ Rapp. M. GODARD, JO Doc. parl. ch., 2^e séance, 7 avr. 1925, ann. n° 1544, p. 637.

⁴³⁵ TRASBOT, D. 1931. PICARD et BESSON.SICOT et MARGEAT.MARGEAT et FAVRE ROCHEX, etc., Cité par J. BIGOT, dans « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* 03 févr. 2015, n° 111v3, p. 75.

⁴³⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1969, *Bull. civ. I*, 1969, n° 60 ; D. 1969, p. 601, note J. MAZEAUD.

⁴³⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1975, *Bull. Civ. I*, 1975, n° 262 ; *RGAT* 1976, p. 189, obs. A. BESSON ; *RTD civ.* 1976, p. 361, obs. G. DURRY ; Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 1977, Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1977 et Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1977, *Bull. civ.* 1977, I, n° 391, n° 411 et n° 460 ; *RGAT* 1978, p. 371, obs. A. BESSON. - Cass. 3^e civ., 20 déc. 1978, *Bull. civ. III*, n° 375 ; *RGAT* 1979, p. 349, obs. A. BESSON.

⁴³⁸ Sur cette évolution jurisprudentielle, voir J. BIGOT, « Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable », *RGAT* 1978, p. 180.

⁴³⁹ Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1983, *Bull. civ. I*, 1983, n° 102. - comp. Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 1985, *Bull. civ. I*, 1985, n° 272.

Ou dans des formules comparables, que « la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré, exclusive de la prise en charge d'un dommage par l'assureur, implique que le dommage ait été voulu par l'assuré »⁴⁴⁰ ou enfin que « la faute intentionnelle ou dolosive qui exclut la garantie de l'assureur est celle qui implique la volonté de créer le dommage et non pas seulement le risque »⁴⁴¹. La distinction entre « faute intentionnelle » et « faute dolosive » qui, paraît-il, apparaissait beaucoup plus « verbale » que technique⁴⁴², avait ainsi été totalement abandonnée par la jurisprudence.

150. Avec cette interprétation classique de l'article L113-1 du Code des assurances qui assimile « faute intentionnelle » et « faute dolosive » et les définit comme « la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu », l'exclusion de garantie prévue par ce texte ne joue que très rarement, car outre le caractère restrictif de la définition qui exige que soit caractérisée *la volonté de créer le dommage tel qu'il s'est réalisé, et non pas la simple conscience de créer le risque d'un dommage*⁴⁴³, les juges ne retiennent finalement qu'un seul motif d'exclusion au lieu des deux mentionnés par la loi. Et en ne retenant qu'un seul motif d'exclusion, le droit français rejoint sur ce point le droit québécois qui, comme il été rappelé ci-dessus ne prévoit qu'un seul motif d'exclusion légale de garantie, à savoir « la faute intentionnelle ». A ce propos, le professeur Mayaux⁴⁴⁴ voyait trois obstacles à la reconnaissance d'un rôle autonome à la faute dolosive : le premier est que cette reconnaissance serait d'ajouter du *flou au flou* ; le second, la notion *serait trop large* pour le droit de l'assurance et conduira à une régression pour la protection des tiers lésés et troisièmement, la faute dolosive conduirait à *une dissociation excessive du délictuel et du contractuel*, difficiles à distinguer.

⁴⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990, *RGDA* 1991, p. 55, obs. H. MARGEAT et J. LANDEL. - Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1993, *RGAT* 1993, p. 648, obs. Ph. REMY. - Cass. 2^e civ., 23 sept. 2004, n° 03-14.389 : *JurisData* n° 2004-024888 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm. 389, H. GROUDEL ; *Bull. civ. II*, 20004, n° 410.

⁴⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1993, n° 91-15.861, *RGAT* 1993, p. 648, note Ph. REMY ; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1991, n° 89-17.299, *RGAT* 1992, p. 364, note J. KULLMANN ; Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991, n° 90-14.218, *RGAT* 1992, p. 366, note J. KULLMANN.

⁴⁴² G. Durry, *RTD civ.* 1976, p. 362. - et, dans le même sens, voir A. BESSON, *RGAT* 1976, p. 64.

⁴⁴³ Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991, n° 90-14.218, *RGAT* 1992, p. 366, note J. KULLMANN ; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1991, n° 89-17.299, *RGAT* 1992, p. 364, note J. KULLMANN ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1993, n° 91-15.861, *RGAT* 1993, p. 648, note Ph. REMY.

⁴⁴⁴ *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1653 et s.

Outre le fait que ces obstacles soient franchissables comme a essayé de le démontrer le professeur Bigot⁴⁴⁵, il est fort probable que cette interprétation classique de l'article L113-1 al. 2 précité assimilant « faute intentionnelle » et « faute dolosive » soit motivée par une politique juridique soucieuse du sort des victimes. En effet, avec une conception large de la notion de faute intentionnelle, les éventuelles victimes risquent de rester sans réparation, car souvent confrontés à l'insolvabilité de l'auteur de la faute. C'est le sort des victimes qui serait donc au cœur de la conception restrictive de la faute intentionnelle en droit des assurances.

151. Étroit, le domaine de l'exclusion de l'article L. 113-1 l'est, en ce que, ne portant que sur la faute intentionnelle ou dolosive, la prohibition légale n'englobe pas la faute lourde, que le droit des assurances, à la différence du droit civil, refuse d'assimiler au dol⁴⁴⁶, ni même la faute inexcusable⁴⁴⁷. La solution est, écrivaient certains auteurs, « conforme à la notion de risque, car, même en présence d'une faute lourde, c'est-à-dire d'une imprudence caractérisée, d'une négligence grave, l'assuré a sans doute voulu l'acte mais non pas les conséquences de l'acte ; sa volonté n'a pas joué un rôle exclusif : des circonstances extérieures sont intervenues, puisque précisément il n'y a pas eu la volonté, l'intention du résultat. Une telle faute demeure un risque, puisqu'elle laisse une certaine place au hasard »⁴⁴⁸. Ces considérations limitent largement le rôle que joue l'aléa dans la délimitation de la garantie. Mais un tel constat, sans doute encore exact dans un passé pas si lointain, semble aujourd'hui dépassé. Sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code des assurances, la jurisprudence, depuis quelques années, a manifestement entrepris d'étendre le champ de l'exclusion légale, dans un premier temps en assouplissant les conditions d'appréciation de la faute intentionnelle puis, dans un second temps, en décidant de faire une place, à côté de la faute intentionnelle, à la faute dolosive : il s'agit là de l'interprétation dite moderne de l'article L. 113-1 précité.

⁴⁴⁵ Dans « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* 03 févr. 2015, n° 111v3, p. 75

⁴⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1966 : *Bull. civ.* 1966, I, n° 51, cassant, pour fausse application de l'article 12, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1930 (devenu C. assur., art. L. 113-1), l'arrêt qui étend au cas de faute lourde de l'assuré la prohibition d'assurance limitée au cas de sa faute intentionnelle ou de son dol

⁴⁴⁷ Cass. ass. plén., 18 juill. 1980, concl. PICCA : D. 1980, p. 394.

⁴⁴⁸ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 68, p. 116-117.

2.2 – CONCEPTION MODERNE : LA FAUTE INTENTIONNELLE ET LA FAUTE DOLOSIVE

152. Dans sa nouvelle interprétation de l'article L. 113-1 du Code des assurances, la Cour de cassation, du moins sa deuxième chambre civile, adopte une conception extensive de l'exclusion légale visée par ce texte, en consacrant l'autonomie de la faute dolosive qui, est une préoccupation très ancienne des juges comme en témoignent les quelques décisions déjà citées du milieu des années 1970 par lesquelles la Cour dans son interprétation de ce texte distinguait clairement faute intentionnelle et faute dolosive⁴⁴⁹. Et malgré l'abandon rapide de ces décisions, une partie de la doctrine⁴⁵⁰ n'a jamais cessé de plaider pour cette autonomie de la faute dolosive, car en maintenant les deux vocables « *intentionnelle* » et « *dolosive* », le législateur de 1930 n'a semble-t-il pas voulu assimiler les deux notions comme le proposaient les rapporteurs⁴⁵¹. A ce propos on peut lire :

Pour l'un des rapporteurs (Rapp. M. Godard, JO Doc. parl. ch., 2e séance, 7 avr. 1925, ann. n° 1544, p. 637), les deux qualifications données à la faute exclue (« intentionnelle » et « dolosive ») " « sont équivalentes, elles répondent à la même notion »". Or, il poursuit en précisant que " « tout dommage causé avec intention est dolosif »", puis ajoute que " « le dol est un manquement à une obligation »". Il conclut que " « l'assurance du dol n'est pas seulement contraire à l'ordre public et à la morale, elle est impossible, parce qu'il n'y a plus de risque⁴⁵² »".

⁴⁴⁹ « Au sens de l'article L. 113-1 du code assurances, « la faute intentionnelle implique la volonté de causer le dommage » et « la faute dolosive est celle dont l'auteur s'est soustrait frauduleusement à ses obligations contractuelles » : Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1975 : *Bull. civ.* 1975, I, n° 262 ; *RGAT* 1976, p. 189, obs. A. BESSON ; *RTDciv.* 1976, p. 361, obs. G. DURRY. - et, reprenant la distinction des deux fautes, V. Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 1977, Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1977 et Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1977 : *Bull. civ.* 1977, I, n° 391, n° 411 et n° 460 ; *RGAT* 1978, p. 371, obs. A. BESSON. - Cass. 3^e civ., 20 déc. 1978 : *Bull. civ.* III, n° 375 ; *RGAT* 1979, p. 349, obs. A. BESSON.

⁴⁵⁰ H. GROUDEL, in *RCA2005*, com. 370 ; J. Kullmann, in *Lamy Assurances* 2016, n°s 209 et s. ; S. ABRAVANEL-JOLLY et A. ASTEGIANO-LA RIZZA, « Plaidoyer pour une nécessaire dualité de la faute intentionnelle », in *Lamy Assurances*, *Bull. act.*, mars 2011 ; S. ABRAVANEL-JOLLY : - « Notion de faute intentionnelle en assurance : une nécessaire dualité », *www.actuassurance.com* 2009, n° 10-11, Analyses ; - « Maintien regrettable d'une conception unitaire de la faute intentionnelle », *www.actuassurance.com* 2011, n° 20, Analyses.

⁴⁵¹ *Lamy Assurances* 2016, n° 209 et s.

⁴⁵² *Id.*

153. L'arrêt de principe⁴⁵³ par lequel la Cour de cassation accorde aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation du caractère intentionnel d'une faute au sens de l'article L113-1 du Code des assurances, avait suscité un grand espoir chez les partisans de l'autonomie de la faute dolosive. Mais il a fallu attendre quelques temps pour voir enfin arriver cette autonomie tant sollicitée. Tout est parti d'une décision par laquelle la Cour de cassation a cassé un arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas répondu à l'argument d'un assureur qui soutenait ne pas devoir sa garantie, la faute de l'assuré étant dolosive⁴⁵⁴. Puis par un arrêt du 7 octobre 2008, elle a jugé, à propos d'un entrepreneur auquel on ne pouvait certes pas reprocher d'avoir voulu le dommage, mais qui s'était abstenu volontairement d'exécuter les travaux conformément aux prévisions contractuelles et violé ainsi délibérément par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles, qu'il avait commis « *une faute dolosive ayant pour effet de retirer au contrat d'assurance son caractère aléatoire* »⁴⁵⁵. Ensuite dans un arrêt du 28 février 2013, la Cour décide que l'assureur devait la garantie des sinistres en séries provoqués par les multiples défaillances de la motorisation électrique installée par l'assuré. Pour ce faire, elle approuve les juges du fond qui ont considéré que : « *l'assureur ne caractérisait ni une faute intentionnelle ni une faute dolosive au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances* », l'assuré n'ayant ni voulu causer le dommage tel qu'il était survenu, ni fait disparaître tout aléa du seul fait de sa volonté⁴⁵⁶. D'après cet arrêt, il y aurait donc eu faute intentionnelle si et seulement si, les faits démontrent que l'assuré a voulu causer le dommage tel qu'il est survenu et une faute dolosive exclusive de garantie s'il est démontré que la faute volontaire de l'assuré a fait disparaître tout aléa.

⁴⁵³ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2000, n° 98-10. 744, *RGDA* 2000, p 1055, note J. KULLMANN.H.GROUTEL, *L'appréciation de l'aléa et de la faute intentionnelle dans le contrat d'assurance*, *RCA* 2000, chr. n° 24, *Rapp. C. cass.* 2000, *Doc. fr.* 2001, p. 40.

⁴⁵⁴ Cass. 3^e civ., 27 juin 2001, n° 99-21.017 et 99-21.284, *Bull. civ. III*, n° 83, *Rev. Lamy drt. Aff.* 2001, n° 2626, obs. P. MANDAK.

⁴⁵⁵ Cass. 3^e civ., 7 oct. 2008, n° 07-17969, *RGDA* 2008, p. 912, obs. J. KULLMANN.

⁴⁵⁶ Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, n° 12-12.813, *JurisData* n° 2013-003156 ; *RCA* 2013, comm. 197, D. BAKOUCHE.

154. C'est enfin, dans la continuité de cette entreprise de l'autonomie de la faute dolosive, que la Cour de cassation a rendu son arrêt du 12 septembre 2013 dans lequel elle approuve les juges du fond d'avoir décidé que l'assuré, « *bien que n'ayant pas recherché les conséquences dommageables qui en sont résultées* », avait « *volontairement tenté de franchir le cours d'une rivière avec un véhicule non adapté à cet usage et qu'il avait ainsi commis une faute dolosive excluant la garantie de l'assureur, en ce qu'elle faussait l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque* »⁴⁵⁷.

155. Avec ces arrêts, et ce dernier en particulier, la Cour de cassation revient non seulement sur l'une de ses anciennes préoccupations qui est l'autonomie de la faute dolosive, mais aussi et surtout semble avoir enfin entendu le plaidoyer de la doctrine qui n'a jamais cessé de réclamer cette autonomie, la faute dolosive étant expressément prévue par le législateur comme cause autonome d'exclusion légale de la garantie d'assurance. Une solution considérée comme justifiée par son fondement juridique (art. L113-1 C. assur.), et surprenante par son application à un cas de responsabilité délictuelle, car jusque-là, l'autonomie de la faute dolosive n'a été revendiquée et parfois admise, que dans le cadre des assurances de responsabilité contractuelle⁴⁵⁸. Or, en l'occurrence, cet accident de la circulation ne fait intervenir qu'une assurance de responsabilité délictuelle. On constate donc que cette autonomie de la faute dolosive a un domaine plus vaste que la seule responsabilité contractuelle dans laquelle l'inadaptation de la conception classique de la faute intentionnelle a de plus été critiquée par la doctrine. Par conséquent, la faute dolosive exclusive de garantie peut être retenue sur le double fondement de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Ce qui dépasse largement les revendications doctrinales déjà évoquées.

⁴⁵⁷ Cass. 2^e civ., 12 sept. 2013, n° 12-24.650, Bull. Civ. II, n° 168; JurisData n° 2013-019190 ; RCA 2014, comm. 360 ; voir J. KULLMANN, « L'assuré fautif : après le faisan et le malfaisant, le risque-tout », RGDA 2014, p. 8, JCP G 2014, note 383, Péliissier A. ; D. BAKOUCHE, « La faute dolosive exclusive de garantie », RCA 2013, étude 8.

⁴⁵⁸ Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, 12-12813, revue numérique en droit des assurances 2013, n° 30, act. jurispr., note A. ASTEGIANO-LA RIZZA.

156. Malgré le fait que dans cet arrêt précité du 12 septembre il est question d'un dommage causé à soi-même, la consécration de la faute dolosive, y compris en assurance de responsabilité civile délictuelle est cependant une solution qui est largement approuvée par la doctrine dont une grande partie partage les propos d'une auteure ayant souligné que « *la vocation de l'assurance n'est pas de couvrir des dommages que le comportement de malhonnête ou la négligence délibérée de l'assuré ont rendu non aléatoires* »⁴⁵⁹. En effet, il a été constaté dans cet arrêt que l'assuré a emprunté la route qui « *conduisait directement dans la rivière* », et qu'il « *connaissait la configuration des lieux puisqu'il y pratiquait la chasse* ». Autant d'éléments qui excluent toute erreur de l'assuré, mais caractérisent bien, au contraire, la volonté de traverser la rivière avec son véhicule pourtant inadapté à une telle manœuvre. Ce qui ne laisse aucun doute sur la nature dolosive de la faute commise par l'assuré.

157. Au regard de ces arrêts consacrant l'autonomie de la faute dolosive, il est possible d'affirmer que conformément à la volonté du législateur (art. 12 de la Loi de 1930, devenu L113-1 C. assur.), la jurisprudence admet désormais (du moins depuis les deux arrêts de 2013 précités⁴⁶⁰) à côté de la traditionnelle faute intentionnelle subjective qui se réfère uniquement à l'intention de l'assuré (« *volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu* »), la faute dolosive ou faute intentionnelle objective qui dépasse l'intention de l'assuré pour se référer aux conséquences de sa faute volontaire sur l'aléa (elle porte atteinte à l'aléa, « *l'essence du contrat d'assurance* » *même s'il n'a « pas recherché les conséquences dommageables qui en résultent* »), comme fondement autonome de l'exclusion légale de garantie. Dans le cadre de cette faute dolosive peu importe donc l'intention de l'assuré auteur de la faute. « *La question que doit se poser le juge consiste donc à savoir si les faits perpétrés laissent encore ou non place à l'aléa* »⁴⁶¹ dans la survenance du risque couvert.

⁴⁵⁹ M. ASSELAIN, « Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction », *RCA* 2009, étude 6.

⁴⁶⁰ Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, n° 12-12.813, *JurisData* n° 2013-003156 et Cass. 2^e civ., 12 sept. 2013, n° 12-24.650, *Bull. Civ. II*, n° 168.

⁴⁶¹ H. MAGREAT, *Les péripéties de la faute intentionnelle en assurance*, Assur. fr. 1975, p. 397.

Ainsi, contrairement à ceux qui pensent que la faute dolosive ou faute intentionnelle objective a été abandonnée⁴⁶² (avant de tempérer leurs propos par une possible évolution de la jurisprudence qui nuance la position de la Cour de cassation⁴⁶³), elle serait désormais caractérisée et entraînera l'exclusion de la garantie de l'assureur, chaque fois que l'assuré se rendrait coupable d'une faute volontaire qui porte atteinte à l'aléa, en faisant « *disparaître tout aléa du seul fait de sa volonté* »⁴⁶⁴ ou faussant⁴⁶⁵ « *l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque* »⁴⁶⁶.

⁴⁶² En ce sens, S. ABRAVANEL-JOLLY et A. ASTEGIANO-LA RIZZA, « La faute intentionnelle, le caractère mouvant de la jurisprudence est-il intentionnel ? *www.actuassurance.com* (devenue bulletin Juridique des Assurances « *BJDA*) 2014, n° 36, RAC ; S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances, op. cit.*, note 246, n°s 328 et 339, pp. 126 et 132.

⁴⁶³ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances, op. cit.*, note 246, n°s 340-341, pp. 133-135. Pour conclure à cette possible évolution de la jurisprudence qui nuance la position de la Cour de cassation, l'auteure se réfère à trois arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour, à savoir les deux arrêts de 2013 (Cass. 2° civ., 28 févr. 2013, n° 12-12813 et 12 sept. 2013, n° 12-24650) et un arrêt de juin 2012 (Cass. 2° civ., 14 juin 2012, n° 11-17367, *www.actuassurance.com* (devenue bulletin Juridique des Assurances « *BJDA*) 2012, n° 27, act. Jurispr., note D. KRAJESKI) par lequel la Cour retient la faute intentionnelle d'un dirigeant de société qui, après avoir obtenu par avenant la garantie des amendes et pénalités civiles prononcées à l'issue d'une enquête ou instruction judiciaire ou administrative, a été condamné à une amende, car il aurait ainsi « *eu la volonté et la conscience de mettre à la charge de son propre assureur (garantissant des amendes et pénalités civiles) les conséquences de ses fautes* ».

⁴⁶⁴ Cass. 2° civ., 28 févr. 2013, n° 12-12.813, *JurisData* n° 2013-003156 ; *RCA* 2013, comm. 197, D. BAKOUCHE. C'est également la position du professeur A. PELISSIER (voir : A. PELISSIER, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* 03 févr. 2015, n° 111v3, p. 75.

⁴⁶⁵ Si en exigeant pour la caractérisation de la faute dolosive exclusive de garantie, « *une faute volontaire faisant disparaître tout aléa du seul fait de la volonté de l'assuré* » l'arrêt du 28 févr. (Cass. 2° civ., 28 févr. 2013, n° 12-12.813) est clair et ne posera aucune difficulté d'application, en l'absence de critère précis, l'expression « *faute volontaire faussant l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque* » utilisée par la Cour dans son arrêt 12 septembre 2013 ne permet pas savoir à partir de quel degré d'altération de l'aléa sera caractérisée la faute dolosive exclusive de garantie. Ce qui risque d'engendrer pas mal de difficultés dans la pratique.

⁴⁶⁶ Cass. 2° civ., 12 sept. 2013, n° 12-24650, *Bull. Civ. II*, n° 168 ; *JurisData* n° 2013-019190 ; *RCA* 2014, comm. 360 ; v. J. KULLMANN, « L'assuré fautif : après le faisant et le malfaisant, le risque-tout », *RGDA* 2014, p. 8, *JCP G* 2014, note 383, A. PELISSIER ; D. BAKOUCHE, « *La faute dolosive exclusive de garantie* », *RCA* 2013, étude 8.

En effet, si la chambre commerciale⁴⁶⁷ et la troisième chambre civile⁴⁶⁸ de la Cour de cassation persistent encore à retenir la conception classique unitaire de la faute intentionnelle (« volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu »), la première et la deuxième chambre civile en charge du contentieux de l'assurance quant à elles adoptent dorénavant une conception binaire de la faute intentionnelle exclusive de garantie en retenant à côté de la faute intentionnelle *stricto sensu* ou subjective, la faute dolosive ou faute intentionnelle objective et ce depuis les deux arrêts de 2013 précités rendus par ladite deuxième chambre civile qui maintient sa reconnaissance de l'autonomie de la faute dolosive⁴⁶⁹.

158. Dès lors, si avec l'interprétation classique de l'article L113-1 du Code des assurances assimilant la faute dolosive à la faute intentionnelle les juges ne retenaient qu'un seul motif d'exclusion légale de garantie, avec cette interprétation moderne distinguant clairement les deux notions, la donne a totalement changé, car la Cour de cassation retiendra dorénavant les deux motifs d'exclusion mentionnés par la loi au lieu d'un seul retenu jusque-là. La faute intentionnelle pour les dommages purement volontaires et la faute dolosive pour ceux que « *le comportement de malhonnête ou la négligence délibérée de l'assuré ont rendu non aléatoires* »⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Cass. Com. 20 nov. 2012, n° 11-27033 ; Cass. Com. 30 oct. 2012, n°s 11-20591 et 11-21846.

⁴⁶⁸ Cass. 3^e civ. 11 juill. 2012, n°s 10-28535, *Bull. civ. III*, n° 106 ; 11-16414 et 11-17043 ; Cass. 3^e civ. 1^{er} juill. 2015, n°s 14-19826 et n° 14-50038, [www. Actuassurance.com](http://www.Actuassurance.com) (devenue bulletin Juridique des Assurances « *BJDA* ») 2015, n° 42, note L. DE GRAËVE ; *RCA* 2015, comm. 304, note H. GROUDEL.

⁴⁶⁹ Cass. 2^e civ., 24 mars 2016, n° 15-16765 ; Cass. 2^e civ., 4 févr. 2016, n° 15-10363 ; Cass. 2^e civ., 22 oct. 2015, n° 14-25494 ; Cass. 2^e civ., 5 mars 2015, n° 14-10790 ; Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-18844.

⁴⁷⁰ M. ASSELAIN, « Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction », *RCA* 2009, étude 6.

Cependant, comme l'inassurabilité, notamment légale, est, et doit demeurer une exception, pour ne pas « élargir son périmètre à des proportions considérables, au détriment de la protection des assurés et des tiers-victimes »⁴⁷¹, il est souhaitable que la jurisprudence, la deuxième chambre civile en particulier, retienne *une conception subjective* de la faute dolosive inassurable⁴⁷² en le définissant comme étant : « *la faute volontaire entraînant des conséquences dommageables inéluctables dont l'assuré a eu ou aurait dû avoir conscience* »⁴⁷³ et non pas une *conception objective* qui la définira comme étant « la faute volontaire de l'assuré entraînant objectivement un dommage inéluctable indépendamment de la psychologie de celui-ci »⁴⁷⁴.

159. La réclamation et la consécration de cette faute dolosive exclusive de garantie, ou du moins son autonomie, ayant pour but de responsabiliser les assurés en frappant d'inassurabilité leurs actes incompatibles avec l'assurance, il est également souhaitable de lui consacrer un régime juridique propre, différent de celui de la faute intentionnelle *stricto sensu* (et non pas comme le suggèrent certains⁴⁷⁵ soumettre les notions qui sont désormais distinctes à un même régime juridique). Un régime qui la rendra d'une part, inopposable aux tiers-victimes, et d'autre part, lorsque l'aléa n'a pas totalement disparu mais n'est que partiellement altéré ou « faussé » (pour employer le terme utilisé par la Cour dans son arrêt de 12 septembre 2013), qu'il y ait non pas exclusion de garantie, mais « une réduction proportionnelle de l'indemnité qui serait une sanction plus mesurée et plus appropriée »⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ F. LEDUC, « Faute de l'assuré excluant l'aléa : autonomie de la faute dolosive (suite) », *RDC* 2014, n° 1105, p. 239.

⁴⁷² Même si, il est vrai que dans l'arrêt du 12 septembre 2013 précité, c'est une conception objective qui a été retenue, puisque c'est « le double constat du caractère volontaire de la faute et du caractère inéluctable du dommage en résultant [qui a permis de] caractériser la faute dolosive, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la conscience que pouvait avoir l'assuré de l'inéluctabilité des conséquences dommageables de ses agissements » : (F. LEDUC, « Faute de l'assuré excluant l'aléa : autonomie de la faute dolosive (suite) », *RDC* 2014, n° 1105, p. 239).

⁴⁷³ *Id.*

⁴⁷⁴ *Id.*

⁴⁷⁵ *Id.*

⁴⁷⁶ J. KULLMANN, « L'assuré fautif : après le faisant et le malfaisant, le risque-tout » : *RGDA*, janv. 2014, p. 8, n° 1103.

Ce régime et cette conception subjective de la faute dolosive exclusive de garantie permettront d'une part, de ne pas considérer la faute dolosive comme « *catégorie résiduelle, accueillant toutes les fautes volontaires ayant rendu objectivement le dommage inéluctable (ce qui a pu être qualifié de « pouvoir phagocytaire de la faute dolosive »⁴⁷⁷)* »⁴⁷⁸, et d'autre part, de concilier responsabilisation des assurés et efficacité de l'assurance, bien que certains⁴⁷⁹ pensent à ce propos que « seule la disparition totale de l'aléa » garantit cet équilibre. D'où la nécessité d'analyser de façon plus détaillée le régime juridique de la faute intentionnelle en assurances de dommages.

II – RÉGIME JURIDIQUE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

160. Les dispositions légales des droits français et québécois des assurances qui régissent les assurances de dommages posent un principe qui est l'exclusion légale absolue de la faute intentionnelle de l'assuré (A) auquel elles apportent une exception qu'est la garantie de la faute intentionnelle des personnes dont l'assuré est civilement responsable (B).

A – LE PRINCIPE D'INASSURABILITÉ DE LA FAUTE INTENTIONNELLE DE L'ASSURÉ

161. Ce principe d'inassurabilité légale absolue de la faute intentionnelle de l'assuré résulte des articles L113-1 alinéa 2 du Code des assurances et 2464 alinéa 1 du Code civil du Québec qui prévoient respectivement que « [...] *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* » ; « [*l'assureur*] *n'est [...] jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré. [...]* ». La portée de ce principe légal d'inassurabilité doit être précisée quant à la détermination de l'assuré visé par l'exclusion (1) et quant à la mise en œuvre de cette exclusion (2).

⁴⁷⁷ F. LEDUC, obs. sur Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, n° 12-12813, 11-28247, *RDC* 2013, p. 1435.

⁴⁷⁸ A. PELISSIER, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* 03 févr. 2015, n° 111v3, p. 75.

⁴⁷⁹ « Seule une disparition totale de l'aléa garantit un équilibre entre la sanction procurée, l'exclusion de la garantie, et les conséquences de sa faute, comme l'exposaient déjà Picard et Besson : « ce serait exposer l'assuré à un risque d'arbitraire que d'appliquer la théorie du curseur selon laquelle le risque cessait d'être assurable à partir d'une certaine dose d'altération de l'aléa. Mais laquelle ? Lorsque l'aléa est altéré à 50 %... ? » : (A. PELISSIER, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* 03 févr. 2015, n° 111v3, p. 75.).

1 – LA DÉTERMINATION DE L'ASSURÉ

162. L'assuré dont la faute intentionnelle est légalement exclue de la garantie d'assurance est la personne sur la tête ou les intérêts de laquelle pèse le risque couvert par le contrat d'assurance. En assurances de choses c'est la personne qui a intérêt à la conservation de la chose assurée et pas nécessairement son propriétaire⁴⁸⁰. Et en assurance de responsabilités et de personnes, c'est celui qui est menacé dans sa personne même ou dans son patrimoine. Cette qualité résulte en principe de la police d'assurance, mais lorsque l'assuré est une personne morale, c'est à l'égard de son dirigeant de fait ou de droit que la jurisprudence apprécie la faute intentionnelle⁴⁸¹.

163. A côté de ces hypothèses simples se trouvent cependant d'autres plus complexes. En effet, il peut arriver qu'il y ait plusieurs assurés mais qu'un seul d'entre eux commet une faute intentionnelle. Se pose alors la question de savoir si la garantie de l'assureur demeure ou non à l'égard des assurés qui n'ont pas commis de faute intentionnelle. Logiquement seul l'assuré auteur de la faute intentionnelle doit être impacté par l'exclusion légale, comme le prévoit d'ailleurs le législateur québécois qui rappelle que, « *en cas de pluralité d'assurés, l'obligation de garantie demeure à l'égard des assurés qui n'ont pas commis de faute intentionnelle* »⁴⁸². Ce qui confirme le caractère personnel de la faute intentionnelle légalement exclusive de garantie. C'est ainsi que lorsqu'il s'agit de concubins copropriétaires ou de conjoints communs en biens et qui sont coassurés, la jurisprudence admet l'exclusion légale de garantie en raison de la faute intentionnelle commise par l'un à l'égard de l'autre⁴⁸³. Et lorsque c'est un seul d'entre eux qui est l'assuré et que l'autre a commis une faute intentionnelle, la Cour de cassation a d'abord retenu l'exclusion légale⁴⁸⁴ avant de finir par l'écarter⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ Cass. 2^e civ., 6 oct. 2011, n° 10-24309 ; Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2005, n° 03-15497

⁴⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2004, *Bull. civ. I*, n° 108 ; Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 03-21024 ; *Marché St-Grégoire Inc. c. Compagnie d'assurances Continentale du Canada*, (C.A., 1998-02-19), SOQUIJ AZ-98011240, J.E. 98-506, [1998] R.R.A. 306, REJB 1998-04836.

⁴⁸² Art. 2464 al. 1 C.c.Q. Voir également en ce sens *Audet c. Transamerica Life Canada*, (C.A., 2012-09-27), 2012 QCCA 1746, SOQUIJ AZ-50898699, 2012EXP-3597, J.E. 2012-1924, [2012] R.J.Q. 1844, EYB 2012-211850.

⁴⁸³ Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, *Bull. Civ. I*, n° 277.

⁴⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1970, n° 68-13.053, *RGAT* 1970, p. 516, note A. BESSON. Certains expliquent cette décision par l'existence d'une société de fait entre les deux concubins, ce qui aurait amené les juges à en déduire que chacun des concubins avait la qualité d'assuré (v. *Lamy Assurances* 2016, n° 180).

⁴⁸⁵ Cass. 2^e civ., 26 juill. 2005, *RGDA* 2005, 915, note L. MAYAUX

Mais lorsqu'il s'agit de l'assurance pour compte, il arrive que l'assuré pour compte soit victime d'un dommage causé intentionnellement par celui qui a souscrit le contrat. Dans ce cas, les juges ont décidé que l'assureur peut opposer la faute intentionnelle de son assuré au bénéficiaire d'une assurance souscrite pour le compte de qui il appartiendra, car ce dernier ne peut avoir plus de droits que le stipulant⁴⁸⁶. C'est également dans la même logique qu'a été décidé que « la faute intentionnelle du souscripteur du contrat d'assurance souscrit pour le compte du propriétaire des locaux, [fait] obstacle, en vertu de l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances, à la garantie de l'assureur, cette exclusion étant opposable, par application de l'article L. 112-1 alinéa 3 du même Code au bénéficiaire de l'assurance »⁴⁸⁷.

164. Ces décisions portent atteinte à ce caractère personnel de la faute intentionnelle légalement exclue de la garantie d'assurance. Un caractère qui, à priori, ne fait pourtant plus débat⁴⁸⁸. Ce qui fait d'ailleurs dire à certains⁴⁸⁹ que cette solution de la Cour de cassation est porteuse de « confusion ». L'exclusion légale de la faute intentionnelle ne trouve donc pas d'application lorsque l'auteur de la faute n'est pas un assuré⁴⁹⁰. D'où la nécessité d'apporter de preuves tangibles pour sa mise œuvre.

2 – MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'INASSURABILITÉ DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

165. Il ne suffit pas d'invoquer la faute intentionnelle pour qu'il y ait exclusion de garantie. La mise en œuvre de cette exclusion légale est bien encadrée. En effet, l'assurance de dommages se subdivise en assurances de biens et en assurances de responsabilités. Dans les premières, la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré s'apprécie vis-à-vis de l'assureur, le sinistre étant volontairement causé dans le but d'obliger ce dernier à exécuter sa prestation.

⁴⁸⁶ *John Deere Ltd. c. Promutuel Lac St-Pierre — Les Forges, société mutuelle d'assurances générales*, (C.S., 2012-07-17), 2012 QCCS 3273, SOQUIJ AZ-50874107, 2012EXP-2919, J.E. 2012-1554, EYB 2012-209161.

⁴⁸⁷ Civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, *RGAT* 1994, 1118, note L. MAYAUX.

⁴⁸⁸ Outre l'article 2464 al. 1 C.c.Q., voir en ce sens le commentaire du ministre de la justice sous ce texte.

⁴⁸⁹ *Traité du contrat d'assurance terrestre* (ss.dir.) H. GROUDEL, Paris, Litec 2008, n° 576.

⁴⁹⁰ *Compagnie d'assurances Bélair Inc. c. GMAC Location ltée*, (C.A., 2005-06-28), 2005 QCCA 663, SOQUIJ AZ-50322331, J.E. 2005-1396, [2005] R.R.A. 714, EYB 2005-92513.

Et dans les secondes, elle s'apprécie vis-à-vis de la victime du dommage résultant du sinistre volontaire. S'il appartient à l'assuré de prouver l'existence d'un contrat valide avec l'assureur, la survenance d'un sinistre couvert et l'étendue des dommages découlant du sinistre⁴⁹¹, c'est à l'assureur qui souhaite se décharger de son obligation de garantie qu'il incombe de prouver les faits qui en justifient ou comme le dit la jurisprudence, il incombe « à l'assureur qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion »⁴⁹² et « nonobstant toute convention contraire »⁴⁹³. Autrement dit, il appartient à l'assuré de prouver la couverture et à l'assureur de prouver l'exclusion⁴⁹⁴.

166. Ce régime de la preuve résulte des articles 1315 du Code civil (devenu 1353 avec la réforme de 2016) et 2803 du Code civil du Québec qui prévoient respectivement que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » et « celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée. ». Enfin, la mise en œuvre de l'exclusion légale de la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré nécessite d'établir le lien entre ladite faute et le dommage dont l'assuré réclame la garantie. Le geste fautif doit être le moyen ayant permis d'atteindre le dommage causé par l'assuré. A défaut de ce lien de cause à effet, l'exclusion légale ne peut être mise en œuvre sur ce fondement et l'assureur sera tenu d'honorer son obligation de garantie.

⁴⁹¹ *Poirier c. Axa Assurances Inc.*, (C.Q., 2005-03-08), SOQUIJ AZ-50305441, B.E. 2005BE-583, [2005] R.L. 144, 2005 CanLII 9262

⁴⁹² Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1980, RGAT 1981, 51, note A. BESSON ; *Therriault c. Barreau du Québec*, (C.A., 2003-03-20), SOQUIJ AZ-50167297, J.E. 2003-642, [2003] R.R.A. 370, [2003] Q.J. No. 2410 (Q.L.), A.E./P.C. 2003-2354, REJB 2003-38976 ; *Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie c. Savary-Aubin*, (C.S. Can., 1979-05-31), SOQUIJ AZ-79111101, [1979] 2 R.C.S. 298.

⁴⁹³ Cass. 1^{re} civ., 2 avril 1997, RGDA 1997, 737, note M-H. MALEVILLE

⁴⁹⁴ *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*, (C.A., 2006-06-28), 2006 QCCA 887, SOQUIJ AZ-50380301, J.E. 2006-1358, [2006] R.R.A. 556, EYB 2006-107158 ; *Files à coudre Allied Threads Inc. c. Liberty Mutual Fire Insurance Co.*, (C.A., 1997-07-04), SOQUIJ AZ-97011654, J.E. 97-1473, [1997] R.R.A. 693 (rés.), [1997] Q.J. No. 2292 (Q.L.), REJB 1997-01912, 1997 CanLII 10756.

B – EXCEPTION : GARANTIE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE DES PERSONNES DONT L'ASSURÉ EST CIVILEMENT RESPONSABLE

167. Après avoir consacré le principe d'exclusion légale de la faute intentionnelle de l'assuré, les législateurs français et québécois prévoient par exception la garantie de la faute intentionnelle des personnes dont celui-ci est civilement responsable. Pour le premier, « l'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du code civil [ancien article 1384], quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes »⁴⁹⁵ et pour le second, « lorsque l'assureur est garant du préjudice que l'assuré est tenu de réparer en raison du fait d'une autre personne, l'obligation de garantie subsiste quelles que soient la nature et la gravité de la faute commise par cette personne »⁴⁹⁶. Pour comprendre la portée de ces textes, il est nécessaire d'analyser leur domaine d'application (1) et les conditions de leur mise en œuvre (2).

1 – DOMAINE D'APPLICATION

168. Cette exception au principe d'inassurabilité légale de la faute intentionnelle est une spécificité des assurances de dommages. En effet, consacrée par les règles générales des assurances de dommages, la garantie de la faute intentionnelle des personnes dont l'assuré est civilement responsable ne s'applique tout naturellement pas aux assurances de personnes. Et s'il est logique de penser qu'elle s'applique à la fois aux assurances de biens et aux assurances de responsabilités qui sont les deux composantes des assurances de dommages, la Cour de cassation après l'avoir appliqué aux assurances de biens⁴⁹⁷ (ou de choses conformément aux termes utilisés par le législateur français) décide quelques années plus tard que les dispositions de l'article L121-2 du Code des assurances « *n'ont vocation à s'appliquer que si un tiers a été victime du fait d'une personne dont l'assuré est civilement responsable* »⁴⁹⁸. Ce qui suppose que seules les assurances de responsabilités entrent dans le domaine d'application de ces textes et les assurances de biens sont de facto exclues.

⁴⁹⁵ Art. L121-2, C. assur.

⁴⁹⁶ Art. 2464 al. 2, C.c.Q.

⁴⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, n° 90-18.018 *RGAT* 1994, p. 525, note J. KULLMANN ; *RCA* 1994, comm. 151.

⁴⁹⁸ Cass. 1^{re} civ. 5 déc. 2000, *Bull. civ.* I, n° 312 ; *RGDA* 2001, 115, note L. MAYAUX ; P. VALLIER, « Le retour de l'article L. 121-2 du Code des assurances dans son domaine naturel d'application : les assurances de responsabilité », *RCA* 2001, chron. 8.

169. Quant aux personnes concernées par cette exception légale d'inassurabilité de la faute intentionnelle, le législateur français vise les « personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du code civil ». Il en est de même du législateur québécois qui, sans se référer à un texte particulier, vise *la personne du fait de laquelle l'assuré est responsable*. Dans son interprétation de l'article 1384 C. civ., (devenu 1242), qui dispose à ses alinéas 1, 4,5 et 6 « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. [...] Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.* », la Cour de cassation sur le fondement de l'alinéa premier de ce texte, a à travers l'arrêt Blicck rendu par l'Assemblée plénière le 29 mars 1991, consacré un principe général de la responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, outre les personnes expressément visées dans ce texte, à savoir *les enfants, les domestiques et préposés et enfin les élèves et apprentis*, sont inclus dans la notion de responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre, les mandataires⁴⁹⁹, les pensionnaires d'une institution et le mineur sous tutelle.

⁴⁹⁹ A titre d'employeur, l'assuré est garant de la faute intentionnelle commise par une personne dont il a laissé croire qu'elle était son préposé, employé ou mandataire (*Royal & SunAlliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449).

170. Quant aux fautes concernées par cette exception au principe d'inassurabilité légale de la faute intentionnelle, en exigeant la garantie de l'assureur « quelles que soient la nature et la gravité de la faute des personnes dont l'assuré est civilement responsable », les législateurs français et québécois visent toute sorte de faute qu'elle soit grave, inexcusable⁵⁰⁰, lourde⁵⁰¹, dolosive ou même intentionnelle⁵⁰². Toutefois, si l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est en principe subrogé dans les droits de l'assuré contre l'auteur du dommage, jusqu'à concurrence des indemnités qu'il a payées⁵⁰³, il est totalement privé de ce droit à l'égard de certaines personnes. En effet, pour le législateur québécois, « *l'assureur ne peut jamais être subrogé contre les personnes qui font partie de la maison de l'assuré* »⁵⁰⁴ et pour le législateur français « *l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes* »⁵⁰⁵.

171. En écartant la subrogation légale de l'assureur à l'égard des personnes visées par ces textes ci-dessus, le législateur leur accorde une immunité dans le seul but de permettre aux dispositions exigeant la garantie des fautes causées par les personnes dont l'assuré est civilement responsable⁵⁰⁶ de produire pleinement leur effet.

⁵⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 mars 1991, *RGAT* 1991, p. 633, note R. BOUT ; Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 1973, *RGAT* 1974, p. 214, obs. A. BESSON.

⁵⁰¹ *Larrivée c. Murphy*, (C.A., 2014-02-19), 2014 QCCA 305, SOQUIJ AZ-51046664, 2014EXP-704, J.E. 2014-362, EYB 2014-233413 ; *Royal & SunAlliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449.

⁵⁰² Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 1977, *RGAT* 1977.500, *D.* 1977.IR.463 ; Cass. civ., 12 nov. 1940, *RGAT* 1941.40, *Gaz. Pal.* 1940.2.210 ; *Royal & SunAlliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449 ; *Audet c. Transamerica Life Canada*, (C.A., 2012-09-27), 2012 QCCA 1746, SOQUIJ AZ-50898699, 2012EXP-3597, J.E. 2012-1924, [2012] R.J.Q. 1844, EYB 2012-211850.

⁵⁰³ Art. 121-12 al. 1, C. assur. et 2474 al. 1 C.c.Q.

⁵⁰⁴ Art. 2474 al. 2, C.c.Q.

⁵⁰⁵ Art. 121-12 al. 3, C. assur.

⁵⁰⁶ Art. 2464 al. 2 C.c.Q. et L121-2, C. assur.

Mais à la différence du législateur québécois qui n'accorde cette immunité qu'aux seules « *personnes qui font partie de la maison de l'assuré* »⁵⁰⁷ et ce, peu importe leur attitude ou comportement, son homologue français quant à lui l'accorde à *toutes les personnes dont l'assuré est civilement responsable, sauf à ceux qui commettent une malveillance*. En sachant que, a été considéré malveillant celui qui commet une faute intentionnelle visant l'assuré⁵⁰⁸. Donc une immunité inconditionnelle accordée à un petit nombre de personnes en droit québécois, et une immunité conditionnelle accordée à un grand nombre de personnes en droit français. Mais le nombre de personnes bénéficiant de cette immunité en droit québécois n'est petit qu'en apparence, car contrairement à la jurisprudence française qui décide que « *l'immunité édictée par l'alinéa 3 de l'article L121-12 du Code des assurances ne bénéficie qu'aux personnes visées au texte et ne fait pas obstacle à l'exercice, par l'assureur qui a indemnisé la victime, de son recours subrogatoire contre l'assureur de responsabilité de l'une de ces personnes* »⁵⁰⁹, celle québécoise décide quant à elle que « *l'assureur n'ayant pas le droit d'être subrogé contre une personne qui fait partie de la maison de l'assuré, n'a pas de recours contre l'assureur de cette personne* »⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Art. 2474 C.c.Q. « L'objectif de [ce texte] est d'éviter qu'un assureur intente un recours contre une personne que l'assuré n'aurait pas choisi de poursuivre. En conséquence, l'expression « *faire partie de la maison* » doit s'interpréter à la lumière de cet objectif qui, [...], implique un certain degré d'intimité et de proximité à l'intérieur de la cellule familiale » : *Desjardins Assurances générales Inc. c. Promutuel Lac Saint-Pierre — Les Forges, société mutuelle d'assurances générales*, (C.A., 2014-10-09), 2014 QCCA 1878, SOQUIJ AZ-51114619, 2014EXP-3248, J.E. 2014-1844, EYB 2014-243096. Et la qualification de personne faisant partie de la maison de l'assuré ne découle pas du titre ou du statut de celle-ci, mais plutôt du rôle qu'elle joue auprès de l'assuré à l'intérieur de sa vie domestique. Fait partie de la maison de l'assuré un membre de sa famille immédiate ou encore un préposé exécutant une tâche domestique souvent répétée, suivant un agenda précis et pour une durée indéterminée. Peut aussi y être inclus temporairement celui qui, en raison d'une surveillance étroite et constante de la part de l'assuré, prolonge en quelque sorte l'activité même de ce dernier : (*Compagnie d'assurances Missisquoi c. Duquette*, (C.A., 1996-06-11), SOQUIJ AZ-96011702, J.E. 96-1296, [1996] R.J.Q. 1479, [1996] R.R.A. 601 (rés.), REJB 1996-29250, 1996 CanLII 5688). Il en est de même des personnes qui habitent ou résident habituellement dans la maison de l'assuré, indépendamment de leurs liens de parenté avec l'assuré, de même que les personnes qui, sans y habiter ou y résider, y exercent un travail sur une base régulière, comme les domestiques : (*Gagné c. Groupe La Laurentienne*, (C.A., 1990-07-12), SOQUIJ AZ-90011854, J.E. 90-1154, [1990] R.J.Q. 1819, [1990] R.R.A. 746 (rés.), [1990] Q.J. No. 1230 (Q.L.), EYB 1990-63538). Bref, « *l'expression faire partie de la maison de l'assuré* » implique soit une notion d'intimité familiale basée sur le sang, l'alliance ou autre relation personnelle, soit une activité exercée dans l'intérêt de l'assuré, pour son bénéfice, à sa demande ou avec son consentement : (*Tinmouth c. Leclerc*, (C.A., 1992-09-28), SOQUIJ AZ-92011989, J.E. 92-1506, [1992] R.R.A. 807, 1992 CanLII 3489). Quant à l'expression « maison de l'assuré », elle n'est pas limitée à la notion de résidence, elle s'applique aussi aux établissements commerciaux et industriels : (*Martel c. Martel*, (C.A., 1999-04-15), SOQUIJ AZ-50061971, J.E. 99-852, [1999] R.R.A. 258, REJB 1999-11882, [1999] Q.J. No. 1217 (Q.L.)).

⁵⁰⁸ Cass. ass. plén., 13 nov. 1987, n° 86-17.185, *Bull. civ.* 1987, *RGAT* 1998, p. 111, concl. CHARBONNIER et note R. BOUT.

⁵⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1993, n° 90-18.148, *RCA* 1994, comm. 29 et chron. 3, par H. GROUDEL ; *D.* 1994, jurispr. p. 235, note B. BEIGNIER ; *RGAT* 1994, p. 121, note F. VINCENT.

⁵¹⁰ *Zurich Canada, compagnie d'indemnité c. Société mutuelle d'assurances générales du Saguenay*, (C.S., 2001-08-24), SOQUIJ AZ-01022051, J.E. 2001-1940, [2001] R.R.A. 924, REJB 2001-26623 ; *Allstate, compagnie d'assurances c. General Accident, compagnie d'assurances du Canada*, (C.S., 1997-08-18), SOQUIJ AZ-97025044, [1997] R.R.A. 812, L.P.J. 97-0812, [1997] Q.J. No. 2902 (Q.L.) (appel rejeté par (C.A., 2000-12-04),

Ce qui renvoie à la mise en œuvre des textes exigeant la garantie des fautes causées par les personnes dont l'assuré est civilement responsable.

2 – MISE EN ŒUVRE

172. Dans la mise en œuvre de ces textes admettant par exception la garantie de la faute intentionnelle des personnes dont l'assuré est civilement responsable, la jurisprudence prohibe les exclusions subjectives (2.1) et valide celles objectives (2.2).

2.1 – PROHIBITION DES EXCLUSIONS SUBJECTIVES

173. En vertu de leur caractère d'ordre public, les dispositions des articles 2464 du Code civil du Québec⁵¹¹ et L121-2 du Code des assurances⁵¹² ne peuvent être écartées et ni même être limitées dans leur portée par une clause du contrat d'assurance. Par conséquent, est prohibée toute exclusion de garantie fondée soit sur le comportement de la personne dont l'assuré doit répondre civilement, soit sur la nature ou la gravité de la faute de celui-ci.

Il en est ainsi de la clause qui exclut de la garantie le dommage résultant d'un état d'aliénation mentale du fils de l'assuré⁵¹³, de celle limitant la garantie du fait d'autrui aux dommages causés par accident⁵¹⁴, mais aussi de celle excluant de la garantie la faute lourde⁵¹⁵ ou les dommages intentionnellement causés par les personnes dont l'assuré est civilement responsable⁵¹⁶. Dès lors, même si depuis belle lurette il est reconnu à l'assureur le droit de délimiter l'étendue de son engagement⁵¹⁷, la Cour de cassation ne manque de rappeler que si l'article L121-2 du Code des assurances « laisse aux parties la liberté de convenir du champ d'application du contrat et de déterminer la nature et l'étendue de la garantie, [...] l'assureur ne peut refuser sa garantie en fonction des distinctions fondées sur la nature ou la gravité de la faute de la personne dont l'assuré doit répondre »⁵¹⁸.

SOQUIJ [AZ-50081449](#), J.E. 2001-4, [2001] R.J.Q. 10, [2001] R.R.A. 63 (rés.), REJB 2000-21325, [2000] Q.J. n° 5222 (Q.L.).

⁵¹¹ Art. 2414 C.c.Q. ; *Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449 ; *Investissements René St-Pierre Inc. c. Zurich, compagnie d'assurances*, (C.A., 2007-09-24), 2007 QCCA 1269, SOQUIJ AZ-50451504, J.E. 2007-1920, [2007] R.R.A. 877, EYB 2007-124338.

⁵¹² Art. L111-2 C. assur. ; Cass. civ., 23 juin 1942, *D.* 1942, jurispr. p. 151 ; Cass. 2^e civ., 30 juin 2011, n° 09-14.227, *LEDA* 2011, comm. 123, note F. PATRIS, *RCA* 2011, comm. 303, obs. H. GROUDEL.

⁵¹³ Cass. 1^{re} civ. 26 nov. 1991, *RCA* 1992, n° 74 et chron. n° 5 par H. GROUDEL.

⁵¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 12 mars 1991, *JCP* 1991.II.21732, note J. BIGOT, *RGAT* 1991.663, obs. R. BOUT.

⁵¹⁵ *Larivée c. Murphy*, (C.A., 2014-02-19), 2014 QCCA 305, SOQUIJ AZ-51046664, 2014EXP-704, J.E. 2014-362, EYB 2014-233413 ; *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette Inc.*, (C.A., 2012-08-02), 2012 QCCA 1376, SOQUIJ AZ-50880656, 2012EXP-2925, J.E. 2012-1560, EYB 2012-209691.

⁵¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, *RCA* 1993, comm. 180.

⁵¹⁷ Cass. civ., 12 nov. 1940, *JCP G* 1941, II, 1640.

⁵¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1992, *RCA* 1992, comm. 243 et chron. 21 par H. GROUDEL.

Ce sont donc les exclusions subjectives qui sont prohibées, en raison de leur caractère discriminatoire, puisque fondées sur le comportement de la personne dont l'assuré doit répondre ou sur la nature ou la gravité de la faute de celle-ci.

2.2 – VALIDITÉ DES EXCLUSIONS OBJECTIVES

174. En vertu du principe de la liberté contractuelle qui caractérise le fonctionnement du contrat d'assurance et constamment rappelé par les juges⁵¹⁹, les dispositions des droits français et québécois (art. L121-2 C. assur. et 2464 al. 2 C.c.Q.) prévoyant la garantie de la faute intentionnelle des personnes dont l'assuré est civilement responsable, si elles n'admettent pas les exclusions qui visent à les contourner (exclusions subjectives), elles ne s'opposent pas à ce que le l'assureur et le souscripteur prévoient des exclusions objectives dont le but n'est autre que de déterminer la nature et l'étendue de leur engagement. C'est en ce sens que la Cour de cassation rappelle que ce texte « ne porte pas atteinte à la liberté des parties de convenir du champ d'application du contrat et de déterminer la nature et l'étendue de la garantie »⁵²⁰. Quant au droit québécois c'est dans le texte de loi même qu'on retrouve cette liberté contractuelle, puisque le législateur emploie le conditionnelle « *lorsque* »⁵²¹, contrairement à son homologue français qui est quant à lui affirmatif⁵²².

175. Excepté donc les risques dont la loi impose la garantie, notamment dans le cadre des assurances obligatoires avec ses clauses types, toute exclusion qui vise indistinctement l'assuré pour son fait personnel et pour le fait d'autrui serait valable⁵²³, si elle respecte bien sûr le formalisme exigé par la loi, à savoir être « *formelle, limitée et contenue dans la police* »⁵²⁴ ou « *expressément et limitativement stipulée dans le contrat* »⁵²⁵.

⁵¹⁹ *Id* ; « En dehors des prescriptions légales impératives, le contrat d'assurance est régi par la convention des parties » : Civ. 1re, 1^{re} juill. 1986 : D. 1987. Somm. 179, obs. GROUDEL.

⁵²⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1992, n° 90-17.862, RGAT 1992, p. 347, note J. KULLMANN.

⁵²¹ « Lorsque l'assureur est garant du préjudice que l'assuré est tenu de réparer en raison du fait d'une autre personne, [...] » : art. 2464 al. 2, C.c.Q.

⁵²² « L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable [...] » : art. L121-2 C. assur.

⁵²³ Voir en ce sens Cass. 2^e civ., 8 mars 2006, n° 04-17.916.

⁵²⁴ Art. L113-1 al. 1, C. assur.

⁵²⁵ Art. 2464 al. 1, C.c.Q.

Les limitations de l'objet de l'assurance de la responsabilité personnelle de l'assuré sont elles-mêmes applicables de plein droit à la responsabilité civile de ces personnes⁵²⁶. C'est le principe dit « de concordance » développé par la jurisprudence. Est également valable la clause qui exclut de la garantie le risque de responsabilité du fait d'autrui, puisque sa couverture n'est pas obligatoire⁵²⁷, à condition qu'elle ne soit pas fondée sur la nature ou la gravité de la faute⁵²⁸. Toutefois, la prohibition résultant de ces articles exigeant la garantie des fautes causées par les personnes dont l'assuré est civilement responsable ne permet pas de déroger à la restriction légale de garantie prévue à l'article L. 121-8 qui dispose que l'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou par des mouvements populaires⁵²⁹.

§ 2 – LA FAUTE INTENTIONNELLE EN ASSURANCES DE PERSONNES

176. Le principe général d'inassurabilité des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle (ou dolosive pour ce qui est du droit français) a une application particulière en assurances de personnes et plus précisément en assurance sur la vie. En effet, si dans le domaine des assurances de dommages qui vient d'être abordées seul le fait de l'assuré, à savoir sa faute intentionnelle est légalement exclue de la garantie, en assurances de personnes les législateurs français et québécois excluent outre ce fait de l'assuré lui-même appelé suicide (I), le fait du bénéficiaire du contrat d'assurance qui est le meurtre de l'assuré (II).

⁵²⁶ Cass. civ. 12 nov. 1940 : *DA* 1941. J. 3 ; *JCP* 1941. II. 1640.

⁵²⁷ Art. 2464 al. 2 C.c.Q. ; Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1992, n° 90-17.862, *RGAT* 1992, p. 347, note J. KULLMANN.

⁵²⁸ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, n° 90-19.209 P : *RCA* 1993, no 180 ; D. 1993. *IR*49 ; 14 nov. 1995, n° 93-15.582 P : *D.* 1996. Somm. 188, obs. BERR ; *RCA* 1996, no 104, note COURTIEU.

⁵²⁹ Cass. 2^e civ., 22 nov. 2012 : *D* 2013. 1981, note GROUDEL ; *RCA* 2013, n° 73, note GROUDEL ; 22 nov. 2012 : *D* 2013. 1981, note GROUDEL ; *RGDA* 2013. 418, note MAYAUX ; 13 déc. 2012 : *D* 2013. 1981, note GROUDEL ; *RCA* 2013, n° 73, note GROUDEL.

I – LE SUICIDE

177. Si elle est prévue à la fois en droit français et en droit québécois des assurances, l'exclusion légale du suicide⁵³⁰, c'est-à-dire *l'action de causer volontairement sa propre mort*⁵³¹, n'a pas le même régime juridique dans les deux systèmes. En effet, selon l'article L132-7 du Code des assurances, *le suicide est inassurable la première année et obligatoirement garanti à compter de la deuxième année du contrat. A ce régime de droit commun, le texte ajoute des règles spécifiques qui, d'une part, écartent pour les assurances de groupe, le principe de l'inassurabilité du suicide pendant la première année, et d'autre part, exigent la couverture du suicide dès la souscription du contrat et ce, dans la limite d'un plafond qui ne peut être inférieur à 120.000 euros*⁵³² pour les assurances emprunteurs garantissant le remboursement d'un prêt contracté pour financer l'acquisition du logement principal de l'assuré. Quant au droit québécois, c'est l'article 2441 al. 1 du Code civil du Québec qui dispose que « *l'assureur ne peut refuser de payer les sommes assurées en raison du suicide de l'assuré, à moins qu'il n'ait stipulé l'exclusion de garantie expresse pour ce cas. Même alors, la stipulation est sans effet si le suicide survient après deux ans d'assurance ininterrompue* ». De ce texte il résulte que, l'assureur ne peut refuser de garantir le suicide sauf exclusion de garantie expresse pour ce cas et, même en cas d'exclusion, elle serait alors sans effet si le suicide survient après les deux premières années du contrat.

178. La divergence entre les deux régimes est donc très claire puisque, en droit québécois le suicide est assuré dès le premier jour sauf clause contraire, et en cas de clause, c'est seulement après deux ans d'assurance ininterrompue⁵³³. Alors que c'est tout à fait l'inverse en droit français, car mis à part les régimes spécifiques rappelés ci-dessus, le suicide est inassurable la première année et obligatoirement garanti après ce délai.

⁵³⁰ J.-G. BERGERON, « Le suicide en assurances privées », (1988) 48 *R. du B.* 149 ; J. KULLMANN, « Suicide et assurance : une déjà vieille notion, mais un tout nouveau régime », *RGDA* 2002.907 ; P. PIERRE, « Suicide et Assurance », *Méd. et Drt* 1998, n° 32, p. 10 ; E. GRAUJEMAN, « Comment interpréter l'exclusion du suicide », *Trib. ass.*, n° 24, mai 1999, p. 35 ; B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : la couverture des prêts immobiliers, par une assurance en cas de suicide », *Dr. famille* 2002, chron. 13 ; G. COURTIEU, « Un suicide raté ou lorsque le législateur se tire une balle dans le pied », *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 1998. p. 2.

⁵³¹ F. TERRE (ss. dir.), *Le suicide*, PUF, 1994.

⁵³² Art. R132-5, C. assur.

⁵³³ Alors que le délai d'un an pendant lequel le suicide est inassurable est immuable, en droit québécois le délai de deux ans peut être conventionnellement réduit (art. 2414 al. 1 C.c.Q) ; seul excédent de temps serait annulable : cf. *Goldstein c. London Life Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 2197, 2201 (C.S.) (*obiter*), cité par D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, op. cit., note 134, (réimpression 2014 révisée), p. 192.

Cette divergence entre les deux systèmes peut s'expliquer par le fait que contrairement au droit québécois, celui français « est marqué par la finalité de punir l'acte qui consiste à se donner soi-même la mort »⁵³⁴. Ainsi, il est possible de soutenir que le régime québécois qui exige la garantie immédiate du suicide à défaut de clause contraire, semble ici plus protecteur des assurés. Mais il n'en est rien en réalité, car cette clause d'exclusion est généralement stipulée dans les polices individuelles, et dans ce cas, le régime français serait plus favorable, car il oblige à garantir le suicide à partir de la deuxième année, alors que c'est seulement à partir de la troisième au Québec.

179. Il est également possible d'estimer que le régime québécois peut inciter au suicide s'il n'y a pas de clause (très rare), alors que le régime français à l'avantage de l'éviter en raison du délai de carence, car on imagine mal que quelqu'un qui souhaite se suicider puisse souscrire un contrat d'assurance et attendre un an pour mettre à exécution son projet. Mais quoi qu'il en soit, en tant *qu'action de se donner volontairement la mort*, l'exclusion légale du suicide bien qu'ayant un régime spécifique sur lequel divergent les systèmes français et québécois, est tout à fait conforme au principe d'inassurabilité légale des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré. Albert Camus écrivait qu'« il n'y a qu'un problème philosophique vraiment sérieux : c'est le suicide »⁵³⁵, mais quand est-il alors du meurtre de l'assuré ?

II – LE MEURTRE DE L'ASSURÉ PAR LE BENEFICIAIRE

180. Si seule la faute intentionnelle émanant de l'assuré lui-même est en principe légalement exclusive de garantie, en assurance sur la vie, celle émanant de celui qui a intérêt à la réalisation du sinistre est tout aussi exclusive de garantie, car en tant que bénéficiaire du contrat, il est tout à fait logique de lui priver de cet avantage lorsqu'il cause volontairement la mort de l'assuré ou du contractant et ainsi lui soumettre au même régime qu'un assuré auteur de faute intentionnelle.

⁵³⁴ B. BEIGNIER, *Droit des assurances, Montchrestien*, 2011, n° 210, p. 210 (ci-après : « B. BEIGNIER (2011) »).

⁵³⁵ A. CAMUS, *Le mythe de Sisyphe, Essais*, La Pléiade, p. 99., cité par B. BEIGNIER (2011), n° 215, p. 257.

Dans cette exclusion légale du meurtre de l'assuré on retrouve la logique de « l'exception d'indignité » du droit des successions qui prive l'héritier⁵³⁶ du bénéfice de la succession pour lorsqu'il est reconnu coupable de meurtre ou de tentative de meurtre sur la personne du testateur. Sur cette question du meurtre de l'assuré par le bénéficiaire, bien que très semblables, les régimes juridiques français et québécois divergent tout de même sur certains aspects. En effet, l'article 2443 du Code civil du Québec dispose que « *l'attentat à la vie de l'assuré par le bénéficiaire de la police entraîne de plein droit la résiliation de l'assurance et le paiement de la valeur de rachat. L'attentat à la vie de l'assuré par toute autre personne n'entraîne la déchéance qu'à l'égard du droit de cette personne à la garantie* » et l'article L. 132-24 du Code des assurances qui disposent que : « *le contrat d'assurance cesse d'avoir effet à l'égard du bénéficiaire qui a été condamné pour avoir donné volontairement la mort à l'assuré. Le montant de la provision mathématique doit être versé par l'assureur au contractant ou à ses ayants cause à moins qu'ils ne soient condamnés comme auteurs ou complices du meurtre de l'assuré. Si le bénéficiaire a tenté de donner la mort à l'assuré, le contractant a le droit de révoquer l'attribution du bénéfice de l'assurance, même si le bénéficiaire avait déjà accepté la stipulation faite à son profit* ».

181. Ainsi, si la seule condition d'application de la disposition québécoise est « *l'attentat [volontaire⁵³⁷] à la vie de l'assuré par le bénéficiaire de la police d'assurance ou toute autre personne* », la disposition française exige quant à elle deux conditions cumulatives, à savoir : *le meurtre volontaire de l'assuré ou du contractant par le bénéficiaire et une condamnation pénale, c'est-à-dire une décision de justice définitive*⁵³⁸. A cela il faut aussi ajouter que contrairement au législateur québécois qui n'évoque pas le cas de la tentative de meurtre de l'assuré, son homologue français quant à lui reconnaît dans ce cas à l'assuré « *le droit de révoquer l'attribution du bénéfice de l'assurance* » et ce, malgré le principe d'irrévocabilité en cas d'acceptation du bénéficiaire.

⁵³⁶ Art. 727 C.c.f et 620-1° C.c.Q.

⁵³⁷ Un homicide involontaire de l'assuré par le bénéficiaire ne correspond pas à la définition que la Cour suprême du Canada donne à la faute intentionnelle exclusive de garantie, à savoir « la volonté de causé le dommage survenu » : (*Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, (C.S. Can., 2002-03-08), 2002 CSC 21, SOQUIJ AZ-50115737, J.E. 2002-486, [2002] 1 R.C.S. 719, REJB 2002-28410 ; *Peracomo Inc. c. Société TELUS Communications*, (C.S. Can., 2014-04-23), 2014 CSC 29, SOQUIJ AZ-51066651, 2014EXP-1298, J.E. 2014-722, [2014] 1 R.C.S. 621, EYB 2014-236123). Ainsi, même le législateur québécois ne le prévoit pas expressément, seul l'attentat « *volontaire* » à la vie de l'assuré peut entraîner l'exclusion légale pour meurtre. D'où l'ajout de ce terme « *volontaire* » entre crochet.

⁵³⁸ *Meurtre de l'assuré par le bénéficiaire* : Paris, 31 mai 1983, RGAT 1984.35 (faute de condamnation pénale du fait du suicide du meurtrier, l'assurance sur la vie est dévolue à ses héritiers), cité par Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., note 3, n° 449, p. 332.

Dès lors, sur cet autre point, le système québécois a une fois de plus l'avantage d'être plus respectueux des valeurs morales et techniques de l'assurance, mais l'inconvénient de retenir un peu trop facilement l'exclusion de garantie pour meurtre. Et inversement pour le régime français qui a l'inconvénient d'être ici encore moins soucieux des valeurs de l'assurance, dans la mesure où la portée du principe d'inassurabilité du fait intentionnel se trouve considérablement limitée puisque comme il a été souligné, l'acte volontaire du bénéficiaire sera sans conséquence sur le contrat si aucune poursuite pénale n'est engagée à l'encontre du bénéficiaire ou s'il décède avant qu'intervienne une décision de justice définitive⁵³⁹. Dans ces deux cas, le bénéficiaire ne peut donc être déchu de ses droits, ce qui est tout de même contraire ne serait-ce qu'à la morale. Mais c'est compréhensible, puisqu'avec sa conception très restrictive, l'exclusion de la garantie pour faute intentionnelle n'a pratiquement pas sa place en droit français. Tel sera donc l'avantage (si on peut le qualifier comme tel) du régime français, pour les assurés en tout cas, puisque l'exclusion de la garantie de l'assureur ne doit pas non plus être trop facilement admise. D'où la nécessité de s'interroger sur les fondements de l'exclusion légale de la faute intentionnelle.

⁵³⁹ *Ibid.*

SECTION 2– FONDEMENTS DE L'EXCLUSION LÉGALE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

182. Après avoir identifié la notion de faute intentionnelle (et dolosive pour le droit français) et étudié son domaine d'application en droits français et québécois des assurances, l'analyse des fondements de son exclusion légale permettra de comprendre davantage en quoi elle est un effet de la technique d'assurance modéré par l'ordre public et la morale. De la conclusion du ministre Godard rappelée ci-dessus, selon laquelle « l'assurance du dol [qu'il assimilait à la faute intentionnelle] n'est pas seulement contraire à l'ordre public et à la morale, elle est impossible, parce qu'il n'y a plus de risque »⁵⁴⁰, on peut en déduire que, outre le cas général d'exclusion de garantie des risques contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁵⁴¹, s'ajoute l'exclusion légale de la faute intentionnelle (et maintenant dolosive pour ce qui est du droit français) qui repose quant à elle sur deux fondements, à savoir l'ordre public et la morale d'une part, et « le caractère nécessairement aléatoire du risque »⁵⁴² couvert par l'assurance, autrement dit la technique d'assurance (une technique de prise en charge de risques aléatoires) d'autre part. Donc un fondement technique (§1) et un fondement moral (§2).

⁵⁴⁰ Rapp. M. GODARD, JO Doc. parl. ch., 2^e séance, 7 avr. 1925, ann. no 1544, p. 637.

⁵⁴¹ Comme tout autre contrat, le contrat d'assurance doit avoir « un contenu licite et certain » (art. 1128 C. civ.) en ne « [dérogeant pas] aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (art. 6 C. civ.) ou « ne doit être ni prohibé [...] par la loi ni contraire à l'ordre public » (art. 1373 C.c.Q.).

⁵⁴² J. BIGOT, dans « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* 03 févr. 2015, n° 111v3, p. 75.

§ 1 – FONDEMENT TECHNIQUE

183. L'assurance en tant que technique de prise en charge de risques aléatoires, c'est-à-dire « des événements indépendants de la volonté des parties »⁵⁴³ par la mutualisation, est incompatible avec les pertes et dommages volontaires. Ainsi, outre « les limites de l'assurance dont la fonction sociale est seulement de nous protéger contre ce qui ne dépend pas entièrement de nous »⁵⁴⁴, c'est avant tout la technique d'assurance qui s'oppose à l'assurance de la faute intentionnelle⁵⁴⁵ (et ou dolosive en ce qui concerne le droit français) de l'assuré et justifie donc son exclusion légale. On parle à ce propos de « l'inassurabilité technique » de la faute intentionnelle qu'on justifie traditionnellement par le caractère aléatoire de l'événement garanti. La jurisprudence française parle à ce propos de « l'incompatibilité de la faute intentionnelle avec l'aléa »⁵⁴⁶ et celle québécoise estime que « la commission d'une faute intentionnelle par un assuré dénature le contrat d'assurance qui repose sur le caractère aléatoire du risque assuré »⁵⁴⁷. C'est également en ce sens qu'on peut lire que : « les faits intentionnels ne peuvent en aucun titre être couverts, parce qu'ils suppriment l'incertitude inhérente à l'idée même du contrat d'assurance : on ne peut parler de risque, quand l'événement envisagé est provoqué par le fait volontaire de l'assuré ; pour celui-ci, il n'y a pas d'aléa »⁵⁴⁸.

184. D'autres⁵⁴⁹ estiment cependant que cette justification classique de l'inassurabilité technique de la faute intentionnelle mérite d'être réexaminée car elle est à la fois incertaine au plan théorique et inapte à expliquer l'état [de la] jurisprudence ». En effet, ils soutiennent que « il n'est pas sûr, (...), que la faute intentionnelle supprime l'aléa au motif qu'elle ne laisse aucune place au hasard.

⁵⁴³ En ce sens voir notamment D. LLUELLES, *Droit des assurances terrestres*, Montréal, Thémis, 6^e éd. 2017, p. 193.

⁵⁴⁴ F. LEDUC, « Faute de l'assuré excluant l'aléa : autonomie de la faute dolosive (suite) », *RDC* 2014, n° 1105, p. 239).

⁵⁴⁵ La jurisprudence parle à ce propos de « l'incompatibilité de la faute intentionnelle avec l'aléa » : Cass. 2^e civ. 14 juin 2012, n°11-17367 ; Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, n° 93-11295 ; Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14742.

⁵⁴⁶ La jurisprudence parle à ce propos de « l'incompatibilité de la faute intentionnelle avec l'aléa » : Cass. 2^e civ. 14 juin 2012, n°11-17367 ; Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, n° 93-11295 ; Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14742.

⁵⁴⁷ *Place Biermansinc. c. C.D.*, (C.A., 2013-01-16), 2013 QCCA 64, SOQUIJ AZ-50928564, 2013EXP-344, J.E. 2013-177, EYB 2013-216761.

⁵⁴⁸ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 65, p. 113.

⁵⁴⁹ L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1670, p. 828.

Tout dépend de ce qu'on entend par « hasard ». Si l'on envisage celui qui fonde le calcul des probabilités et donc de l'opération d'assurance, il est sûr qu'il subsiste et que le risque de sinistre volontaire peut être probabilisé [...]. L'assureur pourrait s'engager à sa couverture, d'autant qu'il connaît les statistiques des sinistres volontaires. [...] Cela dit, si la loi permettait leur garantie, des dérives apparaîtraient inévitablement, spécialement en assurances de choses [...]»⁵⁵⁰. A cela l'auteur ajoute qu'il est très rare qu'un dommage soit causé par un événement purement non aléatoire, celui-ci se conjuguant toujours avec une part de hasard⁵⁵¹. Ce qui lui conduit à conclure que « sur le plan plus technique, l'exclusion de la faute intentionnelle se justifie aussi par la fonction première de l'assurance qui est de couvrir un risque. Il ne s'agit pas ici d'aléa – dont on peut se demander s'il a l'importance qu'on lui prête en matière d'assurance – mais de risque. Il ne s'agit même pas de risque en tant que tel, c'est-à-dire d'incertain, dont on a vu qu'il pouvait subsister en présence de sinistres volontaires. Il s'agit de la couverture d'un risque, c'est-à-dire d'une manière de répondre à un besoin de sécurité. Or ce besoin, [...] n'est pas présent en matière de sinistres volontaires. Ceux-ci sont au pouvoir de l'assuré, [...]. Il suffisait à celui-ci de s'abstenir pour les éviter. Ils n'ont donc pas besoin d'être couverts par l'assurance »⁵⁵² qui, « n'est pas faite pour le[s] couvrir. Ni techniquement car l'équilibre de la compagnie d'assurance ne s'y retrouverait pas, ni au plan des principes qui renvoient au fondement moral de l'inassurabilité »⁵⁵³.

§ 2 – FONDEMENT MORAL

185. Même si dans l'actuelle société capitaliste et mondialisée on a tendance à l'oublier, la morale a toujours été un outil de régulation et de rééquilibrage du droit en général et les relations contractuelles en particulier⁵⁵⁴. Son exigence est plus que nécessaire dans les rapports entre parties de niveau différent. C'est pourquoi, « le droit des assurances [et donc, le rapport entre assureur et assuré] n'échappe pas à l'exigence de morale qui sous-tend les règles juridiques de droit positif pour que leur mise en œuvre réalise l'idéal d'équité et de justice posé par le droit naturel.

⁵⁵⁰ *Id.*, n° 1674, pp. 830-831.

⁵⁵¹ *Id.*, nos 1675-1676, pp. 831-832.

⁵⁵² *Id.*, n° 1679, p. 833.

⁵⁵³ *Id.*

⁵⁵⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949

La justice commutative contractuelle qui fonde les contrats synallagmatiques tend à l'équilibre des prestations réciproques entre les parties »⁵⁵⁵. L'exclusion légale de la faute intentionnelle et dolosive de l'assuré peut ainsi être justifiée sans difficulté par l'éthique⁵⁵⁶, l'équité et la justice contractuelle qu'incarne l'exigence de la morale dans la relation d'assurance. En outre, « les frontières qui séparent les risques assurables de ceux qui ne le sont pas dépendent, non seulement des considérations techniques et financières, mais également de considérations morales et sociales. L'évolution contemporaine tend à montrer que de nombreux risques, jadis exclus de l'assurance, peuvent aujourd'hui être garantis. Le législateur peut d'ailleurs être amené aussi bien à prohiber l'assurance des risques techniquement assurables qu'à la rendre obligatoire »⁵⁵⁷. Et la prohibition de l'assurance des risques techniquement assurables consiste simplement à « maintenir l'assurance dans son rôle indemnisateur et d'empêcher que ses mécanismes ne soient utilisés à des fins non conformes aux exigences de la morale sociale. Sont ainsi interdites, par exemple, l'assurance des conséquences pénales d'une activité délictueuse (même celles résultant de simples contraventions provoquées par l'imprudence ou la négligence), l'assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur de moins de 12 ans (crainte de *votummortis*) »⁵⁵⁸.

186. « Encre à l'origine sur le respect des bonnes mœurs »⁵⁵⁹, l'ordre public a toujours été cité comme fondement de l'inassurabilité de la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. Pour la jurisprudence, *il est la source de l'interdiction absolue du préjudice résultant de la faute intentionnelle de l'assuré*⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 137, p. 125.

⁵⁵⁶ H. MAGREAT, « L'éthique dans l'assurance », *Risques*, avr. 1994, p. 9.

⁵⁵⁷ C.-J. BERRET H. GROUDEL, *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. Mémentos, 5^e éd. entièrement refondue, 1990, p. 15.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Id.*, n° 16, p. 12.

⁵⁶⁰ *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, (C.S. Can., 1990-10-04), SOQUIJ AZ-90111096, J.E. 90-1411, [1990] R.D.I. 743, [1990] R.R.A. 1046 (rés.), [1990] 2 R.C.S. 995, 34 Q.A.C. 241, 74 D.L.R. (4th) 161, 115 N.R. 1 ; *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec c. Hénault*, (C.A., 2006-11-01), 2006 QCCA 1368, SOQUIJ AZ-50396680, J.E. 2006-2248, [2006] R.R.A. 927 (rés.), EYB 2006-111004 ; *Hallé c. Bélair (La), compagnie d'assurances générales*, (C.A., 2004-10-19), SOQUIJ AZ-50275710, J.E. 2004-2013, [2004] R.R.A. 1078, REJB 2004-71846, 2004 CanLII 39117.

Et en doctrine Picard et Besson estimaient que :

Si la garantie du dol était admise, on inciterait les individus à commettre impunément des atteintes aux droits de leurs semblables, on favoriserait le développement des haines et des vengeances. Dans les autres assurances, la prohibition ne se justifie pas moins : il serait immoral qu'à la suite d'une assurance de choses, qu'un individu puisse causer intentionnellement un dommage à son patrimoine et ensuite réclamer une indemnité à son assureur ; il serait également immoral que, à la suite d'une assurance de personnes (vie ou accident), qu'un assuré puisse intentionnellement provoquer le sinistre sur sa personne, pour procurer à lui-même ou à des tiers, la prestation promise par l'assureur⁵⁶¹.

Sur le plan de l'ordre public et la morale, ces auteurs justifient donc l'exclusion légale de la faute intentionnelle et/ou dolosive par le fait que sa couverture « favoriserait haines et vengeances » en assurances de responsabilités, encouragerait les atteintes volontaires à ses propres biens en assurances de choses et enfin pousserait au suicide ou mutilations volontaires en assurances de personnes. La formule utilisée résume tout à fait la justification classique de l'exclusion légale de la faute intentionnelle ou dolosive : son assurance est immorale parce qu'elle inciterait au vice, elle pousserait l'assuré à porter impunément atteinte aux droits d'autrui, ou détruire les siens pour obtenir la prestation d'assurance.

187. Pour les mêmes raisons que la justification classique de l'inassurabilité technique de la faute intentionnelle, cette explication classique de l'inassurabilité morale de la faute intentionnelle est aussi critiquée par une doctrine plus récente. En effet, pour le professeur Mayaux :

– « il n'y a aucune raison pour que le rôle préventif [que le fondement ou l'explication classique rappelé (e) ci-dessus] confère à l'exclusion de garantie soit limité à la faute intentionnelle. Si la souscription d'une assurance influe sur les comportements, elle devrait être interdite pour tous les actes qui font courir un risque grave à autrui, notamment pour ceux constitutifs d'une faute inexcusable, voire simplement lourde »⁵⁶² ;

– « L'influence de l'assurance sur les comportements est difficile à évaluer. Si, dans certaines branches d'activités, comme l'assurance « santé », la couverture par l'assurance contribue à multiplier les sinistres, il n'est pas sûr, à supposer qu'elle s'étende à la faute intentionnelle, qu'elle inciterait aux sinistres volontaires »⁵⁶³.

⁵⁶¹ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n° 65, p. 113.

⁵⁶² L. MAYAUX, « le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1671, pp. 828-829.

⁵⁶³ *Id.*, n° 1671, p. 829.

En assurance-vie, la prestation d'assurance ne motive pas la commission du suicide, cet acte étant trop grave pour être conditionné par de basses considérations pécuniaires. De même en assurances de dommages, l'assuré qui détruirait ses biens sait pertinemment qu'en raison du principe indemnitaire, il « n'obtiendra pas de l'assureur une somme supérieure à leur valeur, quand elle ne sera pas inférieure par le jeu des limites de garantie »⁵⁶⁴ (franchises et plafonds).

A cela l'auteur ajoute aussi que :

– « On aurait exigé l'intention de nuire à l'assureur s'il devait s'agir de sanctionner l'assuré qui « profite » de l'assurance pour commettre un sinistre volontaire [...] et inversement certains comportements ne sont pas sanctionnés alors qu'ils paraissent contraires à la morale, l'assuré qui se trompe de cible, ou qui occasionne un dommage plus grand que celui qu'il souhaite causer, est aussi blâmable que l'assuré qui parvient à ses fins sans les dépasser. Et pourtant, l'exclusion ne pourra lui être opposée ou seulement partiellement »⁵⁶⁵.

L'auteur souligne enfin, que pour remplir complètement sa fonction morale :

Elle [l'exclusion] devrait s'étendre aux actes commis par tous les bénéficiaires de l'assurance et pas seulement par les personnes ayant la qualité d'assurés. Tel est le cas en assurance-vie [...]. Mais il n'en va pas de même en assurances de dommages. Un créancier hypothécaire ou privilégié pourrait ainsi détruire volontairement les biens de son débiteur sans perdre son droit sur l'indemnité d'assurance né du contrat souscrit par ce dernier. Pourtant son comportement est aussi blâmable que celui de l'assuré qui détruit volontairement ses propres biens »⁵⁶⁶.

188. C'est en raison de toutes ces remarques que l'auteur en arrive à la conclusion que, le critère tiré de l'ordre public se justifie plutôt par « *la défense de l'objet de l'assurance, à savoir la chose ou la personne couverte par le contrat. C'est, en effet, la chose elle-même dans sa matérialité ou la personne elle-même en tant qu'être humain qu'il s'agit de défendre plus que les intérêts patrimoniaux qui s'attachent à leur existence. Ces intérêts sont préservés par l'assurance [...]. Mais il ne faut pas qu'elle soit même seulement suspectée de contribuer à la réalisation du sinistre. [...] L'exclusion s'impose par principe parce que le monde est beau et la personne digne. Elle est à la fois écologique et humaniste* »⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ *Id.*, ; L. MAYAUX, *Traité des assurances terrestres*, (ss. dir.) J. BIGOT, t. 3, « le contrat d'assurance », Paris, LGDJ 2002, n° 1129.

⁵⁶⁵ L. MAYAUX, *in Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n°s 1672-1673, pp. 829-830.

⁵⁶⁶ *Id.*, n° 1673, p. 830.

⁵⁶⁷ *Id.*, n° 1678, pp. 832-833.

189. Que ce soit pour « prévenir des comportements illicites », « sanctionner celui qui commet volontairement des sinistres parce qu'il est assuré », ou « défendre l'objet de l'assurance (la personne ou la chose assurée) », il est cependant acquis que, outre la technique même de l'assurance, l'exclusion légale de la faute intentionnelle de l'assuré se justifie par des considérations d'ordre public et moral. La divergence des points de vue sur la façon de présenter ces justifications ne remet aucunement en cause cette réalité. Autrement dit, il y a presque unanimité sur le fait que l'exclusion légale de la faute intentionnelle de l'assuré repose sur des considérations d'ordre technique et moral. A ce propos le professeur Mayaux parle aussi d'exclusion qui est à la fois *morale et naturelle*⁵⁶⁸.

« Elle est morale car elle protège certaines valeurs (respect de l'intégrité de la personne humaine, mais aussi de l'intégrité de la chose) ; elle est naturelle car justifiée par la nature de l'assurance qui est de couvrir un risque ». Quand ces valeurs sont transgressées (dans le cas d'une faute intentionnelle) et quand cette transgression ne constitue pas la réalisation d'un risque (dans le cas où cette faute émane de l'assuré), l'assurance n'a pas vocation à intervenir. L'exclusion de la faute intentionnelle apparaît ainsi comme une sanction morale modérée par un élément technique ou, si l'on préfère, elle traduit un interdit moral conforté par une barrière naturelle⁵⁶⁹.

D'autres disent qu'elle est une « sanction technique modérée par un élément moral »⁵⁷⁰. Donc une exclusion qui est un effet de la technique d'assurance modérée par la morale. Mais en l'état actuel des choses, cette exclusion légale de la faute intentionnelle de l'assuré se fonde davantage sur des considérations d'ordre moral que technique. En effet, si ça ne tenait qu'à la seule technique d'assurance, la faute intentionnelle de l'assuré serait sans doute assurable à ce jour, car non seulement ce « risque peut être probabilisé »⁵⁷¹, mais aussi et surtout les assureurs en connaissent les statistiques⁵⁷². Ainsi, « si l'on franchissait l'obstacle moral, on pourrait imaginer l'assurance de la faute intentionnelle dont le coût serait calculé par la méthode statistique »⁵⁷³. Mais « quand on prohibe pour des raisons morales tel type d'assurance, on ne s'attache pas à déterminer si techniquement elle comporte ou non un aléa »⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ *Id.*, n° 1681, p. 834.

⁵⁶⁹ *Id.*

⁵⁷⁰ H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Paris, Dalloz Connaissance du droit, 1995, p. 91.

⁵⁷¹ L. MAYAUX, « La couverture du risque », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1674, p. 830.

⁵⁷² *Id.*, p. 831.

⁵⁷³ L. GRYNBAUM (ss. dir.), *Assurances. Droit et pratique*, *op. cit.*, note 393, n° 2336, p. 537.

⁵⁷⁴ L. MAYAUX, « Le rôle de l'aléa dans le contrat d'assurance », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, n° 30, p. 22.

CONCLUSION DU TITRE 1

190. L'assurance en tant que technique de prise en charge de risques aléatoires grâce à la statistique et la loi des grands nombres est incompatible non seulement avec les événements dont la survenance ou la date de survenance ne dépend pas du hasard et donc non aléatoires, mais aussi avec les événements très généraux dans leur réalisation. C'est donc la technique d'assurance qui est l'une des premières raisons d'être de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance et ce, que ce soit en droit français ou en droit québécois. En effet, bien qu'étant prévues par la loi, l'exclusion du vice propre de la chose et des actes de violences collectives (émeutes, mouvements populaires et guerre étrangère) se justifie avant tout par la technique d'assurance qui, constitue ainsi le fondement originel de leur exclusion légale en droits français et québécois. En prévoyant expressément l'exclusion de ces risques, les législateurs français et québécois ne font que prendre acte de la réalité et la consacrer textuellement. La conformité entre théorie et pratique est l'avantage de ce point de convergence (la technique d'assurance comme raison d'être de l'exclusion de garantie) entre les droits français et québécois. Quant à l'exclusion de garantie des sinistres volontaires occasionnés par l'assuré, outre la technique même d'assurance, cette exclusion est dictée par des considérations d'ordre public et moral, bien que les divergences entre les législateurs français et québécois sur cette question soient assez marquantes sur le plan théorique (définition plus restrictive et difficilement caractérisée en droit français) et pratique (mise en œuvre peu problématique en droit québécois). Contrairement au droit français caractérisé par une incertitude et une confusion jurisprudentielles autour de la notion de faute intentionnelle de l'assuré, en raison notamment de l'écart pouvant exister entre le dommage recherché et celui effectivement survenu (conformément à la définition de la faute intentionnelle de l'assuré en droit français), cette notion pose peu de difficultés en droit québécois. A cela s'ajoute enfin les exclusions conventionnelles qui, en droit français tout comme en droit québécois, ne sont autres que le résultat de la liberté contractuelle reconnue aux parties du contrat d'assurance. La convergence entre les droits français et québécois sur ces exclusions conventionnelles comme résultat de la liberté contractuelle, trouve certainement son explication dans le caractère général et fondamental que constitue le principe de la liberté contractuelle en droit commun des contrats. La conformité entre droit commun des contrats et droit des assurances se révèle ainsi être un avantage de ce point de convergence entre les droits français et québécois.

191. Que ce soit en droit français ou en droit québécois, il est donc possible d'affirmer que l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance est avant tout un effet de la technique d'assurance qui peut parfois être complété par la volonté des parties au contrat ou par des impératifs d'ordre public et moral. Toutefois, si l'importance des notions de risque et d'aléa pour la technique d'assurance se justifie par leur caractère d'éléments constitutifs essentiels du contrat d'assurance, c'est sur la mutualité, c'est-à-dire la mise en commun de ces risques aléatoires, que repose le fonctionnement de cette technique d'assurance. Ainsi, en tant que service d'intérêt social, le bon fonctionnement de l'assurance est plus que nécessaire⁵⁷⁵. Pour ce faire, l'exclusion de garantie est un outil essentiel.

⁵⁷⁵ Voir en ce sens G. BRIERE DE L'ISLE, *Droit des assurances*, P.U.F., éd. Thémis, 1973, p. 20.

TITRE 2 –L’EXCLUSION DE GARANTIE : UNE NECESSITE POUR LE BON FONCTIONNEMENT DE L’ASSURANCE

192. De la définition de l’assurance sous son approche technique rappelée ci-dessus et qui renvoie à l’aspect scientifique de son fonctionnement, une place importante est accordée à l’opération d’assurance⁵⁷⁶ qui, met un accent particulier sur la mutualisation en tant que mécanisme de gestion des risques par compensation grâce aux données statistiques et la loi des grands nombres. Outre le fait qu’elle distingue l’assurance d’autres mécanismes, comme l’épargne et le pari, le succès de l’opération d’assurance dépend essentiellement de la qualité de cette mutualisation des risques. Plus elle est bien organisée, mieux serait l’opération d’assurance dans son ensemble. Ainsi, en tant qu’organisateur, gestionnaire et donc garant du bon fonctionnement de la mutualité, la possibilité pour l’assureur d’en exclure tout risque susceptible d’y porter atteinte est une nécessité pour la protection de ladite mutualité en particulier (chapitre 1), et de l’institution d’assurance en général (chapitre 2).

⁵⁷⁶ Voir en ce sens L. MAYAUX, *in Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 25, p. 8 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n°s 43 et s., pp. 42 et s.

CHAPITRE 1 – LA NECESSITE DE L'EXCLUSION DE GARANTIE POUR LA PROTECTION DE LA MUTUALITE

193. A propos de l'exclusion comme une nécessité pour la protection de la mutualité on peut lire : « tout comme les autres types d'exclusions rencontrées dans les contrats d'assurance, l'exclusion qui concerne les actes criminels est justifiée par le principe de la mutualité. En effet, les clauses d'exclusion de risques sont légitimes et, en principe, légales, puisqu'elles permettent à l'assureur d'éviter les risques illimités qui se révèlent coûteux pour la mutualité »⁵⁷⁷. Pour protéger au mieux cette mutualité, l'assureur qui est en charge de son organisation et de sa gestion, « doit, en s'inspirant de la loi des grands nombres, sélectionner les risques pour pouvoir en effectuer la répartition et la compensation suivant les données statistiques »⁵⁷⁸. Ce qui aura pour conséquence le rejet de tout risque qui ne serait pas retenu dans cette organisation de la mutualité. Autrement dit, il y aurait d'une part, des exclusions résultant de la protection de la mutualité par la sélection des risques (Section 1), et d'autre part, celles résultant de la protection de la mutualité par la répartition et la compensation des risques, autrement dit par son organisation (Section 2).

⁵⁷⁷ L.-P. BRIEN, « Les clauses d'exclusion en matière d'acte criminel en assurance de dommages : tendances et perspectives », in *Développements récents en droit des assurances (2011)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2011, p. 3.

⁵⁷⁸ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 9, pp. 18-19.

SECTION 1 – LA PROTECTION DE LA MUTUALITÉ PAR LA SÉLECTION DU RISQUE

194. Le succès de l'opération d'assurance repose fondamentalement sur l'organisation et la bonne gestion de la mutualité par l'assureur. Cela passe avant tout par la sélection des risques à mutualiser. En effet, comme il a été déjà rappelé, « les risques composant la mutualité doivent présenter des caractères de dispersion, d'homogénéité et de fréquence »⁵⁷⁹. Mais si ces informations peuvent être obtenues grâce aux données statistiques issues du calcul des probabilités et de la loi de grands nombres, personne de mieux que le souscripteur ne connaît le risque contre lequel il souhaite être garanti. C'est donc tout naturellement que le législateur lui impose l'obligation de le décrire suffisamment afin que l'assureur soit en mesure de prendre sa décision de l'accepter ou non de façon libre et éclairée. Cette description du risque se fait par la déclaration des risques. Dès lors, la sélection des risques qui s'effectue sur la base de la déclaration du souscripteur du contrat d'assurance (§ 1) aura pour conséquence d'exclure de la garantie tous les risques dont l'assureur ne souhaite prendre en charge (§ 2).

§ 1 – LA SÉLECTION DU RISQUE SUR LA BASE DE LA DÉCLARATION DU SOUSCRIPTEUR OU L'ASSURÉ

195. La déclaration du risque par le souscripteur intervient d'abord lors de la souscription du contrat d'assurance et ensuite durant son exécution. On distingue ainsi la déclaration précontractuelle ou déclaration initiale du risque (I) de la déclaration contractuelle ou déclaration des circonstances nouvelles (II).

⁵⁷⁹ *Id.*, n° 9, p. 18.

I – LA DÉCLARATION PRÉCONTRACTUELLE DU RISQUE

196. Pour que l'assureur soit en mesure d'honorer son obligation précontractuelle d'information⁵⁸⁰ et de conseil, le souscripteur doit lui décrire suffisamment le risque à couvrir. Cette déclaration précontractuelle du risque par le souscripteur est une obligation légale prévue à la fois par les législateurs français et québécois. Pour le premier, « *l'assuré est obligé de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge* »⁵⁸¹. Et pour le second, « *le preneur, de même que l'assuré si l'assureur le demande, est tenu de déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter, mais il n'est pas tenu de déclarer les circonstances que l'assureur connaît ou est présumé connaître en raison de leur notoriété, sauf en réponse aux questions posées* »⁵⁸². Comme nous pouvons le constater, si le législateur français n'exige du souscripteur qu'une réponse exacte aux seules questions qui lui sont posées dans le formulaire de déclaration du risque, son homologue québécois quant à lui l'oblige en plus de répondre aux questions qui lui seront posées, *de déclarer « de sa propre initiative »*⁵⁸³ *toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer l'appréciation globale du risque et ce, à chaque fois que l'assureur le demande.*

197. Même si dans la pratique cette obligation légale de déclaration du risque incombant au souscripteur est exécutée à travers la proposition d'assurance que ce dernier fait à l'assureur, mais qui reste non obligatoire⁵⁸⁴, du point de vue légal l'initiative de déclaration du risque appartient à l'assureur que ce soit en droit français avec le formulaire de déclaration ou en droit québécois avec la demande de l'assureur ou les questions qu'il pose.

⁵⁸⁰ Art. L112-2 al. 1 et 2, C. assur.

⁵⁸¹ Art. L113-2-2°, C. assur.

⁵⁸² Art. 2408, C.c.Q.

⁵⁸³ *Landry c. St-Maurice (La), compagnie d'assurances*, (C.Q., 1995-09-05), SOQUIJ AZ-95035067, [1995] R.R.A. 1221 ; *Bouchard c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, (C.S., 2005-11-07), SOQUIJ AZ-50342187, J.E. 2006-87, [2006] R.R.A. 181 (rés.), EYB 2005-97444.

⁵⁸⁴ Elle est évoquée par les articles 2400 C.c.Q et L112-2 al. 4, C. assur., et n'est pas obligatoire sauf dans l'hypothèse où elle est constituée par les réponses au questionnaire.

Et conformément à la loi (art. L113-2-2°, C. assur. et 2408, C.c.Q) à la différence de l'assuré français qui n'est tenu que de répondre aux seules questions qui lui sont posées et contre lequel l'assureur ne peut donc se prévaloir de la réticence ou de la fausse déclaration intentionnelle « que si celles-ci procèdent des réponses [...] apportées [...] aux questions précises posées par l'assureur dans le questionnaire »⁵⁸⁵, l'assuré québécois quant à lui, *en plus de cette obligation de répondre aux éventuelles questions qui lui sont posées, est tenu d'une obligation de déclaration spontanée*⁵⁸⁶ *du risque*⁵⁸⁷, autrement dit *une obligation de déclarer tous les autres aspects du risque sur lesquels il n'a pas été interrogé*⁵⁸⁸. Ce qui n'est pas sans conséquence du point de vue juridique mais aussi pratique, puisque dans le cadre de ce système déclaration spontanée que le législateur québécois impose au souscripteur, c'est au non professionnel de l'assurance qu'on oblige illogiquement de prendre non seulement l'initiative de déclarer le risque, mais aussi et surtout de deviner toutes les circonstances susceptibles de permettre à l'assureur de se forger une idée sur le risque et de surcroît sans que ce soit nécessaire d'établir un quelconque questionnaire par ce dernier⁵⁸⁹. Ce qui est très lourd comme obligation ont admis par ailleurs les juges⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ Cass. ch. mixte, 7 févr. 2014, n° 12-85107, *RCA* 2014, comm. 99, note H. GROUDEL ; *LEDA* mars 2014, p. 2, note S. ABRAVANEL-JOLLY ; arrêt confirmé par Cass. 2° civ. 3 juil. 2014, n° 13-18760, *RLDA* déc. 2014, p. 77, note S. ABRAVANEL-JOLLY et c'est la position qui a toujours adopté la chambre criminelle (Cass. crim., 10 janv. 2012, n° 11-81647 ; 18 mars 2014, n° 12-87195 ; 21 oct. 2014, n° 13-85178).

⁵⁸⁶ Système appliqué en France jusqu'en 1989 avec la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen qui a substitué ce système par celui du questionnaire.

⁵⁸⁷ Voir également en ce sens 9060-3804 *Québec Inc. c. Oppenheim*, (C.S., 2004-02-13), SOQUIJ AZ-50221071, J.E. 2004-710, [2004] R.R.A. 617 (rés.), REJB 2004-54324 *Nadeauc. ING Groupe Commerce*, (C.Q., 2004-04-22), SOQUIJ AZ-50232330, J.E. 2004-2151, [2004] R.R.A. 1380, [2004] R.J.Q. 3147, [2004] Q.J. No. 4690 (Q.L.), REJB 2004-60969.

⁵⁸⁸ Même si les juges exigent de l'assureur d'interroger correctement l'assuré sur les facteurs qui lui paraissent importants pour l'évaluation du risque : *Goudreau c. Compagnie d'assurances Élite (Aviva)*, (C.Q., 2012-08-02), 2012 QCCQ 6661, SOQUIJ AZ-50891820, 2012EXP-3593, J.E. 2012-1920 ; *Bitton c. Axa Assurances Inc.*, (C.S., 2006-04-11), 2006 QCCS 2179, SOQUIJ AZ-50369588, J.E. 2006-1223, [2006] R.R.A. 649, EYB 2006-104220 ; *Boucharde c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, (C.S., 2005-11-07), SOQUIJ AZ-50342187, J.E. 2006-87, [2006] R.R.A. 181 (rés.), EYB 2005-97444. Ainsi, « l'assureur pour lequel le passé judiciaire du preneur constitue un renseignement important, doit poser la question dans la proposition d'assurance » : *Guimond c. Prudentielle (La), compagnie d'assurances ltée*, (C.S., 1995-03-14), SOQUIJ AZ-95021357, J.E. 95-876, [1995] R.R.A. 455, EYB 1995-72362 ; *Ouellette c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, (C.Q., 2004-06-11), SOQUIJ AZ-50262371, B.E. 2004BE-1024.

⁵⁸⁹ A été décidé que « le défaut de l'assureur de poser des questions spécifiques sur le passé judiciaire ou les activités criminelles de l'assuré dans la proposition d'assurance, ne le prive pas pour autant du droit d'invoquer le défaut de ce dernier de lui révéler des informations pertinentes à l'évaluation du risque » : *Crédit Ford du Canada ltée c. Fédération (La), compagnie d'assurances du Canada*, (C.S., 2000-01-19), SOQUIJ AZ-00021166, J.E. 2000-335, [2000] R.R.A. 149, REJB 2000-16697 ; *Nadeau c. ING Groupe Commerce*, (C.Q., 2004-04-22), SOQUIJ AZ-50232330, J.E. 2004-2151, [2004] R.R.A. 1380, [2004] R.J.Q. 3147, [2004] Q.J. No. 4690 (Q.L.), REJB 2004-60969 *Ali c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, (C.Q., 2002-04-05), SOQUIJ AZ-50123937, B.E. 2006BE-24, [2002] R.L. 431.

⁵⁹⁰ *Giguère c. Boréal Assurances Inc. (Laurentienne générale, compagnie d'assurances Inc.)*, (C.S., 1995-11-03), SOQUIJ AZ-95021965, J.E. 95-2216, [1995] R.R.A. 1104, [1995] Q.J. No. 985 (Q.L.), EYB 1995-72520

A ce propos la Cour de cassation exigeait du souscripteur de déclarer spontanément les circonstances « *qu'il doit savoir susceptibles d'influencer l'opinion du risque et d'amener l'assureur, soit à le refuser, soit à majorer le taux de prime* »⁵⁹¹.

198. Même s'il peut être reproché au système du questionnaire actuellement en vigueur en droit français de limiter l'assureur dans sa quête d'informations sur le risque à couvrir, du fait notamment que l'obligation de déclaration du souscripteur soit limitée à la réponse aux seules questions qui lui sont posées⁵⁹² et de l'interdiction faite à l'assureur de poser des questions liées au « *secret médical* » ou de recourir à d'autres moyens d'informations tels que « *les tests génétiques ou médicaux* » à l'insu de son client⁵⁹³. Quant au système de déclaration spontanée actuellement en vigueur en droit québécois qui oblige au souscripteur non professionnel d'imaginer en lieu et place de son cocontractant professionnel les informations utiles à ce dernier et de lui en communiquer, il est la négation même de l'assurance, car sans rentrer tout de suite dans le détail des différentes sanctions encourues en cas de manquement à cette obligation légale de déclaration du risque⁵⁹⁴, « le souscripteur [a] toutes les chances de se voir opposer une fausse déclaration de risques lors de la survenance du sinistre, étant à peu près certain qu'il ne pouvait qu'oublier une ou plusieurs informations essentielles pour l'assureur. Ce faisant, la garantie souscrite dans de telles conditions [peut] se retrouver vider de sa substance lors du sinistre »⁵⁹⁵, même si ce risque est atténué par le législateur québécois qui précise que « l'obligation relative aux déclarations est réputée correctement exécutée lorsque les déclarations faites sont celles d'un assuré normalement prévoyant, qu'elles ont été faites sans qu'il y ait de réticence importante et que les circonstances en cause sont, en substance, conformes à la déclaration qui en est faite »⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 1954, *RGAT* 1955, p. 37, note A. BESSON ; Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1948, *RGAT* 1948, p. 45, note A. BESSON.

⁵⁹² Voir également en ce sens P. DESLAURIERS, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1994. p. 20.

⁵⁹³ Pour plus de détails sur ces notions et de ce système du questionnaire, voir B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, op. cit., note 62, n^{os} 222 et ss, pp. 232 et ss.

⁵⁹⁴ Art. L113-8 à L113-10, C. assur., et 2410 à 2411, C.c.Q.

⁵⁹⁵ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, op. cit., note 246, n^o 125, p. 48.

⁵⁹⁶ Art. 2409, C.c.Q.

D'où la dénonciation de ce système par la Commission des clauses abusives⁵⁹⁷ et son abandon par le législateur français grâce à la loi du 31 décembre 1989⁵⁹⁸ qui, doit en toute urgence faire réagir à nouveau le législateur québécois après sa première tentative de réforme non aboutie⁵⁹⁹.

199. C'est donc grâce à la déclaration précontractuelle du risque par le souscripteur que l'assureur prend connaissance du risque, l'évalue, décide de l'accepter ou non en connaissance de cause, et lorsqu'il l'accepte, fixe convenablement la prime ou la cotisation en fonction de l'intensité du risque à couvrir. Dès lors, l'obligation légale du souscripteur de « déclarer le risque qu'il souhaite transférer ne vise pas tant la protection de l'assureur ou de l'assuré pris individuellement, mais la mutualité ou les assurés dans leur ensemble dont il souhaite bénéficier la solidarité. L'information sur le risque qui permet de l'apprécier justement, est la condition pour que l'assureur puisse en répartir équitablement la charge sur la mutualité. L'obligation d'information est donc une obligation vis-à-vis de la mutualité »⁶⁰⁰.

200. C'est aussi grâce à la déclaration précontractuelle du risque par le souscripteur que l'assureur va établir et fournir au souscripteur la fiche d'information sur le prix (prime ou cotisation) et les garanties offertes par le futur contrat. Sans cette déclaration précontractuelle du risque par le souscripteur, l'assureur n'est tout simplement pas en mesure de fixer la prime ou cotisation, mais aussi et surtout l'étendue de la garantie offerte lorsqu'il accepte de couvrir le risque déclaré. Et une fois la déclaration précontractuelle du risque faite par le souscripteur et la fiche d'information sur le prix et les garanties établie et délivrée par l'assureur, arrive ensuite la communication de la notice d'information ou projet de contrat. A ces trois phases du processus classique de conclusion du contrat d'assurance, s'ajoutent aussi les négociations qui peuvent dans le cadre de l'assurance des grands risques⁶⁰¹, précéder la conclusion du contrat.

⁵⁹⁷ Dans sa *recommandation n° 85-04 du 20 septembre 1985 (BOSP 6 déc.) relative aux contrats multirisques habitation*, elle suggère en lieu et place du système de déclaration spontanée, que l'assureur impose à chaque souscripteur de remplir un questionnaire comprenant toutes les questions claires et précises posées par l'assureur.

⁵⁹⁸ *Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen.*

⁵⁹⁹ Voir l'article 2478 de l'avant-projet de Loi., cité par P. DESLAURIERS, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, op. cit., p. 20.

⁶⁰⁰ F. EWALD, « Les valeurs de l'assurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, pp. 399-424 à la p. 421.

⁶⁰¹ Au sens des articles L111-6 et R111-1, C. assur.

201. Bien que les informations qu'elle contient se rapportent à des contrats standards et ne peuvent donc être que d'ordre général, l'établissement et la délivrance de la fiche d'information par l'assureur, permet au souscripteur de faire jouer la concurrence et choisir de faire affaire avec l'assureur le plus compétitif du marché en termes de prix et garanties. C'est pourquoi en droit français mis à part quelques dérogations légales telles que l'assurance des grands risques⁶⁰² et des contrats d'assurance de courte durée couvrant certaines catégories de risques dont la prise d'effet est quasi-immédiate⁶⁰³, le Code des assurances impose avant toute conclusion de contrat d'assurance, la fourniture par l'assureur d'une fiche d'information sur le prix et les garanties⁶⁰⁴. A propos de cette double dérogation, celle relative à l'assurance des grands risques se justifie par le fait que les souscripteurs sont bien informés, car assistés par des professionnels de l'assurance tels que les courtiers tenus de les informer en détail de l'offre d'assurance sur le marché⁶⁰⁵. Alors que la dérogation qui concerne les contrats d'assurance de courte durée qui sont visés par la loi⁶⁰⁶, elle se justifie certainement par cette courte durée (« trois mois au plus et non renouvelables ») et leur prise d'effet quasi-immédiate après la conclusion du contrat (« quarante-huit heures au plus tard »). Même s'il est difficile d'imaginer la conclusion d'un contrat d'assurance sans que le souscripteur ne soit préalablement informé du prix et des garanties, ne serait-ce que sur le fondement du droit de la consommation qui impose à tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services, une obligation d'information à l'égard du consommateur, l'importance de cette fiche d'information se trouve cependant relativisée par le fait que, d'une part le législateur québécois quant à lui ne l'exige pas, et d'autre part le législateur français bien que l'ayant prévue expressément dans le Code des assurances⁶⁰⁷ et exigé une preuve écrite de sa remise effective par l'assureur et sa bonne réception par le souscripteur⁶⁰⁸, il ne prévoit aucune sanction en cas de manquement à cette obligation légale.

⁶⁰² Art. R112-2, al. 1, C. assur.

⁶⁰³ Il s'agit des « contrats d'assurance couvrant des risques liés à la villégiature, au camping, aux sports d'hiver, aux vacances et aux voyages, souscrits pour trois mois au plus et non renouvelables, ni aux contrats d'assurance de bagages valables pour un seul voyage, lorsque la prise d'effet de ces contrats intervient au plus tard quarante-huit heures après la proposition d'assurance mentionnée au quatrième alinéa de l'article L. 112-2. » (Art. R112-2, al. 2, C. assur.).

⁶⁰⁴ « L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat » (art. L112-2, al. 1, C. assur.). Lorsqu'il s'agit d'assurances de responsabilité, le modèle de la fiche d'information à remettre au souscripteur est fixé par arrêté (art. A112, C. assur.), « décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation, ainsi que les conséquences de la succession de contrats ayant des modes de déclenchement différents » (Art. L112-2, al. 2, C. assur.).

⁶⁰⁵ Art. 520-1, C. assur. ; En ce sens, V. aussi J. BIGOT, « L'information précontractuelle du souscripteur », in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 495, p. 228.

⁶⁰⁶ Art. R112-2, al. 2, C. assur.

⁶⁰⁷ Art. L112-2, al. 1, C. assur.

⁶⁰⁸ Art. R112-3, C. assur.

Cette absence de sanction dans le Code des assurances ne signifie pas pour autant que la non-délivrance de ce document par l'assureur sera sans conséquences. En effet, même si « à la réception de la police, le souscripteur saura à quoi s'en tenir et si la police ne correspond pas à ses *désiderata* il aura la faculté de ne pas la signer en demandant au besoin sa modification »⁶⁰⁹, une décision judiciaire prononçant la nullité du contrat pour manquement à l'obligation précontractuelle d'information incombant à l'assureur n'est pas à exclure, d'autant que ça été le cas dans des domaines autres que l'assurance⁶¹⁰. Un manquement à l'obligation précontractuelle d'information peut également entraîner l'allocation des dommages-intérêts en cas préjudice lié à ce manquement⁶¹¹. Le souscripteur ou l'adhérent à contrat collectif d'assurance-vie peut aussi décider de renoncer au contrat en invoquant le non-respect par l'assureur de son obligation d'information précontractuelle qui se matérialise notamment par un défaut de remise de documents légalement exigés⁶¹².

202. C'est enfin suite à la déclaration précontractuelle du risque par le souscripteur que l'assureur va, endroit français, établir « le projet de contrat ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions ainsi que les obligations de l'assuré »⁶¹³. Après avoir rappelé cette obligation légale de l'assureur, le législateur français ajoute que « la proposition d'assurance n'engage ni l'assuré, ni l'assureur »⁶¹⁴ Mais en droit québécois, tout comme la fiche d'information évoquée ci-dessus, les termes de « projet de contrat ou une notice d'information » ne sont pas employés par le législateur. Outre la police d'assurance, ce dernier n'exige de l'assureur que la remise au preneur d'une copie de la proposition écrite faite par ou pour ce dernier⁶¹⁵.

⁶⁰⁹En ce sens, J. BIGOT, « L'information précontractuelle du souscripteur », in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 507, p. 232.

⁶¹⁰ CA Reims, 11 mai 2009. *Juris-Data* 09-379.580 ; CA Rennes, 18 sept. 2008 ; CA Paris, 4 oct. 1996 *Juris-Data* 96.022.687 ; CA Nîmes, 12 oct. 2004. *Juris-Data* 05-255.417.

⁶¹¹ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, 07-13.487, *Bull. Civ. I*, 2008, n° 154.

⁶¹² Cass. 2^e civ., 21 nov. 2019, n° 18-23.705, Inédit ; Cass. 2^e civ., 23 nov. 2017, n° 16-21.671, *Bull. civ. II*, 2017, n° 218.

⁶¹³« Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré » (art. L112-2, al. 2, C. assur.).

⁶¹⁴ Art. L112-2, al. 6, C. assur

⁶¹⁵ Art. 2400, al. 1, C.c.Q.

Une fois informé du prix et des garanties, à travers notamment la fiche d'information, le souscripteur ayant procédé à la déclaration précontractuelle du risque à couvrir, est à travers « le projet de contrat » ou la « copie de la proposition écrite », informé des caractéristiques essentielles du contrat (« les garanties assorties des exclusions ainsi que les obligations de l'assuré ») par l'assureur ayant accepté de couvrir le risque déclaré. Toutefois, en droit français tout comme la fiche d'information et pour les mêmes motifs, la remise par l'assureur au souscripteur de la notice d'information ou du projet de contrat n'est exigée que pour l'assurance des risques de masse, mais pas pour l'assurance des grands risques ou de courte durée⁶¹⁶. Alors qu'en droit québécois, l'obligation pour l'assureur de remettre au preneur « une copie de toute proposition écrite faite par ce dernier ou pour lui », s'impose à toute assurance terrestre⁶¹⁷ sans que le législateur ne fasse la distinction entre l'assurance des grands risques et l'assurance des risques de masse, ou entre l'assurance de courte ou longue durée.

203. Pour ce qui est de la sanction, la fiche d'information et la notice d'information obéissent au même régime juridique en droit français. En effet, tout comme la fiche d'information, le législateur français n'a également prévu aucune sanction particulière pour l'absence de délivrance préalable de la notice d'information⁶¹⁸. Mais ce qui est de l'assurance-vie les juges n'hésitent pas à sanctionner l'assureur en cas de manquement à son obligation précontractuelle d'information qui se matérialise notamment par la non-délivrance de la notice d'information au souscripteur. C'est ainsi qu'après avoir rappelé que « le manquement du professionnel à son obligation précontractuelle d'information engage sa responsabilité civile », la Cour de cassation décide que la cour d'appel qui a constaté que l'assureur n'avait remis la notice d'information prévue par le Code des assurances ne pouvait sans priver sa décision d'un manque de base légale au regard de l'article 1382 du code civil (devenu 1240), débouter le souscripteur de sa demande en dommages-intérêts en se bornant à énoncer que, même à admettre que l'assureur n'avait pas remis la notice d'information distincte, le souscripteur ne tirait pas de ce manquement la conséquence légale de renonciation au contrat, sans rechercher, comme il lui était demandé, si les manquements allégués n'étaient pas de nature à engager la responsabilité de l'assureur⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Art. L112-2, C. assur.

⁶¹⁷ Art. 2400, al. 1, C.c.Q.

⁶¹⁸ En ce sens, J. BIGOT, « L'information précontractuelle du souscripteur », in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 507, p. 232.

⁶¹⁹ Cass. 2^e civ., 8 octobre 2009, n° 08-18.928, *Bull. civ. II*, 2009, n° 239 (2) (cassation partielle)

En droit québécois, le législateur bien qu'imposant à l'assureur la remise au souscripteur d'une copie de la proposition écrite faite par ou pour ce dernier, ne prévoit à son tour aucune sanction en cas de manquement à cette obligation légale. Seule l'hypothèse d'une divergence entre la police et proposition est envisagée par le législateur qui prévoit dans ce cas que : la proposition écrite l'emporte sur la police sauf si l'assureur a dans un document séparé, indiqué par écrit au preneur les éléments sur lesquels il y a divergence⁶²⁰. A propos de cette obligation précontractuelle d'information et la sanction applicable en cas de manquement, on souligne par ailleurs qu'il est difficile de mettre en œuvre la distinction entre obligation précontractuelle et contractuelle d'information, dans la mesure où des obligations précontractuelles peuvent se prolonger au-delà de la formation du contrat⁶²¹. C'est ainsi qu'a été proposé de faire la distinction « entre les obligations ayant pour objet de favoriser un consentement éclairé de celles qui permettent une exécution satisfaisante du contrat »⁶²². Et, « la violation des premières serait sanctionnée par la nullité du contrat et l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement d'une responsabilité délictuelle ; le manquement aux secondes relèverait d'une responsabilité contractuelle »⁶²³.

204. Le consentement éclairé de l'assureur et la sélection du risque à couvrir se faisant sur la base de la déclaration faite par le souscripteur, ce dernier est à son tour tenu d'exécuter convenablement cette obligation légale sous peine de sanction et ce, aussi bien en droit français qu'en droit québécois. Pour que l'assureur accepte ou décline la couverture du risque en toute connaissance de cause, le souscripteur doit déclarer avec sincérité et sans aucune réticence toutes les circonstances qui entourent le risque. Cette déclaration sincère et sans réticence est tellement importante qu'elle détermine le degré de la sanction applicable en cas de manquement.

⁶²⁰ Art. 2400, al. 2, C.c.Q.

⁶²¹ « Distinction obligation précontractuelle d'information et obligation contractuelle de renseignement », in *l'Argus de l'assurance* (s. dir.) L. GRYNBAUM, 7^e éd., 2020-2021, n° 1592, p. 363.

⁶²² M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse, Paris 1, 1991 (s. dir.) J. GHESTIN, n° 281 et s., cité dans *l'Argus de l'assurance* (ss. dir.) L. GRYNBAUM, 7^e éd., 2020-2021, n° 1593, p. 363.

⁶²³ *Ibid.*

Cette sanction prévue par les législateurs français⁶²⁴ et québécois⁶²⁵ fait aussi bien en droit français qu'en droit québécois, la distinction entre deux hypothèses, à savoir l'hypothèse du souscripteur ou de l'assuré de bonne foi et l'hypothèse du souscripteur ou de l'assuré de mauvaise foi. La mauvaise foi étant caractérisée par le caractère intentionnel de la réticence ou fausse déclaration et la bonne foi caractérisée par le caractère non-intentionnel de la réticence ou fausse déclaration. Toutefois, bien que semblable le régime de sanction applicable en droit français n'est pas totalement identique à celui applicable en droit québécois.

205. En droit français, sous réserve des dispositions relatives à la déclaration de l'âge en assurance-vie⁶²⁶, la réticence ou fausse déclaration intentionnelle de la part du souscripteur ou de l'assuré entraîne la nullité du contrat d'assurance, lorsque « cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre »⁶²⁷. Puis à l'exception des assurances sur la vie⁶²⁸, « les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts »⁶²⁹. De cette sanction légale applicable à la réticence ou fausse déclaration intentionnelle en droit français, trois constats s'imposent. Le premier est que, la mauvaise foi est sévèrement sanctionnée, mais c'est à deux conditions alternatives que sont : le changement de l'objet du risque du fait de la réticence ou fausse déclaration ou la diminution de l'opinion de l'assureur. Le second constat est que, lorsque l'une de ces deux conditions alternatives est remplie, la sanction prévue (la nullité du contrat) s'applique même si le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre. Et enfin le troisième et dernier constat est que, exception faite aux assurances sur la vie, les primes payées ne seront pas restituées après l'annulation du contrat et celles échues doivent être payées à titre de dommages et intérêts.

⁶²⁴ Art. L113-8 et L113-9, C. assur.

⁶²⁵ Art. 2410 et 2411, C.c.Q.

⁶²⁶ A propos desquelles voir, l'art. L132-26, C. assur.

⁶²⁷ Art. L113-8, al. 1, C. assur.

⁶²⁸ Art. L113-8, al. 3, C. assur.

⁶²⁹ Art. L113-8, al. 2, C. assur.

Quant à l'hypothèse de la réticence ou fausse déclaration non-intentionnelle, elle n'entraîne pas la nullité du contrat d'assurance⁶³⁰. Cependant, lorsque l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie a été constatée avant la survenance d'un sinistre, « l'assureur a le droit soit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus »⁶³¹. Mais lorsque « la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés »⁶³². Cette sanction applicable à l'hypothèse de la réticence ou fausse déclaration non-intentionnelle se révèle ainsi moins sévère que celle de l'hypothèse de la réticence ou fausse déclaration intentionnelle précédemment analysée. La distinction ainsi faite entre le souscripteur ou l'assuré de bonne foi et celui de mauvaise foi dans le régime de sanction applicable au manquement à l'obligation légale de déclaration du risque en droit français, est tout à fait logique et salutaire en raison notamment de la place très importante qu'occupe la bonne foi en matière d'assurance (un contrat d'extrême bonne foi).

206. En droit québécois c'est également le législateur qui précise dans un premier temps que « sous réserve des dispositions relatives à la déclaration de l'âge et du risque⁶³³, les fausses déclarations et les réticences du preneur ou de l'assuré à révéler les circonstances en cause entraînent, à la demande de l'assureur, la nullité du contrat, même en ce qui concerne les sinistres non rattachés au risque ainsi dénaturé »⁶³⁴. Et dans un second temps que « en matière d'assurance de dommages, à moins que la mauvaise foi du preneur ne soit établie ou qu'il ne soit démontré que le risque n'aurait pas été accepté par l'assureur s'il avait connu les circonstances en cause, ce dernier demeure tenu de l'indemnité envers l'assuré, dans le rapport de la prime perçue à celle qu'il aurait dû percevoir »⁶³⁵.

⁶³⁰ Art. L113-9, al. 1, C. assur.

⁶³¹ Art. L113-9, al. 2, C. assur.

⁶³² Art. L113-9, al. 3, C. assur.

⁶³³ À propos desquels voir les art. 2420 à 2424, C.c.Q.

⁶³⁴ Art. 2410, C.c.Q.

⁶³⁵ Art. 2411, C.c.Q.

De ce régime de sanction applicable au manquement à l'obligation de déclaration du risque en droit québécois, force est de constater, bien que la réticence ou fausse déclaration intentionnelle entraîne aussi au Québec la nullité du contrat même en ce qui concerne les sinistres non rattachés au risque ainsi dénaturé, ici la seule condition exigée pour que soit mise en œuvre cette nullité, est « la demande de l'assureur ». Autrement dit, en droit québécois pour qu'il y ait nullité du contrat d'assurance en cas de réticence ou fausse déclaration intentionnelle du risque par le souscripteur ou l'assuré, il suffit simplement que l'assureur en fasse la demande. En comparant cette condition aussi simpliste et unique prévue par le législateur québécois aux deux conditions alternatives plus contraignantes prévues par le législateur français et rappelées ci-dessus, on constate que la nullité du contrat d'assurance en cas de réticence ou fausse déclaration intentionnelle s'applique plus facilement en droit québécois qu'en droit français. Toutefois, à la différence de son homologue français, le législateur québécois ne dit pas que les primes payées ou échues sont acquises ou doivent être payées à l'assureur après l'annulation du contrat. En ce qui concerne la réticence ou la fausse déclaration non-intentionnelle ou plus précisément « l'omission ou la déclaration inexacte de la part [du souscripteur ou] de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie »⁶³⁶, mise à part le délai pendant lequel l'assureur peut résilier le contrat⁶³⁷, il n'y a pas de différence entre le droit français et le droit québécois, car tout comme son homologue français⁶³⁸, le législateur québécois n'admet pas la nullité du contrat en cas d'omission ou la déclaration inexacte du risque de la part [du souscripteur ou] de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie⁶³⁹, mais autorise seulement l'assureur de procéder à une réduction de l'indemnité dans le rapport de la prime perçue à celle qu'il aurait dû percevoir⁶⁴⁰ ou résilier le contrat⁶⁴¹. Le fait que le législateur québécois quant à lui n'envisage pas expressément l'hypothèse de la constatation de l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie, peut cependant être considéré comme un point de divergence avec le droit français. Mais il n'en est rien en réalité, puisqu'on retrouve cette hypothèse dans une analyse *a contrario* de l'article 2411 du Code civil du Québec.

⁶³⁶ Termes utilisés par le législateur français à l'article L113-9, al. 1, C. assur.

⁶³⁷ Délai qui est de 10 jours en droit français (art. L113-9, al. 2, C. assur.) et 30 jours en droit québécois (art. 2467, al. 1, C.c.Q.

⁶³⁸ Art. L113-9, C. assur.

⁶³⁹ Art.2411, C.c.Q.

⁶⁴⁰ Art. 2411 et 2467, al. 1, C.c.Q.

⁶⁴¹ Art. 2467, al. 1, C.c.Q.

Et dans le cas contraire, l'assureur québécois qui constate avant tout sinistre l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise n'est pas établie, a tout à fait droit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré ou le résilier. En effet, la disposition du Code civil du Québec permettant à l'assureur d'augmenter la prime ou résilier le contrat⁶⁴² qui ne vise expressément que « les circonstances nouvelles qui aggravent les risques stipulés dans la police », s'appliquera logiquement en cas d'omission ou de déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise n'est pas établie, dans la mesure cette omission ou déclaration inexacte sera constitutive de circonstances nouvelles aussi bien l'assuré que pour l'assureur.

207. Le contrat d'assurance étant un contrat dont l'exécution s'échelonne dans le temps, c'est-à-dire un contrat à exécution successive, cette obligation légale du souscripteur ne se limite pas à la seule phase de conclusion du contrat, elle reste également exigée dans sa phase d'exécution.

II – LA DÉCLARATION DU RISQUE EN COURS DE CONTRAT

208. La déclaration du risque en cours de contrat consiste à déclarer durant l'exécution du contrat d'assurance, les nouvelles circonstances modifiant le risque initialement déclaré à l'assureur et couvert par la police d'assurance. Une modification qui se matérialise par l'aggravation de ce risque initial stipulé dans la police d'assurance et parfois par la création d'un nouveau risque. C'est une obligation légale qui pèse sur l'assuré en assurances de dommages et non en « assurances sur la vie⁶⁴³ dont l'objet est par essence de garantir les aggravations de l'état de santé (maladie, décès) »⁶⁴⁴. Mais si cette obligation est prévue à la fois par le législateur français et le législateur québécois, son régime juridique n'est pas tout à fait le même dans les deux systèmes. En effet, en droit français, le législateur oblige l'assuré à « déclarer, en cours de contrat, *les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux* et rendent de ce fait inexactes ou caduques les réponses faites à l'assureur, notamment dans le formulaire mentionné au 2° ci-dessus [(à savoir le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat)] »⁶⁴⁵.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ Art. L113-2 *in fine* C. assur. et 2466, C.c.Q.

⁶⁴⁴ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 286, p. 105.

⁶⁴⁵ Art. L113-2, 3°, C. assur. (nos italiques).

Alors qu'en droit québécois, le législateur impose à l'assuré « de déclarer à l'assureur, promptement, *les circonstances qui aggravent les risques stipulés dans la police et qui résultent de ses faits et gestes si elles sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement du taux de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance* »⁶⁴⁶. Ainsi, à la différence du législateur français qui vise deux catégories de circonstances à déclarer, à savoir les circonstances nouvelles qui aggravent le risque initialement déclaré et couvert par la police d'assurance et celles qui créent un nouveau risque, le législateur québécois quant à lui ne vise que les seules circonstances qui aggravent le risque initialement déclaré et couvert. De ce point de vue le droit français avec ses deux catégories de circonstances à déclarer, se révèle plus contraignant pour l'assuré et de ce fait, plus protectrice de la mutualité. Et inversement le droit québécois avec sa seule catégorie de circonstances à déclarer, se révèle plus souple pour l'assuré et moins protectrice de la mutualité.

209. Faute d'avoir défini expressément l'aggravation du risque dans les dispositions ci-dessus, le législateur québécois tout comme son homologue français donne quelques éléments permettant de cerner la notion. Mais si le premier procède par exclusion en citant quelques exemples de ce qui n'est pas une aggravation du risque (« l'inoccupation d'une résidence ne constitue pas une aggravation du risque lorsqu'elle ne dure pas plus de 30 jours consécutifs ou que l'assurance porte sur une résidence secondaire désignée comme telle. Ne constitue pas, non plus, une aggravation du risque le fait d'y laisser entrer des gens de métier pour effectuer des travaux d'entretien ou de réparation d'une durée d'au plus 30 jours »⁶⁴⁷), le second à travers sa dispositions selon laquelle : « en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, *telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, [...]* »⁶⁴⁸, donne quant à lui des critères permettant de déterminer ce qu'est une aggravation du risque, à savoir : toute circonstance nouvelle qui amplifie le risque initial de telle sorte que si elle était connue plutôt de l'assureur, il aurait refusé d'accorder sa garantie ou l'aurait fait qu'en contrepartie d'une prime supérieure.

⁶⁴⁶ Art. 2466, al. 1, C.c.Q. (nos italiques).

⁶⁴⁷ Art. 2468, C.c.Q.

⁶⁴⁸ Art. L113-4, al. 1, C. assur. (nos italiques).

A ce propos, la doctrine⁶⁴⁹ considère que l'aggravation du risque résulte soit dans les « chances » de sa réalisation, qui se trouvent augmentées en raison de la circonstance nouvelle, soit dans l'étendue des conséquences du sinistre, et soit les deux à la fois. Pour ce qui concerne la notion de « nouveau » risque évoquée ci-dessus par le législateur français, il n'y a pas difficulté particulière à la cerner. Il s'agit, conformément à la signification du mot « nouveau », d'un risque qui n'existait tout simplement à l'origine⁶⁵⁰. A ces différents points de divergences qui existent entre le droit français et le droit québécois concernant l'obligation légale de déclaration du risque (nouvelles circonstances) en cours de contrat, s'ajoute une divergence sur les conditions, la modalité et le délai d'exécution de ladite obligation.

210. Pour les conditions d'exécution de cette obligation légale de l'assuré, en exigeant dans sa disposition rappelée ci-dessus que les circonstances nouvelles à déclarer en cours de contrat aient « *pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux* »⁶⁵¹, le législateur français prévoit ainsi deux conditions alternatives. La première est « l'aggravation du risque » initial. Et la seconde, « la création d'un nouveau risque ». Étant deux conditions alternatives, il suffit que l'une d'elles soit remplie pour que l'assuré soit tenu d'exécuter cette obligation. Autrement dit, en droit français l'assuré n'est tenu de déclarer les circonstances nouvelles en cours de contrat que, lorsqu'elles aggravent le risque déclaré initialement ou lorsqu'elles en créent un nouveau. Ce qui *a contrario* signifie que, ne sont pas concernées par cette obligation légale de déclaration du risque en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui n'aggravent pas le risque initial et ne créent pas non plus un nouveau risque. Quant à l'inexactitude ou la caducité des réponses faites à l'assureur qu'entraînent les circonstances nouvelles aggravant le risque initial ou créant un nouveau risque, elles ne sont non pas des conditions, mais simplement des effets qu'engendrent desdites circonstances.

⁶⁴⁹ Voir notamment Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2011, n° 320 ; PICARD et BESSON, *Les assurances terrestres*, t1, « le contrat d'assurance », Paris, LGDJ, 1982, p. 132., le tout cité dans *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1314, p. 630, à la note 227.

⁶⁵⁰ Sur ces notions d'aggravation de risques et de risques nouveaux, voir aussi S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op.cit.*, note 246, n° 287, p. 106.

⁶⁵¹ Art. L113-2, 3°, C. assur. (nos italiques).

Et en imposant à l'assuré l'obligation de déclarer *les circonstances qui aggravent les risques stipulés dans la police et qui résultent de ses faits et gestes si elles sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement du taux de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance* »⁶⁵², le législateur québécois quant à lui fixe ainsi trois conditions cumulatives pour la déclaration des circonstances en cours de contrat. La première est l'aggravation du risque initial stipulé dans la police. La seconde, des circonstances qui résultent des « faits et gestes »⁶⁵³ de l'assuré. Et la troisième et dernière, des circonstances de nature à influencer de façon importante l'assureur dans l'établissement du taux de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir ou non le contrat d'assurance. Autrement dit, en droit québécois pour que l'assuré soit tenu d'exécuter cette obligation légale de déclarer les circonstances en cours de contrat, ces circonstances doivent à la fois : aggraver le risque initial stipulé dans la police ; résulter des faits et gestes de l'assuré ; et enfin être de nature à influencer de façon importante l'assureur dans l'établissement du taux de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir ou non le contrat d'assurance. Dans le cas contraire l'assuré ne sera pas tenu d'exécuter cette obligation, du moins pas sur le fondement de cette disposition légale. Cette exigence des « faits et gestes » de l'assuré en droit québécois suppose que, sauf à se référer à la notion de bonne foi qui doit gouverner la conduite des parties contractantes, l'assureur et l'assuré en particulier, même aggravant le risque, l'assuré québécois n'a légalement pas l'obligation de déclarer les circonstances qui ne résultent pas de ses faits et gestes, même s'il est très probable que les assureurs prévoient systématiquement dans leur police une clause l'obligeant de déclarer ces circonstances dès qu'il en a connaissance comme l'exigeait d'ailleurs le législateur⁶⁵⁴. Ainsi, à propos de ces conditions d'exécution par l'assuré de cette obligation légale de déclaration du risque (nouvelles circonstances) en cours de contrat, c'est le droit québécois avec ses trois conditions cumulatives qui se révèle plus protecteur de l'assuré que la mutualité. Et inversement, le droit français avec ses deux conditions alternatives, se révèle plus de la mutualité que l'assuré.

⁶⁵² Art. 2466, al. 1, C.c.Q. (nos italiques).

⁶⁵³ Mots qui désignent tant les actions que les inactions de l'assuré (9145-4025 *Québec Inc. c. Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances (Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*), (C.S., 2016-05-24), 2016 QCCS 2467, SOQUIJ AZ-51292463, 2016EXP-1915, J.E. 2016-1060, EYB 2016-266285)

⁶⁵⁴ « L'assuré doit communiquer promptement à l'assureur les aggravations de risque spécifiées au contrat, ainsi que celles résultant de ses faits et gestes et qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement du taux de prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance » (art. 2566 C.c.B-C.). La formulation de cet ancien texte est plus aboutie que celle du nouveau texte, à savoir l'article 2466 C.c.Q.

211. Pour la modalité et le délai d'exécution de cette obligation légale de déclaration des circonstances en cours de contrat, à la différence du législateur québécois qui n'exige de l'assuré qu'une rapide déclaration (« promptement »⁶⁵⁵) des circonstances sans plus de détail, le législateur français quant à lui exige que l'assuré fasse une déclaration à l'assureur « par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique, dans un délai de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance »⁶⁵⁶. Se révélant ainsi plus précis, le droit français ne présentera aucune difficulté à propos de cette modalité et ce délai d'exécution de l'obligation de déclaration du risque en cours de contrat par l'assuré. Alors qu'étant moins précis, il se peut qu'en droit québécois la modalité et le délai d'exécution suscitent quelques difficultés, même si cela est peu probable dans la mesure où le recours à une lettre recommandée et le respect d'un délai raisonnable suffiraient à la bonne exécution de cette obligation légale de l'assuré.

212. Une fois l'assureur informé de ces nouvelles circonstances légalement visées et rappelées ci-dessus, le législateur français⁶⁵⁷ tout comme le législateur québécois⁶⁵⁸ lui reconnaît deux options. La première est la résiliation du contrat d'assurance. La seconde, la proposition d'un nouveau montant de prime. Dans la première option, alors que le législateur québécois demeure silencieux, le législateur français quant à lui précise que dans ce « premier cas, la résiliation ne peut prendre effet que dix jours après notification et l'assureur doit alors rembourser à l'assuré la portion de prime ou de cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru »⁶⁵⁹. Dans cette première option de résiliation du contrat, c'est le droit français qui se révèle également plus précis à ce niveau. Cependant, même le législateur québécois ne prévoit pas de délai à propos de cette première hypothèse, il est tout à fait logique que l'assureur québécois lui aussi soit tenu de rembourser à l'assuré la portion de prime ou de cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru, ne serait-ce que sur le fondement du droit commun des obligations.

⁶⁵⁵ « L'assuré est tenu de déclarer à l'assureur promptement les circonstances » : (Art. 2466, al. 1, C.c.Q.).

⁶⁵⁶ Art. L113-2, 3°, C. assur.

⁶⁵⁷ Art. L113-4, al. 1, C. assur.

⁶⁵⁸ Art. 2467, al. 1, C.c.Q.

⁶⁵⁹ Art. L113-4, al. 2, C. assur.

Et dans la seconde option, alors que le législateur québécois accorde à l'assuré 30 jours à compter de la proposition, pour accepter et acquitter le nouveau montant de prime fixé par l'assureur du fait des circonstances nouvelles aggravant le risque, à défaut de quoi le contrat d'assurance cesse d'être en vigueur⁶⁶⁰, le législateur français quant à lui, bien qu'accordant aussi le même délai de 30 jours pour l'acceptation ou le refus du nouveau montant de prime, reconnaît non pas la cessation automatique du contrat au terme dudit délai, comme en droit québécois, mais simplement la possibilité pour l'assureur de « résilier le contrat au terme de ce délai, à condition d'avoir informé l'assuré de cette faculté, en la faisant figurer en caractères apparents dans la lettre de proposition »⁶⁶¹. Ainsi, avec la cessation automatique du contrat au terme du délai de 30 jours sans acceptation par l'assuré du nouveau montant de prime fixé par l'assureur, c'est le droit québécois qui se révèle plus souple dans cette seconde option. Le droit français avec la possible résiliation sous conditions reconnue à l'assureur, se révèle plus contraignant. Et eu égard aux parties, le droit français se trouve ainsi plus favorable à l'assuré que l'assureur. Et inversement pour le droit québécois. Mais aussi bien en droit français et qu'en droit québécois, l'assureur qui a été informé de l'aggravation du risque ne plus s'en prévaloir lorsqu'il continue d'accepter les primes ou s'il paie une indemnité après un sinistre, car il est réputé dans ce cas avoir acquiescé au changement qui lui a été ainsi déclaré⁶⁶². En cas de diminution du risque en cours de contrat, le législateur français⁶⁶³ reconnaît à l'assuré le droit à une diminution du montant de la prime. Le refus de cette diminution par l'assureur peut entraîner la nullité du contrat dans les 30 jours à compter de la dénonciation du contrat par l'assuré et le remboursement de la portion de prime ou cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru.

⁶⁶⁰ Art. 2467, al. 1, C.c.Q.

⁶⁶¹ Art. L113-4, al. 2, C. assur.

⁶⁶² Voir en ce sens les art. L113-4, al. 3, C. assur. et 2467, al. 2, C.c.Q.

⁶⁶³ Art. L113-4, al. 4, C. assur.

213. Pour ce qui est du manquement à cette obligation pour l'assuré de déclarer le risque (circonstances nouvelles) en cours de contrat, le législateur québécois à travers le second alinéa de l'article 2466 du Code civil, applique les mêmes dispositions régissant la déclaration précontractuelle abordée ci-haut, à savoir l'article 2411 du Code civil du Québec selon lequel : « en matière d'assurance de dommages, à moins que la mauvaise foi du preneur ne soit établie ou qu'il ne soit démontré que le risque n'aurait pas été accepté par l'assureur s'il avait connu les circonstances en cause, ce dernier demeure tenu de l'indemnité envers l'assuré, dans le rapport de la prime perçue à celle qu'il aurait dû percevoir »⁶⁶⁴. Ainsi, en prenant soin de distinguer selon que le souscripteur ou l'assuré soit de bonne et mauvaise foi, le législateur québécois adopte donc les mêmes sanctions pour le manquement à l'obligation de déclaration du risque, que ce soit la déclaration précontractuelle au moment de la souscription du contrat d'assurance ou la déclaration en cours de contrat. Une sanction prévoyant d'une part, la nullité du contrat pour le manquement imputable au souscripteur ou l'assuré de mauvaise foi, et d'autre part, la possibilité pour l'assureur d'augmenter la prime, résilier le contrat ou procéder à une réduction proportionnelle de l'indemnité pour le manquement imputable au souscripteur ou l'assuré de bonne foi. Il en est de même pour le législateur français, il applique au manquement à l'obligation de déclaration des circonstances nouvelles en cours de contrat, les mêmes articles (L113-8 et L113-9 du Code des assurances) applicables au manquement à l'obligation de déclaration précontractuelle du risque. Ainsi, après à son tour avoir distingué le souscripteur ou l'assuré de bonne et mauvaise foi, il a adopté les mêmes sanctions pour les deux catégories de manquement, à savoir d'une part, la nullité du contrat pour le manquement imputable au souscripteur ou l'assuré de mauvaise foi, et d'autre part, selon que le manquement a été constaté avant ou après tout sinistre, la possibilité pour l'assureur d'augmenter la prime, résilier le contrat (hypothèse de constatation du manquement avant sinistre) ou procéder à une réduction proportionnelle de l'indemnité contrat (hypothèse de constatation du manquement après sinistre). Mais à la différence de son homologue québécois, le législateur français⁶⁶⁵ admet aussi la possibilité de prévoir par une clause du contrat, la déchéance de garantie en cas de déclaration tardive des circonstances nouvelles aggravant le risque initial ou créant de nouveaux risques. Serait ainsi tardive toute déclaration qui intervient après le délai prévu de quinze jours.

⁶⁶⁴ Art. 2411, C.c.Q.

⁶⁶⁵ Art. L113-2, C. assur.

Outre le fait qu'elle doit être prévue par une clause du contrat, cette déchéance ne pourra cependant être opposée à l'assuré que si l'assureur établit d'une part, que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice, et d'autre part, que ce retard n'est pas dû à un cas fortuit ou de force majeure. Cette déchéance pour déclaration tardive est cependant jugée peu opportune⁶⁶⁶ dans la mesure où la sanction qui s'y rapporte est plus sévère que celle prévue pour l'assuré de bonne foi n'ayant pas procédé à la déclaration. Autrement dit, « l'assuré qui a bien procédé à une déclaration, mais l'a fait tardivement, se voit traité plus durement que l'assuré qui, de bonne foi [certes], n'a [pourtant] procédé [quant à lui] à aucune déclaration. En effet, dans cette hypothèse, si l'omission est découverte après un sinistre, l'assuré bénéficie d'une indemnité réduite, tandis que dans l'hypothèse où il n'a procédé qu'à une déclaration tardive, il est privé de toute indemnisation »⁶⁶⁷.

214. Aussi bien en droit québécois qu'en droit français, il résulte clairement de ces dispositions qui réglementent la déclaration du risque par le souscripteur ou l'assuré, deux principes fondamentaux du droit des contrats en général et le contrat d'assurance en particulier. Le premier est le principe de bonne foi qui doit gouverner la conduite des parties dans les toutes phases du contrat, de la négociation à l'exécution selon le législateur français⁶⁶⁸ et de la naissance de l'obligation à son extinction selon le législateur québécois⁶⁶⁹. Principe matérialisé ici par l'exigence de la sincérité et l'honnêteté dans la déclaration du risque et la sanction en cas de manquement aussi bien dans la phase précontractuelle qu'en cours de contrat. Le second est le principe de la liberté contractuelle⁶⁷⁰. Elle se matérialise ici par la liberté pour chacune des parties au contrat d'assurance de s'engager ou non après la déclaration du risque, mais aussi et surtout par la possibilité pour l'assuré de sélectionner le risque à couvrir de façon à procéder notamment à une exclusion de garantie de tous les risques susceptibles de nuire au bon fonctionnement de la mutualité. Ce qui permet de qualifier l'exclusion de garantie comme conséquence de la sélection du risque par l'assureur.

⁶⁶⁶ En ce sens *L'Argus de l'assurance*, (s.dir.) L. Grynbaum, 7^e éd., 2020/2021, n° 2473, p. 568.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ Art. 1104, al. 1, C.civ.

⁶⁶⁹ Art. 1375, C.c.Q.

⁶⁷⁰ Art. 1102, C.civ. Principe qui n'est pas affirmé expressément dans l'actuel Code civil du Québec, mais il est sous-entendu dans le principe du consensualisme prévu à l'article 1385 dudit Code.

§ 2 – EXCLUSION COMME CONSÉQUENCE DE LA SÉLECTION DU RISQUE

215. Pour garantir le bon fonctionnement de la mutualité, plusieurs possibilités s'offrent à l'assureur une fois qu'il a pris connaissance du risque grâce à la déclaration faite par le souscripteur. La première et la plus simple, est de ne tout simplement pas accepter, en principe⁶⁷¹, de couvrir le risque qui lui a été déclaré. Ce qui peut se traduire par une exclusion pure et simple de ce risque dans le cadre de la déclaration précontractuelle et par la résiliation du contrat dans le cadre de la déclaration des circonstances nouvelles aggravant le risque ou créant de nouveaux risques⁶⁷². La seconde est de procéder à la sélection des risques en précisant d'une part, ceux qu'il souhaite prendre en charge avec le taux de prime applicable qui peut être revu à la hausse en cas de circonstances nouvelles aggravant le risque initial⁶⁷³ ou créant de nouveau, et d'autre part, ceux qu'il ne souhaite pas prendre en charge en se contentant d'exclure de sa garantie *le seul risque nouveau* qu'il juge dangereux pour la mutualité parce que « susceptible de rompre l'équilibre entre ses recettes et ses dépenses »⁶⁷⁴ ou dépasse les limites de la garantie qu'il entend accorder⁶⁷⁵.

216. L'assureur peut enfin procéder à une sélection indirecte en limitant sa garantie grâce aux mécanismes de découvert obligatoire et de franchise. Le premier consiste à laisser à la charge de l'assuré une part du risque qu'il s'engage à ne pas faire garantir par d'autres assureurs afin de l'intéresser à la non-réalisation du risque. Et le second est une convention aux termes de laquelle la garantie de l'assureur n'est engagée qu'au-delà d'un certain chiffre de perte⁶⁷⁶. Toutefois, malgré sa nécessité pour le succès de l'opération d'assurance par la protection de la mutualité, « la sélection des risques [a] ses limites, étant donné que l'apport d'un volume suffisant d'affaires importe tout autant, sinon davantage, que la qualité de ces affaires, à la condition, bien entendu, que cette qualité demeure dans la moyenne.

⁶⁷¹ En principe, car en France *le Bureau central de tarification* peut obliger un assureur de couvrir un risque qu'il avait pourtant refusé de garantir (art. L212-1 et L215-1 C. assur.).

⁶⁷² Art. 2467, al. 1, C.c.Q. et L113-4 al. 1 et 2, C. assur.

⁶⁷³ Art. 2467, al. 1, C.c.Q. et L113-4 al. 1, C. assur.

⁶⁷⁴ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 15, p. 24.

⁶⁷⁵ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op.cit.*, note 246, n° 291, p. 108.

⁶⁷⁶ C. ANCEY, *L'assurance, sa technique, son mécanisme, ses méthodes appliquées aux affaires commerciales et financières*, Paris, LGDJ, 1933, pp. 165 à 167.

La sélection des risques n'a qu'un effet limité : on est amené, malgré tout, à accepter un certain nombre de risques médiocres. L'assureur a donc tout intérêt à prendre un rôle actif dans l'amélioration des risques en facilitant et en provoquant l'adoption par ses assurés actuels et futurs, des procédés de prévention »⁶⁷⁷. C'est en raison de ces limites de la sélection des risques, que la protection de la mutualité est aussi assurée par son mécanisme de fonctionnement.

SECTION 2 – LA PROTECTION DE LA MUTUALITÉ PAR L'ORGANISATION DES RISQUES

217. L'assureur ne se contente pas de sélectionner les risques qu'il prend en charge. Une fois cette première étape cruciale de sélection des risques terminée, il doit, conformément à ses prévisions nourries par les données statistiques, procéder ensuite à leur réparation (§ 1) de façon à pouvoir mieux les compenser (§ 2).

§ 1 – LA RÉPARTITION DES RISQUES

218. Pour le bon fonctionnement de la mutualité, l'assureur doit en plus du caractère suffisamment fréquent des risques, veiller à leur homogénéisation. D'où la nécessité de procéder à leur classification en catégorie et sous-catégorie selon la nature (incendie, vol, responsabilité, décès), l'objet (chose ou personne) et la valeur (risques de masse ou grands risques). Après avoir ainsi classé les risques qui composent la mutualité, l'assureur doit ensuite procéder à leur répartition de sorte qu'ils soient « dispersés » ou « disséminés » et non être regroupés dans une même zone géographique ou dans une seule branche d'assurance. Il faut entendre par là la nécessité de grouper une multitude de risques de façon à ce qu'une minorité seulement se réalise⁶⁷⁸. Autrement dit, les risques mutualisés doivent porter sur nombre important de choses ou des personnes, mais que seule une infime partie de ce nombre serait touché par un sinistre.

⁶⁷⁷ *Id.*, p. 167.

⁶⁷⁸ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 12, p. 22.

« Cette dispersion ou dissémination des risques est imposée par le principe même de la mutualité : elle est une condition de l'équilibre de la caisse commune. [...] Cette condition de dispersion des risques a pour conséquence de rendre non assurable techniquement certains risques très généraux dans leur réalisation, car il faudrait alors demander aux intéressés des contributions très élevées, presque équivalentes au capital assuré, ce qui est économiquement impossible »⁶⁷⁹. Il en est ainsi des risques résultant de guerre étrangère ou guerre civile, des émeutes ou mouvements populaires, mais aussi des risques catastrophiques qui peuvent être naturels (tremblements de terre, éruptions volcaniques, inondation et autres cataclysmes) ou technologiques (pollution et autres catastrophes industrielles) qui, sont à juste titre légalement exclus de la garantie par les législateurs français et québécois. Pour le premier, « *l'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou par des mouvements populaires* »⁶⁸⁰ avant d'ajouter que « *sauf convention contraire, l'assurance ne couvre pas les incendies directement occasionnés par les éruptions de volcan, les tremblements de terre et autres cataclysmes* »⁶⁸¹. Et pour le second, « *l'assureur qui assure un bien contre l'incendie n'est pas garant du préjudice causé par les incendies ou les explosions résultant d'une guerre étrangère ou civile, d'une émeute ou d'un mouvement populaire, d'une explosion nucléaire, d'une éruption volcanique, d'un tremblement de terre ou d'autres cataclysmes* »⁶⁸².

219. Mais l'exclusion légale de ces risques étant dictée non pas par des considérations d'ordre public ou moral, mais simplement par leur inassurabilité purement technique qu'on sait être relative, l'assureur qui estime avoir l'information et les moyens financiers suffisants pour les couvrir, peut tout à fait accorder sa garantie⁶⁸³. Concernant ces moyens financiers, la gestion collective des risques par la compensation est un outil indispensable.

⁶⁷⁹ *Id* ; voir également en ce sens Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 52, p. 46.

⁶⁸⁰ Art. L121-8 al. 1, C. assur.

⁶⁸¹ Art. L122-6, C. assur.

⁶⁸² Art. 2486, C.c.Q.

⁶⁸³ L. MAYAUX, « La couverture du risque », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1626, p. 795.

§ 2 – LA COMPENSATION DES RISQUES

220. L'assureur après avoir sélectionné et réparti les risques qu'il prend en charge va ensuite « organiser leur gestion collective par la compensation, en s'arrangeant pour que le risque global ne menace pas sa solvabilité »⁶⁸⁴. Il doit pour ce faire s'assurer de l'indépendance de ces risques de sorte que « la survenance d'un sinistre pour l'un d'entre eux [n'ait] pas d'action sur la survenance des sinistres de l'autre »⁶⁸⁵. La compensation n'est donc que la suite logique de *la dispersion des risques* qui, conditionne l'équilibre financier de la mutualité. En effet, « si les risques n'étaient pas dispersés, c'est-à-dire s'ils étaient susceptibles d'atteindre la totalité ou même simplement la majorité des intéressés dans des conditions identiques, il serait impossible à l'entreprise de les compenser, de les fractionner »⁶⁸⁶ et ce, en raison du coût énorme qui en résultera. Il faut faire en sorte que les primes ou cotisations versées pour les risques n'ayant pas engendré de sinistre puissent permettre de régler les sinistres engendrés par quelques risques. Autrement dit, la recette ou le profit engendré(e) par les risques non sinistrés doit permettre de régler la dépense ou charge engendrée par les risques sinistrés. D'où le terme de compensation.

221. Il faut tout de même souligner que, « il n'y a d'assurance efficace que si cette compensation des risques est organisée à l'intérieur de la mutualité groupée par l'assureur, conformément aux lois mathématiques sur lesquelles il fonde ses prévisions »⁶⁸⁷. Ce qui conduira à la non-couverture par l'assureur de tout risque susceptible de fausser ses prévisions dans la gestion collective de la mutualité par la compensation. Ainsi, en raison de sa nécessité pour la compensation, l'indépendance des risques est une condition du bon fonctionnement de la mutualité et donc un facteur d'assurabilité en ce qu'elle favorise l'acceptation et la couverture des risques par l'assureur. Inversement, la dépendance ou corrélation des risques, dans le domaine d'assurance incendie en particulier où les flammes peuvent se propager d'un immeuble à un autre, est un facteur d'aggravation qui fait obstacle à leur couverture par l'assureur. En effet, lorsqu'un risque est susceptible d'entraîner des sinistres de forte intensité, l'assureur n'accordera pas sa garantie en raison de sa capacité financière limitée qui l'amène à fixer une somme maximale au-delà de laquelle il ne souhaite s'engager pour un risque déterminé, c'est-à-dire le plein de souscription.

⁶⁸⁴ P. PETAUTON, « L'opération d'assurance : définition et principes », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 434.

⁶⁸⁵ *Id.*, p. 435.

⁶⁸⁶ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1975, *op. cit.*, note 264, n° 12, p. 22.

⁶⁸⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 52, p. 46.

Ce qui entraînera un plafonnement ou une exclusion de garantie, car même la réassurance ou la coassurance dont l'assureur fait appel pour les risques de grande importance sont limitées dans leur capacité à couvrir un risque. En garantissant ainsi le bon fonctionnement de la mutualité, l'exclusion de garantie contribue tout naturellement à la sauvegarde de l'assurance en tant qu'institution.

CHAPITRE 2 : LA NÉCESSITÉ DE L'EXCLUSION DE GARANTIE POUR LA SAUVEGARDE DE L'INSTITUTION D'ASSURANCE

222. Alors que la technique s'appuyait sur la notion d'opération d'assurance, l'approche institutionnelle repose sur celle de l'activité d'assurance, qui est une notion plus économique. C'est « l'activité déployée par une entreprise organisée à cette fin pour garantir le risque d'autrui ». Il s'agit d'une activité essentielle pour l'économie, non seulement parce que sans couverture de risque, il ne peut guère y avoir prise de risque et donc innovation et développement économique, mais aussi parce que l'assureur qui perçoit des primes et effectue des placements avec les sommes collectées est par sa nature même un investisseur institutionnel. C'est un rouage essentiel du système financier et, derrière lui, de l'économie toute entière⁶⁸⁸

Par institution d'assurance, il faut donc entendre l'activité ou l'industrie d'assurance, même si pour des raisons de cohérence c'est le terme « institution » qui sera conservé dans l'intitulé des différents titres qui composent ce chapitre. En effet, en raison de son importance pour la société, l'activité ou l'industrie d'assurance a été en toute logique institutionnalisée. Elle est l'un des outils qu'utilisent les pouvoirs publics pour répondre à des préoccupations d'intérêt général. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, en rendant obligatoire l'assurance automobile, les législateurs français et québécois ont voulu éviter que les victimes des accidents de la circulation ne se retrouvent sans réparation du fait de l'insolvabilité éventuelle de l'auteur de l'accident, comme c'était souvent le cas avant que cette assurance ne soit rendue obligatoire.

223. Ces dispositifs d'assurance obligatoire sont souvent accompagnés par la mise en place des fonds d'indemnisation⁶⁸⁹ destinés à faire face à des situations où le mécanisme assurantiel ne peut jouer. Pour prendre toujours l'assurance automobile comme exemple, ces fonds permettent de prendre notamment en charge des victimes d'accidents de la circulation dont le responsable est inconnu, non assuré, insolvable ou non garanti. Ainsi, en tant qu'institution économique et sociale⁶⁹⁰ sur laquelle repose le fonctionnement de notre société actuelle, l'activité ou l'industrie d'assurance nécessite d'être bien encadrée pour assurer sa pérennité.

⁶⁸⁸ L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 46, p. 19.

⁶⁸⁹ A titre d'exemple on peut citer : le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, FGAO (art. L. 421-1 C. assur.) ; Fonds de revalorisation de certaines rentes allouées en réparation du préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur, (art. A. 431-8 C. assur.) ; Le fonds d'indemnisation des services financiers (titre V de la Loi sur la distribution de produits et services financiers, RLRQ, D-9.2) ; Le fonds d'assurance automobile du Québec (chapitre 2 de la Loi sur la Société d'assurance automobile du Québec, RLRQ, c. S-11.011).

⁶⁹⁰ M. ALBERT, « Le rôle économique et social de l'assurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, pp. 3 et ss.

Cet encadrement de l'industrie d'assurance nécessite d'exclure de la garantie tout risque susceptible de nuire à son bon fonctionnement. D'où l'intitulé du présent chapitre (« la nécessité de l'exclusion de garantie pour la sauvegarde de l'institution (l'industrie) d'assurance »). C'est également dans cette optique d'encadrement et donc de la sauvegarde de l'industrie d'assurance pour assurer sa pérennité que, en matière d'assurance, on exige non pas la simple bonne foi du droit commun des obligations, mais une bonne foi de degré supérieur appelé la plus haute bonne foi ou *uberrimafides*. C'est cette plus haute bonne foi exigée en matière d'assurance qui entraîne l'exclusion légale de garantie des sinistres causés volontairement par l'assuré ou la perte de la garantie en cas de mensonge dans la déclaration du risque ou du sinistre. C'est en ce sens qu'on parle de sauvegarde de l'institution (l'industrie ou l'activité) d'assurance à travers la notion de plus haute bonne foi (section 1). A cela s'ajoutent aussi d'autres mécanismes de protection de l'assuré qui, ne serait-ce qu'indirectement contribuent à la sauvegarde de l'industrie d'assurance par le rétablissement d'un équilibre contractuel entre assureurs et assurés. En effet, sans la protection de l'assuré dans sa relation avec l'assureur qui rédige entièrement le contrat en y insérant des clauses qui peuvent être ambiguës et voire même abusives, le déséquilibre du contrat d'assurance serait tel que très peu de gens y souscriraient volontairement. Ainsi, mise à part les assurances obligatoires, il n'y aurait pas ou y aurait très peu d'assurés (du moins en ce qui concerne les particuliers) en l'absence de mécanismes de protection de l'assuré face à la toute puissance de son cocontractant l'assureur. Et il ne peut y avoir d'assurance sans assurés. C'est donc dans cette optique de protection de l'assuré pour la sauvegarde de l'industrie d'assurance, que les législateurs français et québécois exigent des conditions très contraignantes⁶⁹¹ pour la validité des clauses d'exclusion de garantie contenues dans les polices d'assurance. Les règles d'interprétation du contrat d'assurance⁶⁹² et la lutte contre les clauses abusives⁶⁹³ s'inscrivent également dans ce cadre. De ce fait, il y a bien un lien entre la sauvegarde de l'industrie d'assurance par la protection de l'assuré et la nécessité de l'exclusion de garantie. Face à la toute puissance de l'assureur autorisé d'exclure de la garantie tout risque susceptible de porter atteinte à l'équilibre de la mutualité, ces mécanismes de protection de l'assuré sont des garde-fous indispensables à la pérennisation de l'assurance en tant qu'institution. C'est en ce sens qu'on parle de sauvegarde de l'institution (l'industrie ou l'activité) d'assurance par la protection de l'assuré (section 2).

⁶⁹¹ V. *infra*, n° 283 et s.

⁶⁹² V. *infra*, n° 237 et s.

⁶⁹³ V. *infra*, n° 250 et s.

SECTION 1 – LA SAUVEGARDE DE L’INSTITUTION D’ASSURANCE À TRAVERS LA NOTION DE PLUS HAUTE BONNE FOI

224. Outre la protection de la mutualité, garantir la pérennité de l’activité ou l’institution d’assurance rend nécessaire l’exclusion de la garantie des risques susceptibles de nuire à son bon fonctionnement du fait de leur incompatibilité à la technique d’assurance ou de la mauvaise foi de l’assuré. Exclure de la garantie d’assurance les risques ou plus précisément les sinistres engendrés par la mauvaise foi de l’assuré, démontre le lien qu’il y a entre l’exclusion de garantie et la bonne foi ou plutôt la plus haute bonne foi exigée en matière d’assurance. En effet, si la bonne foi est exigée dans toute relation contractuelle⁶⁹⁴, en matière d’assurance cette exigence est d’un niveau tellement élevé qu’on qualifie le contrat d’assurance comme contrat « *d’extrême* »⁶⁹⁵, « *de particulière* »⁶⁹⁶, « *exceptionnelle* »⁶⁹⁷ ou « *de plus haute* »⁶⁹⁸ *bonne foi*. Ces qualificatifs expriment tout simplement que le contrat d’assurance exige un niveau de bonne foi supérieur à celui qui est habituellement requis dans les contrats de droit commun⁶⁹⁹, car « il serait non seulement *bonaefidei* mais aussi *uberrimaefidei*, en ce qu’il implique « une collaboration entre les assurés et les assureurs », *un affectio assecurationis* »⁷⁰⁰. Par plus haute bonne foi il faut donc entendre « un standard encore plus élevé que la bonne foi du droit commun des contrats »⁷⁰¹.

⁶⁹⁴ Art. 1104 C. civ. et 6, 7 et 1375 C.c.Q.

⁶⁹⁵ F. EWALD, « La bonne foi dans la déclaration du risque », Séminaire « Risques, assurances, responsabilités » Session 2008-2009 Bonne foi, transparence, information ; M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres*, 1938, *op. cit.*, note 113, n° 110, p. 214.

⁶⁹⁶ A. BESSON, « Le contrat d’assurance et la morale », in *le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à G. Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 184 ; R. BOUT, « Vices du consentement et droit du contrat d’assurance », in *mélanges offerts à J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 47, n° 4.

⁶⁹⁷ M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres*, 1938, *op. cit.*, note 113, n° 110, p. 214.

⁶⁹⁸ R. BOUT, *La déclaration frauduleuse de sinistre en assurance dommages. Études comparées des droits français et québécois* : *Rev. Jur. Thémis* 1987, vol. 21, p. 385, n° 2 ; O. JOBIN-LABERGE, « Les limites de la bonne foi dans les contrats : l’assurance, un cas particulier », (2001) 68 *Assurances*, 493, 495 ; *Barrette c. Union canadienne (L’), compagnie d’assurance*, 2013 QCCA 1687, EYB 2013-227285.

⁶⁹⁹ H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d’assurance terrestre*, Paris, Litec, 2008, n° 165, p. 108 ; R. MOREAU, « Les principes d’assurances », (1999) 63 *Assurances*, 433, 441.

⁷⁰⁰ L. MAYAUX, « Le contrat d’assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 136, p. 76.

⁷⁰¹ *Barrette c. Union canadienne (L’), compagnie d’assurance*, (C.A., 2013-09-30 (jugement rectifié le 2013-10-17), 2013 QCCA 1687, SOQUIJ AZ-51006367, 2013EXP-3229, J.E. 2013-1754, [2013] R.J.Q. 1577.

Pour comprendre davantage en quoi cette bonne foi de niveau supérieur exigée en matière d'assurance contribue à la sauvegarde de l'institution d'assurance et le lien qu'elle a avec l'exclusion de garantie, il convient d'abord de déterminer la portée de la notion (§ 1) avant d'envisager ensuite la question de la place qu'elle occupe en droit contemporain des assurances⁷⁰² (§ 2).

§ 1 – PORTÉE DE LA NOTION DE PLUS HAUTE BONNE FOI

225. « [...] la portée générale d'une règle de bonne foi est d'imposer à chacune des parties contractantes l'obligation de prêter attention ou de veiller aux intérêts de l'autre partie (au lieu de se préoccuper exclusivement de ses propres intérêts). La règle du comportement de bonne foi constitue ainsi le pendant du principe directeur du droit des contrats dans le Code Napoléon, de conception essentiellement individualiste »⁷⁰³. Nécessaire à l'existence et au bon fonctionnement de l'activité d'assurance, c'est-à-dire à l'assurance en tant qu'institution, l'obligation de plus haute bonne foi s'impose à la fois au souscripteur/l'assuré et à l'assureur et ce, de la souscription à la fin du contrat d'assurance⁷⁰⁴. Etant donc « nécessaire à l'existence et au bon fonctionnement de l'activité d'assurance, l'obligation de plus haute bonne foi exigée en matière d'assurance contribue sans conteste à la sauvegarde de l'institution d'assurance. Et pour comprendre au mieux la portée de cette notion de plus haute bonne foi en matière d'assurance, il convient de l'envisager d'abord à l'égard du souscripteur ou assuré (I) et ensuite à l'égard de l'assureur (II).

⁷⁰² Sur cette question voir, A. BELANGER, « Interrogations critiques sur *l'uberrimafides* dans le contrat d'assurance », (octobre 2009-janvier 2010) 77(3-4) *Assurances et gestion des risques* 203-236.

⁷⁰³ H. COUSY, « Les différents cadres juridiques de l'assurance », dans F. EWALD, J.-H. LORENZI (ss. dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 207-234, p. 227.

⁷⁰⁴ *Barrette c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurance*, (C.A., 2013-09-30 (jugement rectifié le 2013-10-17), 2013 QCCA 1687, SOQUIJ AZ-51006367, 2013EXP-3229, J.E. 2013-1754, [2013] R.J.Q. 1577.

I – PORTÉE DE LA PLUS HAUTE BONNE FOI A L'EGARD DU SOUSCRIPTEUR/ASSURÉ

226. D'origine maritime, la notion de plus haute bonne foi qui renvoie à la bonne foi au niveau supérieur ou à la puissance maximale, fait peser sur le souscripteur ou l'assuré une obligation d'honnêteté, de loyauté et surtout de collaboration qui, sont indispensables à l'équilibre et au bon fonctionnement de la relation contractuelle en particulier et de l'institution d'assurance en générale. C'est en ce sens qu'on peut lire : « l'assurance suppose nécessairement une collaboration entre les assurés et l'assureur qui gère la mutualité ; on pourrait, par analogie avec le contrat de société où existe *l'affectio societatis*, soutenir que, dans le contrat d'assurance, il y a *l'affectio assecurationis*, pour indiquer cette nécessité où se trouve l'assuré de se soucier du succès de l'entreprise commune »⁷⁰⁵.

227. D'autres⁷⁰⁶ parleront « *d'obligation de sincérité et de franchise* », bref un « *comportement éthique de l'assuré* » qui peut se justifier par des raisons philosophique, morale et économique :

- Philosophique : s'assurer, c'est demander à entrer dans une mutualité. La condition d'existence d'une telle mutualisation est que ses membres n'aient pas le sentiment qu'on les fait participer à une « société des voleurs ». La bonne foi de l'assuré est une condition de possibilité de l'existence de la mutualité [et donc une nécessité pour la sauvegarde de l'assurance en tant qu'institution].
- Morale : problème de justice au sein des mutualités. Sans sincérité, les petits risquent de payer pour les gros.
- Economique : l'assureur n'assure jamais qu'un portefeuille de risque déterminé. L'assurabilité n'est pour lui que relative. Il a besoin de savoir quel est le risque qui demande à s'assurer pour déterminer s'il peut ou non le prendre. Or, pour des raisons d'asymétrie d'information, l'assureur est en situation de ne pas pouvoir observer la réalité d'un risque que l'assuré peut, quant à lui, connaître, dont on peut même faire de la connaissance un privilège de l'assuré (secret médical, protection de la vie privée)⁷⁰⁷.

228. Pour la pérennité et donc la sauvegarde de l'institution d'assurance, ce comportement de loyauté et ce souci du bon fonctionnement de la mutualité doivent guider le preneur pendant tout le processus assuranciel, de la souscription à la fin du contrat d'assurance.

⁷⁰⁵ M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres*, 1938, *op. cit.*, note 113, n° 110, p. 214.

⁷⁰⁶ F. EWALD, « La bonne foi dans la déclaration du risque », Séminaire « Risques, assurances, responsabilités » Session 2008-2009 Bonne foi, transparence, information [nos soulignements].

⁷⁰⁷ *Id.*

Lors de la souscription, il doit à travers la déclaration initiale du risque mettre l'assureur en mesure de l'apprécier de façon à pouvoir calculer la prime lorsqu'il accepte de le couvrir ou, de le refuser en toute connaissance de cause. Pour ce faire, « il doit manifester un haut degré de bonne foi. Mais il doit encore faire preuve d'une même loyauté, tout au long de l'exécution de ce contrat, soit pour informer l'assureur, dans les assurances de dommages, de la survenance de causes d'aggravation du risque, soit pour lui révéler les circonstances de la réalisation du risque, lorsque, le sinistre étant survenu, il en réclame l'indemnisation »⁷⁰⁸. Traditionnellement c'est par le principe de mutualité qu'on justifie cette particulière acuité de la bonne foi exigée en matière d'assurance, mais derrière la mutualité se trouve aussi et surtout l'activité ou l'institution même d'assurance. Autrement dit, outre « la mutualité qui est à la base de la garantie d'assurance »⁷⁰⁹, cette exigence particulière de bonne foi se justifie aussi et surtout par le souci de sauvegarde de l'activité d'assurance. Ce qui tout naturellement et en toute logique justifie d'exclure de la garantie d'assurance tout risque susceptible de nuire au bon fonctionnement de la mutualité en particulier et l'activité d'assurance en général. En effet, « la mutualité repose sur l'association : les assurés mettent en commun leurs risques, ils ont ainsi des intérêts communs. Sans doute, chacun poursuit son intérêt personnel, mais l'intérêt de chacun est lié aux intérêts de tous »⁷¹⁰. Autrement dit, « outre l'assureur, le contrat d'assurance met en présence la mutualité des assurés, l'éventuelle mauvaise foi du souscripteur [ou de l'assuré] lèse donc des intérêts bien plus nombreux qu'au sein d'un contrat de droit commun »⁷¹¹. C'est cet intérêt commun qui caractérise le contrat d'assurance qui justifie le dépassement de la simple bonne foi au profit du concept de collaboration⁷¹². A ce principe de mutualité, Picard et Besson ajoutent aussi l'existence « d'une asymétrie d'information qui serait consubstantielle au contrat et demanderait à être corrigée par cette particulière bonne foi qui oblige l'assuré à déclarer à l'assureur avec sincérité le risque pour qu'ils soient tous les deux sur un pied d'égalité »⁷¹³.

⁷⁰⁸ R. BOUT, *La déclaration frauduleuse de sinistre en assurance dommages*, *op. cit.*, note 609, n° 2, p. 385.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 26, p. 11.

⁷¹² L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 136, p. 76.

⁷¹³ M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres*, 1938, *op. cit.*, note 113, n° 110, p. 214., cité par L. MAYAUX, « Le contrat d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 136, p. 76.

229. Si l'asymétrie d'information et le principe de mutualité sur lequel repose le fonctionnement de l'assurance sont traditionnellement cités comme fondement de la plus haute bonne foi exigée de l'assuré et la sévérité de la sanction de sa mauvaise foi, une sanction pouvant aller de l'exclusion de garantie à la nullité du contrat notamment dans le cadre de la déclaration initiale du risque⁷¹⁴, il convient dorénavant de rajouter à ces deux fondements traditionnels, le souci et la nécessité de sauvegarder l'assurance en tant qu'institution. Autrement dit, aux deux justifications traditionnelles de la plus haute bonne foi exigée de l'assuré (l'asymétrie d'information et le principe de mutualité), s'ajoute une nouvelle qui est le souci et la nécessaire sauvegarde de l'institution d'assurance. En effet, telle qu'elle est envisagée et la sanction qui en résulte en cas de manquement, la bonne foi exigée de l'assuré l'incite à avoir une attitude éthique et un comportement exemplaire. Ce qui, en plus de la mutualité des assurés en tant que telle, protège d'une part, l'assureur d'abord en sa qualité de cocontractant de l'assuré, puis en sa qualité d'organisateur et gestionnaire de ladite mutualité, et donc garant de son bon fonctionnement, et d'autre part tous les partenaires de l'assuré, notamment les éventuelles victimes en assurances de responsabilités civile et professionnelle. En protégeant à la fois l'assureur et les assurés dans leur ensemble mais aussi tout autre intéressé telles que les éventuelles victimes, ou tout autre partenaire de l'assurance, cette bonne foi à la puissance maximale exigée de l'assuré sauvegarde finalement l'assurance d'abord en tant que contrat, puis en tant qu'activité ou institution qui ne peut fonctionner que sur des bases éthiques solides. D'où l'exclusion de la garantie d'assurance des risques susceptibles de nuire au bon fonctionnement de la mutualité en particulier et de l'activité ou l'institution d'assurance en général. De ce qui précède, il résulte donc clairement que la plus haute bonne foi exigée du souscripteur ou l'assuré a non seulement un lien avec l'exclusion de garantie, mais contribue aussi à la sauvegarde de l'institution (l'activité ou l'industrie) d'assurance. D'où l'exigence du même comportement éthique de plus haute bonne foi de la part de l'assureur en tant qu'organisateur, gestionnaire et donc garant du bon fonctionnement de la mutualité.

⁷¹⁴ Art. L113-8 C. assur. et 2410-2411, C.c.Q.

II – PORTÉE DE LA NOTION DE PLUS HAUTE BONNE FOI A L'EGARD DE L'ASSUREUR

230. Historiquement, l'obligation de la plus haute bonne foi s'imposait au preneur seul. L'origine maritime de l'assurance expliquait ce déséquilibre : l'assureur était en effet à la merci des déclarations de l'armateur dans la mesure où le navire à assurer se trouvait sur la haute mer. Mais – sans nécessairement employer l'expression –, les tribunaux ont de plus en plus tendance à imposer une telle obligation à l'assureur, puisque le preneur se trouve lui aussi à la merci de son assureur dont la position est techniquement supérieure. Les juges ne permettront pas à un assureur de surprendre la bonne foi de son cocontractant en lui faisant supporter les conséquences de ses propres erreurs ou omissions, même en l'absence de toute manœuvre malhonnête de sa part ou en acceptant un comportement arbitraire, en dépit d'une clause attribuant à l'assureur une marge de manœuvre en terme fort généreux. Éventuellement, l'assureur engagera sa responsabilité pour dommages causés par sa négligence. Cette plus haute bonne foi de la part de l'assureur est également illustrée par la tendance, relativement récente, des tribunaux de lui imposer une obligation, précontractuelle et contractuelle, de renseignements⁷¹⁵.

Tout comme le souscripteur ou l'assuré, l'assureur doit donc faire preuve de plus haute bonne foi dans l'exercice de son activité, c'est-à-dire être honnête, sincère, loyal et collaboratif. En tant que professionnel il doit avoir une attitude exemplaire et irréprochable, mais surtout « *mettre sa qualification professionnelle au service du preneur d'assurance, afin que celui-ci ne pâtisse pas de sa naturelle incompétence* »⁷¹⁶.

⁷¹⁵ D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, Montréal, 4^e éd., Thémis, 2005, p. 32., cité par A. BELANGER, « Interrogations critiques sur l'*uberrimafides* dans le contrat d'assurance », (octobre 2009-janvier 2010) 77(3-4) *Assurances et gestion des risques* 203-236, à la note 2.

⁷¹⁶ R. BOUT, *La déclaration frauduleuse de sinistre en assurance dommages*, *op. cit.*, note 609, n° 2, p. 385.

A ce propos le législateur québécois parle de « saines pratiques commerciales »⁷¹⁷ dont la *ligne directrice* élaborée par l’Autorité des marchés financiers⁷¹⁸ fait du « traitement équitable des consommateurs un élément central de la gouvernance et de la culture d'entreprise de l'institution financière [(entreprise d'assurance) et exige par conséquent, outre la mise à disposition de ces consommateurs] d'une information qui leur permet, avant, au moment et après l'achat d'un produit d'être convenablement informés et de prendre des décisions éclairées quant au produit, de traiter avec diligence et de façon équitable [leurs] plaintes et demandes d'indemnités selon une procédure simple et accessible pour les consommateurs »⁷¹⁹.

231. Cette obligation de plus haute bonne qui incombe à l’assureur se matérialise aussi par le fait que, outre son obligation précontractuelle d’informations qui impose notamment, de « fournir une fiche d’information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat [et de remettre] à l’assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d’information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l’assuré »⁷²⁰, l’assureur une fois qu’il a pris connaissance du risque contre lequel le souscripteur souhaite se couvrir, il doit lui proposer la police d’assurance qui correspond au mieux à ce risque, fixer honnêtement la prime ou cotisation et enfin traiter avec sincérité les réclamations⁷²¹ en cas de sinistre.

⁷¹⁷ « Tout assureur et toute société de gestion de portefeuille contrôlée par celui-ci doivent suivre de saines pratiques commerciales [notre soulignement]. Ils doivent notamment informer adéquatement les personnes à qui ils offrent un produit ou un service et agir équitablement dans leurs relations avec celles-ci » : art. 222.2 de la *Loi sur les assurances*, RLRQ, c. A-32. « Les pratiques commerciales englobent la conduite de l’institution à l’égard de ses clients ou de tout autre participant au marché ayant un intérêt dans l’institution (p.ex. :actionnaires, partenaires, contreparties, analystes de marché, autorités de réglementation) » : *Ligne directrice sur les saines pratiques commerciales* du 13 juin 2013 (accessible via : https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/lignes-directrices-assurance/ligne-directrice-saines-pratiques-commerciales_fr.pdf [consultée le 11/02/2019 à 10h42 heure française]).

⁷¹⁸ *Id.*

⁷¹⁹ *Id.* pp. 6-7.

⁷²⁰ Art. L112-2 à L112-11 C. assur.

⁷²¹ Sur ce point voir, V. LEMAIRE et R.-M. VACHON-THERRIEN, « La portée de l'obligation de bonne foi de l'assureur dans le traitement des réclamations », in *L'assurance de dommages – Deuxième colloque*, (EYB2015CBL84) Collection Blais, vol. 22, 2015.

Dans une décision rendue en *Common Law*, la Cour suprême du Canada précise que l'obligation de traiter de bonne foi une réclamation :

[TRADUCTION] oblige l'assureur à traiter équitablement la réclamation de son assuré. L'obligation d'agir équitablement s'applique aussi bien à la manière dont l'assureur fait enquête et évalue la réclamation qu'à la décision de payer ou non la demande. Pour décider s'il doit refuser de payer une demande présentée par son assuré, l'assureur doit évaluer le bien-fondé de cette demande de façon impartiale et raisonnable. Il ne doit pas refuser ou retarder le paiement afin de tirer profit de la vulnérabilité financière de l'assuré ou de se ménager une position de force dans la négociation du règlement.

La décision de l'assureur de refuser le paiement devrait être fondée sur une interprétation raisonnable des obligations que lui impose la police. Toutefois, cette obligation d'agir équitablement ne signifie pas pour autant que l'assureur doit nécessairement avoir raison lorsqu'il décide de contester son obligation d'indemniser un assuré. Le simple rejet d'une demande qui finira par être reconnue comme valable ne constitue pas en soi un acte de mauvaise foi⁷²².

232. Bien qu'ayant le droit de se défendre et d'invoquer tout moyen, telle qu'une exclusion de garantie lui permettant de se décharger de son obligation de règlement ou de son obligation de défendre l'assuré en assurance de responsabilité, l'assureur tout comme ses mandants notamment les experts en sinistre⁷²³, doivent donc s'abstenir d'user toute manœuvre dilatoire (expertises trop longues, complexification des démarches, etc.) visant à minimiser les indemnités dues ou les payer tardivement, voire ne pas du tout les payer.

⁷²² *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, EYB 2006-107056., cité par V. LEMAIRE et R.-M. VACHON-THERRIEN, dans « La portée de l'obligation de bonne foi de l'assureur dans le traitement des réclamations », *op. cit.* note 631.

⁷²³ Dans son *Code de déontologie des experts en sinistres* (RLRQ, c.D-9.2, r. 4. Accessible via : <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cr/D-9.2.%20r.%204> [consulté le 11/02/2019 à 11h56 heure française]), le législateur québécois prévoit que dans l'exercice de son activité, « La conduite de l'expert en sinistre doit être empreinte d'objectivité, de discrétion, de modération et de dignité » : art. 15 ; « L'expert en sinistre ne peut faire, par quelque moyen que ce soit, des représentations fausses, trompeuses ou susceptibles d'induire en erreur » : art. 16 ; « L'expert en sinistre doit aviser l'assuré de l'imminence d'une date de prescription qui le concerne » : art. 18 ; « L'expert en sinistre doit aviser non seulement les parties en cause mais encore toute personne qu'il sait avoir un intérêt dans l'indemnité demandée, des refus ou des dispositions qu'entend prendre l'assureur concernant un sinistre » : art. 19 ; « L'expert en sinistre doit agir de façon à ne pas induire en erreur ni abuser de la bonne foi des parties en cause » : art. 20 ; « L'expert en sinistre doit fournir à l'assuré les explications nécessaires à la compréhension du règlement du sinistre et des services qu'il lui rend » : art. 21.

Par-dessus tout, les assureurs doivent donc avoir un profond respect pour leurs assurés et le produit qu'ils leur offrent, la SÉCURITÉ. Un paiement retardé ou refusé indûment devient une charge sociale pour laquelle la société n'a touché aucune contrepartie. Les assureurs doivent se préoccuper d'inculquer à leur personnel, une éthique professionnelle sans faille dans la mise en marché de leurs contrats et dans le traitement des réclamations. Par l'assurance, l'assuré recherche la tranquillité d'esprit, lui permettant une meilleure liberté d'action. La nature même du contrat impose donc que l'assureur prenne des mesures pour satisfaire les attentes raisonnables et légitimes de ses assurés. C'est dans la plus grande bonne foi des deux parties que ces contrats doivent se vivre⁷²⁴.

Mais pour le professeur Bélanger, ce n'est non pas la plus grande bonne foi, mais le contrat lui-même et la nature du produit d'assurance qui commande une telle attitude respectueuse du cocontractant qu'est le client. Rien n'explique le besoin de recourir à un élément moral pour donner pleinement effet à la relation contractuelle, comme si le contrat par lui-même était synonyme de conflit, de méfiance et d'opposition⁷²⁵. Toutefois, s'il est vrai que « le contrat par lui-même n'est pas synonyme de conflit, de méfiance et d'opposition »⁷²⁶, le nombre très élevé de litiges d'assurance devant les tribunaux montre que le rapport entre assureur et assuré est à ce jour davantage un rapport de conflit, d'opposition, de méfiance et voire même de défiance, alors qu'il doit être un rapport de confiance puisque l'assurance est synonyme de « confiance »⁷²⁷. Pour ce faire, quoi de mieux que ce principe de plus haute bonne foi ? En outre si l'assureur est en droit d'exclure de sa garantie les sinistres engendrés par la mauvaise de l'assuré et de lutter contre tout comportement déloyal, c'est parce que lui-même est tenu de cette obligation de plus haute bonne foi nécessaire à la sauvegarde de son activité.

⁷²⁴ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance, Lignes et entre-lignes*, t. 1, *op. cit.* note 252, p. 22., cité par A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur l'*uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, p. 21, à la note 60.

⁷²⁵ *Id.*, p. 22.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ En ce sens, F. EWALD, « Quel cadre politico-juridique pour l'assurance ? (2006) 63 *Risques* 78., cité par A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur l'*uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, à la p. 17.

233. D'autres⁷²⁸ résumant cette obligation de bonne foi dans le traitement des réclamations imposée à l'assureur en six points, à savoir :

« 1. L'assureur doit évaluer la réclamation et agir dans sa gestion de celle-ci de façon prudente et diligente à la manière d'un assureur raisonnable. Son obligation en est une de moyens ;

2. Il doit procéder à une évaluation objective du dossier, en tenant compte des risques liés à une mauvaise évaluation de sa part ;

3. Il doit évaluer la réclamation de façon impartiale et fonder sa décision sur une interprétation raisonnable ;

4. Il doit garder l'esprit ouvert à tous les faits du dossier ;

5. L'assureur doit exposer clairement ses motifs de négation ;

6. L'assureur doit gérer les situations de conflits d'intérêts ».

234. Quant à l'exigence de la célérité dans le traitement d'une réclamation, alors que le législateur français se contente d'imposer à l'assureur « *d'exécuter sa prestation dans le délai convenu lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat* »⁷²⁹, son homologue québécois quant à lui dans le domaine de l'assurance de dommages, l'impose « *de payer l'indemnité dans les 60 jours suivant la réception de la déclaration de sinistre ou, s'il en a fait la demande, des renseignements pertinents et des pièces justificatives* »⁷³⁰ et passé ce délai, il sera tenu de payer des intérêts sur la somme due⁷³¹ et indemniser tout dommage occasionné⁷³². Cette disposition légale du droit québécois et la sanction qui en résulte visent à protéger l'assuré contre les comportements abusifs et donc la mauvaise foi de l'assureur dans le traitement des réclamations⁷³³. Il en est de même des *Principes du droit européen du contrat d'assurance* qui imposent un règlement rapide des sinistres⁷³⁴. C'est également en vertu de cette obligation de plus haute bonne foi incombant à l'assureur que les législateurs français et québécois exigent des conditions strictes et contraignantes pour la validité des clauses d'exclusion de garantie contenues dans les polices d'assurance⁷³⁵.

⁷²⁸ LEMAIRE et R.-M. VACHON-THERRIEN, dans « La portée de l'obligation de bonne foi de l'assureur dans le traitement des réclamations », *op. cit.* note 631.

⁷²⁹ Art. L113-5, C. assur.

⁷³⁰ Art. 2473, C.c.Q.

⁷³¹ *Oppenheim c. Touchette*, (C.A., 2016-02-19), 2016 QCCA 326, SOQUIJ AZ-51256535, 2016EXP-762, J.E. 2016-384, EYB 2016-262385 ; *Promutuel Les Prairies, société mutuelle d'assurances générales c. Selmay*, (C.A., 2011-03-16), 2011 QCCA 524, SOQUIJ AZ-50733503, 2011EXP-1022, J.E. 2011-541, EYB 2011-187976.

⁷³² Dans son arrêt *Beaudoin c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanasa*, 2013 QCCS 4143, EYB 2013-226216, la Cour supérieure du Québec condamne l'assureur qui n'a pas respecté cette obligation de payer l'indemnité dans les 60 jours à 15000\$CA au titre de dommages-intérêts pour préjudice moral.

⁷³³ *Aménagement Vert-plus de l'île Inc. c. Scottish & York Insurance Co. Ltd.*, (C.S., 2006-12-21), 2006 QCCS 5792, SOQUIJ AZ-50411410, J.E. 2007-625, [2007] R.R.A. 404 (rés.), EYB 2006-113146.

⁷³⁴ Art. 6:104.

⁷³⁵ A propos de ces conditions de validité des clauses d'exclusion de garantie, voir *infra*, n° 280 et s.

Si l'assureur a le droit de prévoir des clauses d'exclusion de garantie dans ses polices d'assurance, c'est à la double condition d'attirer non seulement l'attention de l'assuré sur leur existence de ces clauses (c'est pourquoi elles doivent être formelles et même être mentionnées en caractères très apparents pour ce qui est du droit français) et de ne pas vider la garantie accordée de sa substance (c'est pourquoi elles doivent être limitées selon le législateur français ou limitatives selon le législateur québécois). De ce fait, force est de constater qu'il y a bien un lien entre l'exclusion de garantie et la l'obligation de plus haute bonne foi incombant aussi bien à l'assuré qu'à l'assureur.

235. Imposer cette obligation de plus haute bonne foi à l'assuré et l'assureur garantit le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines de façon à pérenniser et donc sauvegarder l'institution. Autrement dit, c'est par souci de garantir le bon fonctionnement de l'assurance de façon à assurer sa pérennité et donc sauvegarder l'institution, que l'obligation de plus haute bonne foi incombe aussi bien à l'assuré qu'à l'assureur. En effet, derrière cette expression de plus haute bonne foi exigée en assurance se trouvent des valeurs « *d'honnêteté* »⁷³⁶, de « *confiance* »⁷³⁷, de « *justice* », de « *collaboration* » et de « *loyauté* ». Valeurs sur lesquelles repose l'assurance dès son origine⁷³⁸ et qui ont rendu possible son développement⁷³⁹, mais qui doivent aussi et surtout demeurer pour son bon fonctionnement, et *in fine* pour sa pérennité et donc sa sauvegarde.

⁷³⁶ C'est par cette valeur d'honnêteté qu'on justifiait certaines interdictions d'assurance. Ainsi, après que Pothier ait affirmé que, « *il est contre la bienséance et l'honnêteté publique d'assurer la vie des hommes* » : (POTHIER, *Traité des contrats aléatoires*, 1777) (nos soulignements), Portalis pour justifier notamment l'interdiction de l'assurance sur la vie, reprend la même idée en soutenant que, « *il est sans doute permis de traiter sur des choses incertaines, de vendre et d'acheter de simples espérances ; mais il faut que les incertitudes et les espérances qui sont la matière du contrat ne soient pas contraire ni aux sentiments de la nature ni aux principes de l'honnêteté. [...]* » : (*Travaux préparatoires du Code civil, exposé des motifs du contrat de vente*, chap. III : « Des choses qui peuvent être vendues ») (nos soulignements).

⁷³⁷ « L'encadrement et la surveillance des pratiques commerciales des institutions financières visent à protéger les consommateurs des risques inhérents aux produits et à promouvoir la confiance de ces derniers dans le système financier québécois » : *Ligne directrice sur les saines pratiques commerciales*, *op. cit.*, note 627, p. 3.

⁷³⁸ « [...] le contrat d'assurance a été caractérisé comme un contrat de « la plus haute bonne foi » et ce, depuis plus de trois siècles. » : O. JOBIN-LABERGE, « Les limites de la bonne foi dans les contrats : l'assurance, un cas particulier », (2001) 68 *Assurances*, 493, 495., cité par A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur l'uberrimafides dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, p. 25, à la note 71.

⁷³⁹ C'est en ce sens qu'on peut lire : « La culture d'entreprise se développe à partir d'une combinaison de valeurs. Ces valeurs [« P.ex. : l'honnêteté, l'intégrité, l'indépendance de la pensée, l'ouverture, la transparence, la confiance »] et leur degré d'intégration dans la culture d'entreprise sont des composantes essentielles du système de gouvernance. Ce sont ces valeurs qui dictent le comportement des personnes au sein d'une organisation » : *Ligne directrice sur les saines pratiques commerciales*, *op. cit.*, note 627, p. 8.

Outre le rapport de confiance qu'elles instaurent entre l'assureur et l'assuré, ces valeurs promeuvent une bonne réputation de l'institution d'assurance. François Ewald exprime mieux cette idée lorsqu'il écrit :

Derrière l'assurance, il y a un choix de rationalité qui se décline lui-même dans le champ de la morale, autour de quatre grandes valeurs : responsabilité, solidarité, justice, vérité, qui sont comme les quatre points cardinaux de l'assurance, les sommets de son carré magique. [...]. Ces valeurs définissent une disposition particulière de l'homme devant l'incertain, le monde et les autres. Les valeurs de l'assurance ont en même temps une dimension politique. Elles définissent un choix de société.

Ce sont les valeurs d'une société assurancielles. Loin d'être une société sans valeurs, la société assurancielles est une société très rigoureuse, peut-être même une société rigoriste, terriblement vertueuse, qui n'est pas nécessairement compatible avec nos actuelles « permissivités ». Les valeurs de l'assurance font de la société assurancielles quelque chose comme une utopie, au sens de Thomas More et Campanella. [...]. L'assurance doit se développer dans le cadre d'un combat qui n'est pas seulement économique (par rapport à des concurrents), mais aussi axiologique. Cela singularise peut-être l'assurance dans le monde économique. Il est perpétuellement question de sa légitimité. L'assurance, pour se développer, doit gagner sur le plan des valeurs.

Dans ce combat elle n'est pas nécessairement perdante, puisque l'assurance est une morale forte. L'assurance a trouvé les conditions de ses premiers développements quand la morale collective est devenue une morale de la prévoyance individuelle. Elle s'est trouvée marginalisée lorsque la morale collective est passée du côté de la solidarité du solidarisme. Elle ne retrouvera une pleine légitimité que lorsque l'utopie qui la porte redeviendra une utopie sociale »⁷⁴⁰.

Mais malgré sa portée qui vient d'être rappelée, la place qu'occupe la plus haute bonne foi en droit contemporain des assurances est tout de même discutée.

⁷⁴⁰ Pour une analyse plus détaillée sur ce point, voir F. EWALD, « Les valeurs de l'assurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, pp. 399-424, aux pp. 410-424.

§ 2 – LA PLACE DE LA HAUTE BONNE FOI EN DROIT CONTEMPORAIN DES ASSURANCES

236. Si au regard de ce qui vient d'être rappelé ci-dessus le rôle de la plus haute bonne ou *uberrimafides* en droit des assurances ne peut être contesté même si certains considèrent secondaire la notion⁷⁴¹, la place qu'elle occupe est tout autre. En effet, alors que certains⁷⁴² le limite à la seule phase de déclaration initiale du risque par le preneur, d'autres estiment que « le principe de la plus entière bonne foi, si longtemps incontournable, est aujourd'hui contesté en Angleterre, amoindri en France et il n'existe plus en droit québécois »⁷⁴³. Et dans son étude consacrée à la même notion, le professeur Bélanger juste avant de poser la question de savoir si « la notion de plus haute bonne foi n'avait de sens que dans le contexte maritime historique ? Autrement dit, est-ce que le fait de toujours rattacher le rôle normatif de la plus haute bonne foi à son contexte historique explique sa pertinence contemporaine ? Sous prétexte de justification, n'y a-t-il pas un risque de repérer la notion là où elle n'est pas invoquée, voire non pertinente ? »⁷⁴⁴, il écrit : « il nous semble que certaines décisions et règles justifiées par la plus haute bonne foi sont en fait davantage liées à la transformation contemporaine de la consommation contractuelle qu'au strict respect de l'*uberrimafides* »⁷⁴⁵.

237. S'il est vrai que « le recours à la notion de plus haute bonne foi [...] ne stimule pas l'analyse contemporaine du contrat d'assurance [...] »⁷⁴⁶ en tant que tel, il est cependant difficile de ne pas admettre qu'une grande partie des dispositions du droit des assurances trouvent leur fondement sur cette particulière bonne foi qui garantit le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines, et donc, assure la pérennité et la sauvegarde de l'assurance en tant qu'institution.

⁷⁴¹ D. W. BOVIN, « La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées », (1998) 43 *R.D. McGill*, 221, 230., cité par A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur l'*uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, à la note 50, p. 18.

⁷⁴² C. DUBREUIL, « L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution », (1992) 37 *McGill L.J.* 1087.

⁷⁴³ R. MOREAU, « La plus entière bonne foi », (1992) 60 *Assurances* 577-604, à la p. 603.

⁷⁴⁴ A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur l'*uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, à la p. 3.

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ *Id.*, p. 7.

En effet, que ce soit en droit français ou en droit québécois des assurances, outre les dispositions rappelées ci-dessus concernant le renseignement réciproque entre assureur et assuré et les sanctions qui en découlent en cas de manquement et celles fixant les conditions de validité des clauses d'exclusion de garantie ou imposant à l'assureur de traiter avec diligence et honnêteté les réclamations, il suffit de parcourir la réglementation de l'assurance pour le constater. De l'origine de l'assurance à nos jours, « la notion de plus entière bonne foi continue encore [...] à s'appliquer intégralement en Angleterre et sur tous les continents. Elle fait figure de principe dans la plupart des traités, recueils, volumes, revues et annales de l'assurance. Elle est citée constamment par les plaideurs devant les cours de justice »⁷⁴⁷. Ainsi, bien que « contestée » et « amoindrie » à ce jour, elle existe et continue de s'appliquer même en droit québécois⁷⁴⁸. Il est donc tout à fait logique que « la plus haute bonne foi soit présentée comme une règle fondamentale, générale »⁷⁴⁹.

238. A cela il faut aussi ajouter qu'il n'y a rien d'extraordinaire de savoir qu'une grande partie des règles et principes du droit contemporain des assurances trouvent leur origine dans la réglementation de la toute première forme d'assurance, à savoir l'assurance maritime. Et même si ces règles et principes ont été édictés pour répondre aux différents contextes de l'époque, il ne faut pas pour autant abandonner ceux d'entre eux qui trouvent aujourd'hui encore leur utilité, comme c'est le cas de ce principe de plus haute bonne foi. En effet, si ce principe est une « *règle édictée dans un contexte spécifique (l'impossible évaluation du risque par l'assureur en raison de l'absence du bateau à assurer) et dans un contexte socio-économique passablement distant du nôtre, se transforme en un dogme selon lequel encore et toujours, en tous domaines assuranciers, « l'assureur est à la merci de l'assuré »* »⁷⁵⁰, il a aujourd'hui encore pleinement sa place.

⁷⁴⁷ R. MOREAU, « La plus entière bonne foi », (1992) 60 *Assurances*, 577-604, à la p. 581., cité par A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur *l'uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, à la note 49, p. 18.

⁷⁴⁸ *Contra* : R. MOREAU, « La plus entière bonne foi », *op. cit.*, note 656, à la p. 603.

⁷⁴⁹ Pour le professeur BELANGER, « il est troublant que la plus haute bonne foi ne joue plus un simple rôle d'exception, mais est au contraire présentée comme une règle fondamentale, générale » : A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur *l'uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, pp. 17-18.

⁷⁵⁰ *Id.*, à la note 6, p. 4.

Cette place de la plus haute bonne foi en droit contemporain des assurances est justifiée non pas par ces contextes de l'époque, mais par des motifs tout aussi légitimes que sont les valeurs « *d'honnêteté* », de « *confiance* », de « *justice* », de « *collaboration* » et de « *loyauté* » sur lesquelles repose et doit continuer de reposer le fonctionnement de l'assurance. Ainsi, exclure de la garantie et voire même de l'assurance tout ce qui caractérise la mauvaise foi, est non seulement souhaitable mais aussi et surtout nécessaire pour le bon fonctionnement et donc pour la sauvegarde de l'institution (l'activité ou l'industrie) d'assurance. En raison de ce rôle qui est actuel et qui dépasse largement la seule nécessité de protéger l'assureur ou l'assuré, la plus haute bonne foi est, et doit demeurer, un principe fondamental du droit des assurances et ce, quel que soit le domaine d'assurance concerné (maritime, aérien, terrestre, fluvial ou lacustre). D'autant qu'elle s'impose non pas qu'au seul assuré ou souscripteur, mais aussi à l'assureur et tout autre intervenant dans l'activité d'assurance, le but étant la sauvegarde de ladite activité en tant qu'institution.

239. Plus l'assurance se développe, plus ses formes se multiplient et plus elle devient complexe pour ses consommateurs qui en raison de cette complexité, ne continueront à y recourir volontairement que seulement, et si seulement, ils ont le sentiment d'être protégés au moins par la réglementation de l'assurance. Et quoi de mieux qu'une réglementation guidée ne serait-ce qu'en partie, par le principe de plus haute bonne foi, peut favoriser ce sentiment de protection des consommateurs d'assurance, et donc, la confiance qu'ils auront dans l'assurance d'abord en tant que technique (opération d'assurance), puis en tant qu'institution (activité ou industrie d'assurance), de façon à y recourir plus facilement. « Par l'assurance, l'assuré recherche la tranquillité d'esprit, lui permettant une meilleure liberté d'action »⁷⁵¹.

⁷⁵¹ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance, Lignes et entre-lignes*, t. 2, Sherbrooke, éd., SEM, 1992, p. 22.

240. Certes l'assurance s'est beaucoup développée et continuera encore à se développer du fait notamment de la multiplication des risques et des assurances obligatoires, mais elle a tout à gagner si ce développement se poursuit dans le respect des valeurs qui l'ont rendu possible et qui se révèlent aujourd'hui nécessaires pour la sauvegarde de l'activité ou l'institution. Ainsi, tout comme au moment de son apparition, la plus haute bonne foi a aujourd'hui encore un rôle plus qu'important à jouer en droit des assurances. Si à l'époque elle était justifiée par « un contexte idéologique et juridique propice à son émergence – influence du droit canon et du droit naturel opposé au développement du droit positif »⁷⁵², aujourd'hui c'est par la nécessité de garantir le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines afin d'assurer sa pérennité et donc sauvegarder l'assurance en tant qu'institution. Tout comportement malhonnête doit être rejeté hors de l'assurance. Ce qui justifie l'exclusion de la garantie des sinistres volontaires et l'interdiction de toute pratique malhonnête de la part de l'assureur. Accorder une place à la haute bonne foi dans ce perpétuel combat n'empêche pas « de réfléchir à la question du droit en termes moins métaphysiques »⁷⁵³, mais va plutôt enrichir et compléter ladite réflexion.

241. Au risque de se répéter, il ne s'agit non pas de « s'en remettre encore aujourd'hui au concept de plus haute bonne foi »⁷⁵⁴, mais de reconnaître son caractère fondamental et de l'intégrer davantage dans la réglementation de l'assurance, car si « le droit, à titre de science juridique et sociale [doit] prendre davantage en compte les avancées des sciences humaines en général et, de manière plus pointue, celles de l'économie, de la psychologie, de la philosophie, de la linguistique et de l'anthropologie »⁷⁵⁵, il ne doit tout de même pas négliger voire exclure des valeurs aussi importantes que celles dont renvoie cette notion de plus haute bonne foi et sur lesquelles doit reposer toute activité (et l'assurance en particulier) dans une société civilisée. Et si le fait que les juridictions se réfèrent à la notion ne démontre pas de facto sa pertinence en droit civil contemporain⁷⁵⁶, ça prouve au moins sa prise en compte, et donc, la place qui lui est réservée. Le plus important n'est pas d'avoir une définition stricte de la notion, mais de savoir et intégrer son rôle à travers les valeurs auxquelles elle renvoie.

⁷⁵² A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur *l'uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, p. 5.

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ *Ibid.*

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ *Id.*, p. 6.

242. Cette prise en compte de la notion dans la réglementation de l'assurance ne signifie pas que l'assurance est plus importante que toute autre activité ou domaine⁷⁵⁷, mais s'explique par deux principales raisons complémentaires, à savoir la nécessité de cette particulière bonne foi pour le bon fonctionnement de l'activité ou l'industrie d'assurance d'une part, et celle de sauvegarder ladite activité en tant qu'institution qui par son rôle économique et social est devenue indispensable pour notre société d'autre part. Ce qui explique que, outre les règles dictées par d'autres considérations purement économiques ou techniques (exemple de l'exclusion légale du vice propre de la chose ou des actes de violences collectives), le droit des assurances comporte aussi, de son origine à nos jours, des règles dictées à la fois par la technique d'assurance, l'ordre public et la morale (c'est l'exemple de l'exclusion légale de la faute intentionnelle de l'assuré). Et malgré les reproches qu'on peut faire à la notion de plus haute bonne foi, en admettant qu'elle « *permet [au moins] de jeter un œil rétroactif sur les dégâts causés par des parties qui ont trop souvent perdu de vue que l'élaboration d'une norme, même privée tel le contrat, implique une dimension sociétale inévitable qui écarte, de fait, les comportements strictement égoïstes et intéressés* »⁷⁵⁸, on reconnaît quelque part son utilité en droit contemporain des assurances même si certains⁷⁵⁹ considèrent que cette notion est appelée à disparaître en raison de son rôle qui semble davantage « négatif » et appellent de ses vœux l'accélération de cette disparition annoncée.

243. Au terme de cette analyse consacrée à la place de la plus haute bonne foi ou *uberrimafides* en droit contemporain des assurances, en plus d'adhérer sans hésitation à la formulation selon laquelle « *l'uberrimafides [est une] règle [qui] existe depuis plus de 200 ans (donc elle est bonne), elle est apparue en droit maritime (première forme d'assurance, donc la base de l'assurance terrestre) et a été développée en droit anglais (le droit civil est l'exception en droit des assurances nord-américain)* »⁷⁶⁰, on ajoutera que cette règle a toute sa place en droit contemporain (notamment français et québécois) des assurances et elle doit le demeurer pour toujours en raison de sa nécessité pour la sauvegarde de l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution.

⁷⁵⁷ *Id.*, p. 8.

⁷⁵⁸ A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur *l'uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, p. 17.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ *Id.*, p. 7.

Pour l'attractivité ou la « popularité » dirait Ewald⁷⁶¹ et la bonne marche de l'assurance, l'intervention de l'État à travers l'appareil juridique ne doit pas s'appuyer uniquement sur des données purement juridiques⁷⁶². Ainsi, au lieu d'« envisager le concept comme une étape à dépasser »⁷⁶³, tout comme aux origines de l'assurance jusqu'à nos jours, le droit des assurances (notamment français et québécois) doit, outre les considérations d'ordre juridique (théorie du contrat), technique (« principes mathématiques [et actuariels] essentiels au fonctionnement de l'assurance »⁷⁶⁴) et économique (aléas des marchés financiers), intégrer des considérations d'ordre moral tel que ce concept de plus haute bonne foi ou *uberrimafides* qui garantit le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines de façon à assurer sa pérennité et ainsi sauvegarder l'institution. D'autant qu'il convient de souligner que, en renvoyant à des valeurs bien précis, la notion n'est finalement pas si imprécise qu'on le pense.

244. L'assurance, non pas en tant que simple contrat entre assureur et assuré, mais en tant qu'instrument économique et social devenu indispensable, doit demeurer une institution de confiance. Pour ce faire la plus haute bonne foi est plus que nécessaire. Ne pas admettre ce rôle en droit contemporain des assurances ne fera qu'accentuer le danger qui menace l'institution, à savoir la méfiance et voire même le manque de confiance qui caractérise de nos jours le rapport entre assureur et assuré. « Le preneur ne comprenant que peu de choses au processus assurantiel dans son ensemble, auquel non seulement il adhère, mais auquel il doit adhérer en vertu des obligations sociales »⁷⁶⁵, seule la confiance qu'il aura dans l'institution l'incitera d'y recourir volontairement.

⁷⁶¹ F. EWALD, « Quel cadre politico-juridique pour l'assurance ? (2006) 63 *Risques* 78, 81., cité par A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur *l'uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, p. 22, à la note 61.

⁷⁶² C'est en ce sens qu'on peut lire :

« Parce que l'intervention de l'État est essentielle à la bonne marche de l'assurance, parce que l'appareil juridique doit être impliqué, il faut favoriser l'existence d'un outil précis, ce que ne permet pas le recours à la morale. Selon EWALD :

Pour rendre l'assurance populaire, il faut l'intervention de l'État. [...] Enfin, l'intervention de l'État se traduit à travers tout un équipement juridique qui doit accompagner les opérations d'assurance. C'est l'organisation du contrat d'assurance. On est à nouveau dans des conditions d'assurabilité qui sont extrêmement sophistiquées puisque toute opération d'assurance – en tout cas au moment de sa conclusion – est une opération immatérielle. La construction de l'opération dépend de données juridiques qui construisent l'organisation d'un univers, qui est un univers de mots, un univers virtuel. L'assurance double le monde réel par un monde virtuel, organisé sur des bases juridiques. Cette dimension juridique est fondamentale : elle confère la stabilité dans le temps, la confiance, le crédit et la capacité de faire confiance à quelqu'un à travers le temps » : A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur *l'uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, p. 22.

⁷⁶³ *Id.*, p. 8.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ *Id.*, p. 19.

Cette « confiance » dont est synonyme l'assurance⁷⁶⁶ doit aussi animer l'assureur et tout autre acteur de l'institution (l'activité ou l'industrie d'assurance). Ainsi, « la morale représentée par la plus haute bonne foi n'est qu'un outil parmi d'autres (notamment juridique, technique et économique) dans la justification et l'expression de la particularité du contrat d'assurance »⁷⁶⁷. Mais rien n'empêchera pour autant de s'étendre si nécessaire cette morale à tout autre domaine où elle pourrait jouer le même rôle qu'en matière d'assurance. C'est également en ce sens qu'on peut lire :

L'assurance est appelée à jouer plusieurs rôles, mais son rôle principal demeure celui d'offrir la sécurité aux assurés. L'expansion de l'assurance est due à la croissance des activités humaines et les risques qui vont avec. En se tournant vers l'assurance, les assurés cherchent la tranquillité d'esprit leur permettant une meilleure liberté d'action, sans trop se soucier du hasard. La nature même du contrat impose que les assureurs prennent toutes les mesures pour satisfaire au mieux les attentes raisonnables et légitimes de ses assurés. C'est dans la plus grande foi des deux parties que ces contrats doivent et peuvent survivre. Les assureurs ne doivent pas à chaque fois refuser leur couverture en se réfugiant systématiquement derrière une défense purement technique. L'assuré a payé pour éviter la guerre et non pour la faire contre celui qu'il a payé pour l'éviter. C'est à ce prix et seulement ce prix que les individus continueront à se tourner vers l'assurance pour acheter de la sécurité que prétend vendre les assureurs. Au cas contraire, les individus se détourneront de l'assurance et s'inventeront une nouvelle technique de protection, notamment l'auto-assurance, dans tous les cas où la souscription d'un contrat n'est pas obligatoire⁷⁶⁸.

Donc une protection de l'institution d'assurance par la plus haute bonne foi, mais aussi et surtout par la protection des consommateurs de l'assurance que sont les assurés. Ça ne paraît pas évident, mais de ce qui précède, on peut donc sans aucune hésitation affirmer que dans l'optique de garantir le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines de façon à pérenniser et donc sauvegarder l'institution (l'activité ou l'industrie), il y a bel et bien un lien entre l'exclusion de garantie et la notion de plus haute bonne foi et la place qu'elle a occupé et continue d'occuper aujourd'hui encore en droit des assurances. Pour ne citer quelques exemples plus marquants, l'inassurabilité et donc l'exclusion légale des sinistres volontaires par les législateurs français et québécois est une parfaite illustration de cette notion de plus haute bonne foi et la place qu'elle occupe en droit des assurances.

⁷⁶⁶ En ce sens, F. EWALD, « Quel cadre politico-juridique pour l'assurance ? (2006) 63 *Risques* 78., cité par A. BELANGER, dans « Interrogations critiques sur l'*uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *op. cit.*, note 625, à p. 17.

⁷⁶⁷ *Id.*, p. 22.

⁷⁶⁸ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, *op. cit.* note 252, 1989.

Il en est de même des conditions strictes et contraignantes que les législateurs français et québécois exigent pour la validité des clauses d'exclusion de garantie contenues dans les polices d'assurance. Par conséquent, comme le laisse entendre l'intitulé des titres du présent chapitre et sa première section, l'exclusion de garantie est une nécessité pour la sauvegarde de l'institution (l'activité ou l'industrie) d'assurance à travers notamment la notion de plus haute bonne foi et la place qu'elle occupe en droits français et québécois des assurances. Les mécanismes de protection de l'assuré peuvent également être inscrits dans ce registre d'outils de sauvegarde de l'activité d'assurance en tant qu'institution.

SECTION 2 – LA SAUVEGARDE DE L'INSTITUTION D'ASSURANCE PAR LA PROTECTION DE L'ASSURÉ

245. Tout comme la plus haute bonne foi, les mécanismes de protection de l'assuré contribuent largement à la sauvegarde de l'activité d'assurance en tant qu'institution. En effet, comme il a été déjà souligné, outre le rétablissement de l'équilibre contractuel entre assureurs et assurés, les mécanismes de protection de l'assuré lui donnent confiance et lui poussent à recourir plus facilement à l'assurance sans y être obligé. L'absence de ces mécanismes produirait l'effet inverse. Ce qui permet une fois de plus, de dire que la protection de l'assuré contribue à la sauvegarde de l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution. Toutefois, s'il est difficile d'établir un lien direct entre la protection de l'assuré et l'exclusion de garantie, on constatera tout de même que ce sont tous les deux des outils qui visent à garantir le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines de façon à garantir sa pérennité et donc sauvegarder l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution. A travers le mécanisme d'exclusion de garantie, sont écartés de la garantie et donc de l'assurance, les risques susceptibles de nuire au bon fonctionnement de la mutualité. Ce faisant, on protège non pas l'assuré pris individuellement, mais la collectivité des assurés qui composent la mutualité. Et à travers les mécanismes de protection de l'assuré, sont écartés de l'assurance toutes pratiques de l'assureur susceptibles de nuire au bon fonctionnement de l'activité qu'il exerce. Autrement dit, outre la protection de la collectivité des assurés qui composent la mutualité par l'exclusion de garantie, le lien entre l'exclusion de garantie et la protection de l'assuré est leur objectif commun qui est la sauvegarde de l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution. Tout comme l'exclusion de garantie, la protection de l'assuré est une nécessité pour la sauvegarde de l'institution d'assurance.

On peut également voir ces mécanismes de protection de l'assuré qui seront étudiés dans les lignes qui suivent, comme une compensation de la rédaction par le seul assureur, du contrat d'assurance et les clauses d'exclusion de garantie qu'il comporte. Dans cet objectif de protection de l'assuré, outre l'information et le conseil que lui doivent les professionnels de l'assurance (l'assureur, agents généraux, courtiers, etc.), les règles d'interprétation du contrat d'assurance (§ 1)⁷⁶⁹ et la réglementation sur les clauses abusives (§ 2) sont les quelques uns des mécanismes mobilisés par les droits français et québécois des assurances.

§ 1 – LA PROTECTION DE L'ASSURÉ PAR L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT

246. En matière d'interprétation du contrat d'assurance, deux méthodes sont utilisées. La première est la méthode d'interprétation selon la règle *contra proferentem* (A) et la seconde est la méthode d'interprétation selon la théorie de l'attente légitime de l'assuré (B).

I – LA RÈGLE D'INTERPRÉTATION *CONTRA PROFERENTEM*

247. Lorsque les clauses d'un contrat d'assurance sont claires et ne laissent planer aucun doute quant à leur signification, elles n'ont pas à être interprétées et doivent, sous peine de dénaturation⁷⁷⁰, être purement et simplement appliquées comme telles conformément au principe de la force obligatoire du contrat⁷⁷¹ ou « être annulées lorsqu'elles sont contraires aux dispositions impératives de la loi ou aux principes généraux du droit »⁷⁷². Et dans le cas contraire, après avoir annoncé dans le Code civil le principe d'interprétation du contrat selon la commune intention des parties⁷⁷³ et ajouté que « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé »⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ Pour plus de détails sur ce sujet, voir M.-H. MALLEVILLE-COSTEDOAT, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1996 ; M.-H. MALLEVILLE-COSTEDOAT, « Un bilan décennal de l'interprétation et de la rédaction des contrats d'assurance », in *Mélanges J.BIGOT*, Paris, LGDJ, 2010, pp. 265-279 ; M.-H. MALLEVILLE-COSTEDOAT, « Polices d'assurances : les leçons de l'interprétation ou l'art de la rédaction », *RGAT* 1993, p. 505 ; G. VINEY, « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », *D.* 1994, p. 301.

⁷⁷⁰ Art. 1192 C. civ.

⁷⁷¹ Selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » : art. 1134 C. civ., (devenu 1103 du même Code) ou « le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi » : art. 1434 C.c.Q.

⁷⁷² Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 156, p. 138.

⁷⁷³ Art. 1156 C. civ. anc. (devenu 1188 depuis la réforme de 2016) et 1425 C.c.Q

⁷⁷⁴ Art. 1190 C. civ.

C'est la règle d'interprétation *contra proferentem* qui signifie que celui qui rédige un contrat doit assumer les inconvénients de toute ambiguïté. Puis transposant la directive européenne du 5 avril 1993⁷⁷⁵ le législateur français prévoit aussi dans son Code de la consommation que : «les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur »⁷⁷⁶. Ainsi, lorsque les juges sont confrontés à l'interprétation du contrat d'assurance, ils doivent conformément à ces dispositions légales qui viennent d'être rappelées, procéder à une interprétation contre l'assureur rédacteur du contrat et en faveur de l'assuré et ce, dans tous les cas où ce dernier est un adhérent ou un simple consommateur. Toutefois, si ces dispositions du Code civil (art. 1190) et du Code de la consommation (art. L211-1) déterminant la règle d'interprétation du contrat en cas de doute sont très semblables dans leur contenu, ils n'ont tout de même pas la même valeur. Puisque si la disposition du Code de la consommation pose une règle impérative⁷⁷⁷, celle du Code civil ne serait qu'un guide pour les juges. Par conséquent, si ces derniers peuvent se permettre d'écarter l'application de cette règle d'interprétation non impérative du Code civil, ils sont tenus d'appliquer celle impérative du droit de la consommation en retenant l'interprétation la plus favorable à l'assuré en cas de doute⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Dir. 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE*, n° L 95/29 du 21 avril 1993 ; D. 1993, Lég. p. 360.

⁷⁷⁶ Art. L133-2 C. conso., (devenu L211-1 du même Code).

⁷⁷⁷ Caractère admis par la doctrine (Cf. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2002, n° 451 ; *Traité de droit des assurances*, t. 3 - Le contrat d'assurance, (ss. dir.) J. BIGOT, Paris, LGDJ, 2002, n° 541) et consacré par la jurisprudence (Cass. 2^e civ., 1^{er} juin 2011, F-P+B, n° 09-72.552 ; Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 2003 *Bull. civ. I*, n° 19).

⁷⁷⁸ Cass. 2^e civ., 1^{er} juin 2011, F-P+B, n° 09-72.552 ; « Interprétation des contrats d'assurance : le doute profite à l'assuré » – T. DE RAVEL 039 ; ESCLAPON – 20 juin 2011 ; Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 2003 *Bull. civ. I*, n° 19 ; G. COURTIEU, « Le doute doit toujours profiter à l'assuré », *RCA* 2003, chron. n° 13.

248. Comparée au texte du Code civil, la disposition du Code de la consommation avec sa règle impérative d'interprétation *in favorem* au profit du consommateur ou du non-professionnel, se révèle donc plus favorable à l'assuré. C'est pourquoi dans le but d'accorder une protection suffisante à l'assuré profane, la Cour de cassation avait pris l'habitude d'écarter le droit commun des obligations au profit du droit de la consommation qui favorise davantage le consommateur en cas de doute⁷⁷⁹. En effet, outre le caractère non impératif du texte du Code civil, dans le cadre d'un contrat d'adhésion comme le contrat d'assurance en général et « l'assurance de groupe »⁷⁸⁰ en particulier, il est difficile et voire même impossible de parler de commune intention des parties lorsqu'arrive le moment d'interpréter le contrat. « L'assuré adhérent ne peut, généralement, discuter ni avec le souscripteur ni avec l'assureur si bien que la commune intention demeure absente »⁷⁸¹. Ainsi depuis « *longtemps [...], la Cour de cassation, pour annuler les clauses déséquilibrées entre les parties, ne pouvait pas dans les règles d'interprétation du Code civil mais dans le fondement de la théorie de la « cause », « d'obligation fondamentale du contrat » ou « d'ordre public », à défaut de pouvoir appliquer les dispositions du Code des assurances »*⁷⁸².

249. Cette protection de l'assuré par l'interprétation du contrat d'assurance selon les règles du droit de la consommation doit tout de même être relativisée, car non seulement ladite interprétation ne bénéficie légalement qu'aux seuls assurés ayant la qualité de consommateur ou de non-professionnel, mais aussi et surtout son application en droit des assurances est limitée à certaines formes de contrats que sont principalement les assurances de groupe⁷⁸³ et un peu les assurances invalidités⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ En ce sens voir, Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 2003, n° 00-13342 et 00-19001, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *D.* 2003, p. 2600, note H. CLARET ; *RTD civ.* 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES. *adde* G. COURTIEU, « Le doute doit toujours profiter à l'assuré », *RCA* 2003, chron. n° 3 ; O. DE NERVO, « La Cour de cassation et les clauses ambiguës des contrats d'assurance », *Gaz. Pal.*, 10 avr. 2004, p. 2 et s ; Cass. 1^{re} civ. 13 juill. 2006, *Contrats, conc. Consom.* 2006, comm. n° 209, note G. RAYMOND ; M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.* 2006, chron. p. 2848 ; Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2008, *RGDA* 2008, p. 708, note J. BIGOT ; *RDC* 2008, p. 1215, obs. M. BRUSCHI., Cass. 2^e civ. 9 avr. 2009, n° 08-15714, *JCP G*, 2009, p. 12, n° 128, note D. NOGUERO ; *Contrats, conc. Consom.* 2009, comm. n° 205, note G. RAYMOND ; Cass. 1^{re} civ. 13 déc. 2012, n° 11-27631, *Bull. civ. I*, n° 259 ; *RCA* 2013, comm. n° 131., le tout cité par B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, coll. « Domat - Droit privé », 2^e éd., 2015, n° 409, p. 438, aux notes 453 à 456.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² *Id.*, à la note 451.

⁷⁸³ Pour ne citer que quelques exemples, Cass. 2^e civ., 15 déc. 2011, n° 10-26983, *RCA* 2013, comm. n° 131 ; Cass. 2^e civ. 9 avr. 2009, *op. cit.*, note 689 ; Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2008, *op. cit.*, note 689 ; Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 2003, *op. cit.*, note 689.

⁷⁸⁴ Cass. 1^{re} civ. 13 déc. 2012, *op. cit.*, note 689 ; Cass. 2^e civ. 1^{er} juin 2011, n° 09-72552 et n° 10-10843, *Bull. civ. II*, n° 126, *RCA* 2011, comm. n° 307.

C'est pourquoi le législateur québécois en plus d'avoir annoncé que « dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent »⁷⁸⁵, prévoit que « dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée »⁷⁸⁶. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur »⁷⁸⁷. C'est cette règle d'interprétation dite *contra proferentem* qui a été adoptée par le législateur français à l'occasion de sa réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016(1190 précité). En appliquant ces dispositions au contrat d'assurance, c'est celle du droit québécois qui se révèle plus protectrice de l'assuré dans les quelques rares cas où un contrat d'assurance se révèle être un contrat de gré à gré comme ceux conclus avec les grosses entreprises qui ont le pouvoir de négocier leurs contrats. En effet, si dans le cadre des contrats d'adhésion que représente le contrat d'assurance de façon générale, les deux textes prévoient qu'il soit interprété en faveur de l'adhérent, c'est-à-dire l'assuré, dans le cas où le contrat d'assurance serait de gré à gré, à la différence de la disposition du droit français qui prévoit qu'il soit « s'interprété contre le créancier [qui peut selon les cas être l'assureur ou l'assuré, donc une interprétation pas nécessairement favorable à l'assuré] et en faveur du débiteur [qui peut aussi être l'un ou l'autre selon les cas] », celle du droit québécois exige quant à elle que « le contrat », (qui sous-entend contrat de gré à gré) soit interprété « en faveur de celui qui a contracté l'obligation », c'est-à-dire l'assuré dans tous les cas « et contre celui qui l'a stipulée », c'est-à-dire l'assureur dans tous les cas. Et si les règles du droit de la consommation rappelées ci-dessus ne profitent qu'aux seuls assurés ayant la qualité de consommateur ou de non-professionnel⁷⁸⁸, en prévoyant une interprétation en faveur de l'adhérent ces dispositions du droit commun quant à elles profiteront généralement à tous les assurés, le contrat d'assurance étant le contrat d'adhésion par excellence.

⁷⁸⁵ Art. 1436, C.c.Q.

⁷⁸⁶ C'est ce que prévoyait également l'ancien article 1162 du Code civil français (remplacé par l'article 1190 nouveau du même Code et qui dispose que « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ») selon lequel « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

⁷⁸⁷ Art. 1432, C.c.Q.

⁷⁸⁸ Cette notion de non-professionnel qui est propre au droit français s'applique à « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ». La qualité de consommateur étant réservée à la seule « personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

Ainsi, même s'il est vrai qu'il est souhaitable que le législateur prévoie dans le droit des assurances des règles propres d'interprétation⁷⁸⁹, ces dispositions non impératives du droit commun des obligations combinées à celles du droit de la consommation constituent d'excellents outils de rééquilibrage du contrat d'assurance à travers son interprétation.

250. Outre leur objectif commun qui est la sauvegarde de l'assurance en tant qu'institution, le lien entre l'exclusion de garantie et la protection de l'assuré par la règle d'interprétation *contra proferentem*, est que par souci de rééquilibrer le contrat d'assurance pour garantir sa pérennité, le droit reconnu à l'assureur d'exclure la garantie les risques susceptibles de nuire au bon fonctionnement de la mutualité, est compensé par cette règle d'interprétation favorable à l'assuré. L'un est la contrepartie de l'autre. A ce propos, il est possible de dire que tout comme l'exclusion de garantie, la protection de l'assuré par la règle d'interprétation *contra proferentem* est une nécessité pour la sauvegarde de l'institution d'assurance. Donc une nécessité (l'exclusion de garantie) qui compense une autre (la protection de l'assuré) pour la sauvegarde de l'institution d'assurance.

251. Avec cette règle d'interprétation dite *contra proferentem*, les législateurs français et québécois obligent les assureurs à faire preuve de clarté dans la rédaction des polices d'assurances sous peine d'interpréter les clauses qu'elles contiennent en faveur des assurés. Ce faisant, ils protègent les assurés contre les éventuelles ambiguïtés des clauses du contrat d'assurance et les clauses d'exclusion de garantie en particulier. C'est une règle qui s'inscrit donc dans la volonté de soumettre le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines de façon à garantir sa pérennité et donc sauvegarder l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution. Enfin, cette règle d'interprétation nous enseigne également que si l'assureur peut insérer dans les contrats d'assurances qu'il rédige des clauses qu'il estime nécessaires d'appliquer à l'assuré, telles que la définition du risque couvert, des conditions de garantie ou des clauses d'exclusion, c'est à condition de les stipuler de façon claire et non ambiguë. Mais en plus de cette règle dite *contra proferentem*, en droit des assurances on se réfère également aux attentes légitimes de l'assuré pour interpréter le contrat qui le lie à l'assureur. C'est la règle d'interprétation selon la théorie des attentes légitimes de l'assuré.

⁷⁸⁹ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, op. cit., note 62, n° 382, p. 375.

II – LA RÈGLE D’INTERPRÉTATION SELON LA THÉORIE DE L’ATTENTE LÉGITIME DE L’ASSURÉ

252. La théorie de l’attente légitime de l’assuré⁷⁹⁰ n’est qu’un « simple prolongement de la règle *contra proferentem*, un moyen additionnel utilisé par les juges pour interpréter un contrat ambigu et découvrir l’intention commune des parties lorsqu’il y a ambiguïté dans les termes du contrat »⁷⁹¹. Ainsi, sur la question du lien existant entre l’exclusion de garantie et la théorie de l’attente légitime de l’assuré, il est tout à fait possible de transposer ici les raisonnements utilisés à propos de la règle d’interprétation *contra proferentem*. Inspirée du droit américain⁷⁹², cette théorie des attentes légitimes de l’assuré s’inscrit dans l’idée que le contrat d’assurance est souvent déséquilibré au détriment de l’assuré qui, doit donc être protégé pour rétablir l’équilibre contractuel (justice ou l’équité⁷⁹³ contractuelle). En effet, bien que tenus d’une obligation d’information à l’égard du souscripteur/assuré, les assureurs et leurs mandants ne mettent pas systématiquement en avant les exclusions que comportent leurs polices d’assurance pour ne pas décourager les éventuels souscripteurs. Étant davantage préoccupés de vendre leurs produits, ils préfèrent mettre en avant les aspects positifs de leurs polices en insistant sur la couverture offerte et ce, que ce soit à travers l’intitulé de la police (« assurance tous risques »), la formulation de ses clauses ou la publicité qui ne fait généralement aucune mention des exclusions. C’est ce « marketing plus malhonnête qu’honnête »⁷⁹⁴ qui fait légitimement croire aux souscripteurs ou assurés que la police d’assurance qui leur a été présentée et qu’ils ont souscrit les couvre de tous les risques alors qu’il n’en est rien en réalité, car aucune police d’assurance ne couvre tous les risques, même celles intitulées « assurance tous risques ».

⁷⁹⁰ Pour plus de détails sur la question, voir : D. LLUELLES, « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnable”) dans la clarification contractuelle. Est-ce si légitime ? Est-ce bien raisonnable ? », *Mélanges en l’honneur du professeur J. PINEAU, op. cit.*, note 700, p. 407 ; G. A. HOURANI, « L’attente raisonnable de l’assuré : à tort ou à raison ? », dans *Développements récents en droit des assurances*, vol. 147, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2001, p. 112 ; M.-C. THOUIN, « La théorie de l’attente raisonnable de l’assuré », (1996-97) 64 *Assurances* 545 ; C. BELLEAU, « L’interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l’assuré », (1992) 60 *Assurances* 79.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² « La théorie des attentes légitime fut développée par les tribunaux américains à partir des années 60 » : C. BELLEAU, « *L’interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l’assuré* », *op. cit.*, note 704.

⁷⁹³ *Exportations Consolidated Bathurst* [1980] 1 R.C.S. 888. Donc, oui l’équité est un fondement contractuel de l’assurance (art. 1434 C.c.Q). *Contra*, voir M.-C. THOUIN, « La théorie des attentes raisonnables », *op. cit.*, note 704, p. 17.

⁷⁹⁴ J.-G. BERGERON., *Les contrats d’assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, *op. cit.*, note 252, 1989, p. 100.

Ce qui fait subsister un grand fossé entre ce que les assurés pensent légitimement acheter (« attentes légitimes ») et ce qui leur a réellement été vendu par l'assureur. Alors qu'il est d'un principe fondamental du droit des contrats bien connu, que le consentement des parties contractantes doit être libre et éclairé.

253. Pour illustrer ce grand fossé, mais aussi la nécessité et l'intérêt de le combler, deux auteurs⁷⁹⁵.se réfèrent à trois arrêts relatifs à des contrats d'assistance. Dans ces contrats qui garantissaient aux assurés leur rapatriement en France en cas de maladie ou d'accident depuis l'étranger, il est prévu que « la décision de transporter et le choix du mode de transport appartient à la société d'assistance avec l'accord du médecin traitant ». Ce qui fait dire aux auteurs que :

On est en droit de se poser la question, lorsqu'on observe dans les trois affaires rapportées la manière *très juridique* de présenter les raisons derrière lesquelles s'abritent les sociétés d'assistance pour expliquer leur comportement. Quel décalage alors entre le langage de la publicité et celui des dossiers de la plaidoirie ! Certes on imaginerait mal une campagne publicitaire fondée sur le thème : avant de contracter, lisez bien votre contrat d'assistance : Sachez que nous ne vous rapatrions pas si les médecins locaux ne veulent pas vous laissez partir, si votre médecin traitant hésite, et sachez surtout qu'à la limite, vous devrez organiser votre voyage vous-même, à charge pour nous de vous rembourser. C'est pourtant bien ce qui résulte des positions soutenues par les diverses sociétés d'assistance dans l'argumentation qu'elles ont développée aussi bien devant le tribunal d'instance de Valenciennes que devant la Cour d'appel de Paris⁷⁹⁶.

Puis ils ajoutent :

Le problème ne peut donc être envisagé exclusivement sous l'angle de la froide rigueur juridique, tant il comporte d'implications humaines. Et les sociétés d'assistance qui fondent leur politique commerciale sur une dramatisation soigneusement calculée des périls qui peuvent assaillir tout voyageur à l'étranger, devraient être les dernières à s'en étonner.

Leur intérêt à terme n'est-il pas du reste, (sauf à supposer qu'elles entendent comme leurs grandes sœurs, les compagnies d'assurance, laisser s'accréditer dans le public une image peu favorable en général) d'éviter la discussion mesquine et la justification à tout prix de leur non-intervention⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ C.-J. BERR et H. GROUDEL, *D.* (1984), J. 406, 410.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ *Ibid.*

D'où la légitimité de la notion d'attente raisonnable qui ne fait que ressortir l'esprit du contrat d'assurance (à savoir accorder une couverture à ceux qui en ont besoin et qui ont payé pour cela) et non pas le contraire comme le prétendent certains⁷⁹⁸. Ainsi, en cas d'ambiguïté il est tout à fait logique d'interpréter le contrat d'assurance selon les attentes légitimes ou raisonnables de l'assuré. Et si le contrat a un sens pour l'assuré et un autre pour l'assureur, il est forcément à double sens et donc ambiguë⁷⁹⁹. L'équivoque qui peut résulter de l'inadéquation de l'intitulé d'une police au contenu de celle-ci est une des formes de cette ambiguïté⁸⁰⁰. C'est « l'impression créée dans le public par la publicité de l'assureur, par ses modes de mise en marché ou par le libellé commercial de ses produits. Bref par la conduite générale de l'assureur indépendamment de la formulation même des clauses de la police »⁸⁰¹ qui justifie cette théorie des attentes légitimes de l'assuré. Une théorie qui « serait fondée sur le caractère socialement indésirable d'une clause ou d'une exclusion de la police ou de l'absence de fondement technique à cette clause ou exclusion »⁸⁰².

254. Derrière l'interprétation du contrat d'assurance selon la règle « *contra proferentem* » et la théorie des « attentes légitimes ou raisonnables de l'assuré » plane donc l'idée de « l'utilité sociale » de ce contrat, la justice ou « l'équité » contractuelle par le rétablissement d'un équilibre contractuel entre assureur et assuré. C'est le fait que ce contrat est par nature supposé déséquilibré en faveur du premier qui a rendu nécessaire et légitime le choix de ces deux méthodes d'interprétation favorable au second. Tout comme l'interprétation objective, c'est « la recherche de l'utilité et la recherche de l'équité »⁸⁰³ qui sont les finalités de ces deux méthodes d'interprétation du contrat d'assurance. Ainsi, lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'intention qui traduit la volonté des parties⁸⁰⁴.

⁷⁹⁸ « La notion d'attente raisonnable est incertaine et qu'elle tend à miner l'esprit et la lettre du contrat d'assurance » : M.-C. THOUIN, « La théorie des attentes raisonnables », *op. cit.*, note 704, p. 18.

⁷⁹⁹ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, *op. cit.* note 252, 1989, p. 136.

⁸⁰⁰ Cette affirmation résulte de l'analyse qu'on peut faire d'un arrêt de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1995, RGAT 1995, .696, note J. KULLMANN) selon lequel : l'équivoque peut résulter de l'inadéquation de l'intitulé d'une rubrique au contenu de celle-ci.

⁸⁰¹ *Cooper v. Transamerica Occidental Life Insurance Co.*, et 38 C.C.L.I 189, note à *Walsh v. Canadian General Insurance Co.*, C. BELLEAU, « L'interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l'assuré », *op. cit.*, note 704, p. 81.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ En ce sens B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, Paris, LGDJ, 2003, n° 17.

⁸⁰⁴ *Exportations Consolidated Bathurst* [1980] 1 R.C.S. 888.

Et puisque c'est le souci de faire prévaloir la volonté réelle des parties en même temps que l'esprit de justice qui est le but ultime de ces deux méthodes d'interprétations applicables en matière d'assurance, les juges doivent parfois « écarter l'application littérale d'une clause, même claire et précise »⁸⁰⁵ qui se révèle déraisonnable, mais aussi « être réticents à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment de la conclusion du contrat »⁸⁰⁶.

255. Tout comme la règle d'interprétation *contra proferentem*, cette théorie prétorienne des attentes légitimes de l'assuré s'inscrit à son tour dans la logique de protection de l'assuré qui anime les législateurs français et québécois et ce depuis 1930⁸⁰⁷ pour le premier et depuis 1976⁸⁰⁸ pour le second. En rétablissant l'équilibre du contrat d'assurance par la protection de l'assuré, on soigne l'image de l'assurance qui ne jouit pas vraiment d'une bonne réputation auprès du public. Ce faisant, le public y recourra plus facilement sans y être obligé et l'institution devenue indispensable se développera sur de bonnes bases et se pérennisera. C'est en ce sens qu'on peut lire :

En souscrivant un contrat d'assurance, l'assuré recherche la quiétude, la tranquillité et certainement pas l'incertitude, puisque le seul capable à supporter cette dernière (l'incertitude) est l'assureur comme il s'y est engagé et profite à la fois des statistiques et les grands nombres pour l'appivoiser, la réduire et la contrôler. D'où la logique de l'interprétation objective de l'assurance en faveur de l'assuré. Car comme il s'agit d'un achat de sécurité par l'assuré, il est tout à fait normal et compréhensible que l'interprétation objective soit définie par les attentes de l'assuré. Au cas contraire l'assurance ne serait plus qu'une forme d'expropriation. Les entreprises d'assurance n'ayant plus raison d'être, leur disparition serait inévitable⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ *Hadley Shipping Co. C. Eagle Star Ins. Co. of Canada*, J.E. 80-566 (C.S.Q.). p. 8 du jugement.

⁸⁰⁶ *Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boiler*, (1980) 1 R.C.S. 888, le juge Estey, aux pages 901-902.

⁸⁰⁷ Date d'entrée en vigueur de la loi relative au contrat d'assurance France.

⁸⁰⁸ Qui fut la date de la première grande réforme du droit des assurances au Québec (*Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976) avant qu'intervienne la réforme du Code civil avec la loi du 18 décembre 1991 et qui entre en vigueur en 1994.

⁸⁰⁹ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, *op. cit.* note 252, 1989, n° 1.

256. C'est par une décision rendue par la Cour suprême du Canada en 1990⁸¹⁰ que cette théorie a été introduite en droit québécois. Dans son arrêt la Cour suprême décide que : « les tribunaux doivent être guidés, dans l'interprétation d'une police d'assurance, par les attentes légitimes⁸¹¹ d'une personne ordinaire et le but raisonnable qu'elle se fixe en concluant un tel contrat ; les termes employés dans la police doivent recevoir leur sens usuel⁸¹², à savoir celui qui lui donnerait tant l'assureur que le titulaire de la police ordinaire doué d'une intelligence normale »⁸¹³. Depuis cette décision de la Cour suprême du Canada, la théorie de l'attente légitime de l'assuré est de plus en plus adoptée par les juridictions québécoises⁸¹⁴. C'est parce que c'est « un facteur d'équilibre essentiel entre les intérêts souvent opposés des parties [au contrat d'assurance que] désormais de façon tout à fait naturelle, les différentes juridictions [québécoises] adoptent la doctrine de l'interprétation selon l'attente raisonnable de l'assuré. Même si l'application peut être différente, mais la démarche tend vers le même résultat »⁸¹⁵.

⁸¹⁰ *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, 1056, EYB 1990-67809.

⁸¹¹ Ou « raisonnable ». En ce sens : D. LLUELLES, « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnable”) dans la clarification contractuelle. Est-ce si légitime ? Est-ce bien raisonnable ? », *Mélanges en l'honneur du professeur J. PINEAU*, (ss. dir.) B. MOORE, Montréal, Thémis, 2003, p. 407.

⁸¹² C'est cette signification usuelle des termes de la police, accessible à l'assuré profane, qui est également très souvent retenue par la jurisprudence française (Cass. 2^e civ., 16 nov. 2006, *RGDA* 2007.197, note TURGNIE ; Paris 27 fév. 1991, *Gaz. Pal.* 1992.I Somm. 34 ; Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1974, B.J. 1975.93, note BRUNAT).

⁸¹³ *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, 1056, EYB 1990-67809.

⁸¹⁴ *Promutuel du Lac au Fjord, société mutuelle d'assurances générales c. Royal et Sun Alliance du Canada, société d'assurances*, 2013 QCCA 2014, par. 7 ; *Excellence (L'), compagnie d'assurance vie c. Desjardins*, 2005 QCCA 1035 ; *Sirois-Hallé. Bélair Cie d'assurances générales*, 2004 CanLII 39116(QC CA) ; *Larrivée c. SSQ Mutuelle d'assurance groupe*, 2000 CanLII 10180 (QC CA) ; *Société d'entraide et d'établissement du Québec Inc. c. Assurances Dumas & associés Inc.*, 1998 CanLII 12768 (QC CA) ; *Mealec. Zurich compagnie d'assurance*, 1998 CanLII 12767 (QC CA) ; *FirstcliffDevelopment Inc. c. Les Coopérants, société mutuelle d'assurance-vie*, 1993 CanLII 4036 (QC CA) ; *London life compagnie d'assurance-vie c. Berthiaume*, 1992 CanLII 2922 (QC CA).

⁸¹⁵ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1., *op. cit.*, note 252, p. 179.

257. Bien que le droit français n'adopte pas expressément cette théorie de l'attente légitime de l'assuré⁸¹⁶ utilisée en droit québécois, il ne semble pas totalement l'ignorer. En effet, outre le fait que la théorie des attentes légitimes de l'assuré est un simple prolongement de la règle *contra proferentem* et que « toutes les méthodes d'interprétation connues sont mises en œuvre dans le domaine de l'assurance »⁸¹⁷, tout comme les juges québécois, les juges français en interprétant les polices d'assurance privilégient non seulement la signification usuelle des termes employés, accessibles à un assuré profane⁸¹⁸, mais aussi et surtout il « leur arrive de faire prévaloir le sens technique d'un terme parce que sa signification usuelle aurait des conséquences défavorables pour l'assuré⁸¹⁹. Et dans un arrêt⁸²⁰ qui paraît isolé⁸²¹, la Cour de cassation a même reproché aux juges du fond la méconnaissance des méthodes d'interprétation parce que celle qu'ils ont retenue aboutissait à un résultat défavorable à l'assuré. Et en retenant la signification usuelle des termes de la police, les juges l'interprètent selon la signification que l'assuré peut légitimement s'attendre. Donc une interprétation selon l'attente légitime de l'assuré.

258. Dans ses polices d'assurance, l'assureur a tout à fait le droit de limiter ses engagements à travers notamment des clauses d'exclusion de garantie, mais c'est à condition qu'il le fasse de manière très apparente et en toute honnêteté afin que les souscripteurs aient une idée très claire et décident en toute connaissance de cause de souscrire ou non à ces polices. A défaut, le consentement de l'assuré ne saurait être libre et éclairé, réalité dont doivent prendre en compte les juges dans l'interprétation de ce contrat d'assurance. La préoccupation pour l'assureur de vendre ses produits ne doit pas lui faire dévier de son obligation fondamentale d'information qui doit être exécutée de plus haute bonne foi. L'interprétation d'un contrat doit avoir pour but de ressortir la réelle intention des parties et quoi de mieux que la finalité d'un contrat permet d'atteindre ce but ? Autrement dit, « la découverte de l'intention réelle, est orientée par la finalité des contrats »⁸²².

⁸¹⁶ En notre connaissance, le terme n'est en tout cas pas employé ni par le législateur ni par les juges.

⁸¹⁷ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, Paris, Ellipses, 3^e éd (enrichie). 2020, n° 187, p.71.

⁸¹⁸ Cass. 2^e civ., 16 nov. 2006, *RGDA* 2007.197, note TURGNIE ; Paris 27 fév. 1991, *Gaz. Pal.* 1992.I Somm. 34 ; Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1974, B.J. 1975.93, note BRUNAT.

⁸¹⁹ Paris, 20 avr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983.II.394, note MARGEAT.

⁸²⁰ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1967, *Bull. civ.* I, n° 85.

⁸²¹ J. BIGOT, « Les documents contractuels », *op. cit.*, note 720, n° 877, p. 424.

⁸²² P. ANDRE COTE, *l'interprétation des lois*, Cowansville, éd. Yvon Blais Inc., 1982, p 247 (l'auteur précise ici que l'interprétation est un objectif, mais qui est intermédiaire et que l'objectif ultime est l'intention réelle).

La finalité du contrat d'assurance étant « la protection, (le transfert des incertitudes de l'assuré sur les épaules de l'assureur) »⁸²³, c'est uniquement dans l'optique de faire jouer cette protection que l'interprétation de ce contrat doit être orientée. Ainsi, « une clause *claire et précise* cesse de l'être, et donne matière à interprétation, dès lors qu'il est manifeste qu'elle est contraire au but poursuivi par les contractants »⁸²⁴. C'est pourquoi « *il faut donc logiquement recourir aux méthodes d'interprétation qui donnent une large portée à la couverture et une portée limitée aux exclusions* »⁸²⁵. Mais puisque « la recherche d'une volonté commune serait illusoire dans les contrats d'adhésion [comme l'est généralement le contrat d'assurance], rédigés par une seule des parties »⁸²⁶ et que « l'intention commune des parties est devenue une formule à peu près vide de sens, quelque chose qu'on insère dans les jugements, sans faire grande attention à ce que cela signifie »⁸²⁷, « l'interprétation devrait se faire sur la base d'autres critères, telles que l'équité⁸²⁸ et l'utilité sociale. [C'est] l'introduction du juste et de l'utile dans les contrats. Ces théories, dont l'inspiration politique est évidente, n'ont d'autre finalité morale que de prétendre corriger les présumées inégalités engendrées par le capitalisme et le libéralisme ayant imprégné la révolution industrielle du XIX^e siècle »⁸²⁹.

259. Il convient de souligner tout de même que, si par le passé ces clauses d'exclusion de garantie étaient interprétées en cas d'ambiguïté⁸³⁰, aujourd'hui il est évident et tout à fait logique de considérer que toute clause d'exclusion de garantie qui nécessite d'être interprétée ne serait tout simplement pas valable, car elle serait alors non conforme aux conditions très strictes que les législateurs français et québécois exigent pour sa validité⁸³¹.

⁸²³ *Ibid.*

⁸²⁴ B. STARCK, *Droit civil, Obligation*, Paris, Librairie technique, p. 373.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ Voir en ce sens J. BIGOT, « Les documents contractuels », in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 867, p. 419.

⁸²⁷ DEREUX, *L'interprétation des actes juridiques privés*, Thèse, Paris, 1905, éd. A. Rousseau, cité par J. BIGOT, « Les documents contractuels », *op. cit.* note 720.

⁸²⁸ Pour une opinion contraire, voir : M.-C. THOUIN, « La théorie des attentes raisonnables », *op. cit.*, note 704, p. 17.

⁸²⁹ J. BIGOT, « Les documents contractuels », *op. cit.*, note 720, n° 867, p. 419.

⁸³⁰ Voir notamment, Cass. 3^e civ., 10 oct. 2012, n°11-20160 et n° 11-20227 ; Cass. ch. Mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11381 *publ. Bull.* ; Cass. 2^e civ., 10 sept. 2015, n° 14-22669.

⁸³¹ Voir *infra*, notes 284 et s.

En effet, contrairement à toute autre clause du contrat d'assurance, il est désormais d'une jurisprudence constante en droit français que « une clause d'exclusion de garantie ne peut être formelle et limitée dès lors qu'elle doit être interprétée »⁸³². Cette jurisprudence est tout fait valable et peut pleinement s'appliquer en droit québécois, car tout comme son homologue français qui conditionne la validité d'une clause d'exclusion par son caractère formel et limité⁸³³, le législateur québécois exige à son tour qu'une clause d'exclusion soit expresse et limitée pour être valable⁸³⁴. Or une clause qui nécessite d'être interprétée ne remplit aucunement ces conditions légales de validité puisque si elle est interprétée, c'est parce qu'elle est ambiguë et lorsqu'elle est ambiguë, elle ne serait ni formelle ni expresse et encore moins limitée. Autrement dit les conditions de validité des clauses d'exclusion sont incompatibles avec leur interprétation. C'est en raison de cette incompatibilité que certains parlent de « l'interdiction d'interpréter les clauses d'exclusion »⁸³⁵ et qu'ils expliquent par le fait que « si une clause d'exclusion peut et doit être interprétée, ce qu'elle est ambiguë. Si elle est ambiguë, elle ne permet pas à l'assuré de savoir exactement dans quelles circonstances le risque auquel il est exposé n'est pas garanti [alors que celui-ci doit être en mesure de comprendre quelle est l'étendue exacte de sa garantie⁸³⁶]. Si l'assuré ne peut le savoir, la clause imprécise n'est ni formelle [ni expresse si on se réfère à la disposition du droit québécois ci-dessus] ni limitée, ce qui entraîne sa nullité, incompatible avec son interprétation. En effet, la nullité a pour conséquence de priver la clause d'effet, alors que son interprétation a pour objet et conséquence de lui donner effet »⁸³⁷. Et comme il a été souligné ci-haut, écarter du contrat d'assurance l'application des clauses ambiguës, est une protection de l'assuré qui tout comme l'exclusion de garantie, est une nécessité pour la sauvegarde l'assurance en tant qu'institution. C'est également dans ce cadre que s'inscrit la réglementation sur les clauses abusives qui prohibe les clauses déraisonnables.

⁸³² Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2002 *RGDA* 2003.57, note CHARDIN ; Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2001 *Bull. civ.* I, n° 140 ; D. 2001, Jur. p. 2778, note B. BEIGNIER ; *RGDA* 2001.944, note KULLMANN ; « Feue l'interprétation des clauses d'exclusion de garantie dans les polices d'assurance ? », *RCA* 2002. Chron. 17 par GROUDEL.

⁸³³ Art. L113-1 al. 1 C. assur.

⁸³⁴ Art. 2464 al. 1 C.c.Q.

⁸³⁵ J. BIGOT, « Les documents contractuels », *op. cit.*, note 720, n° 860, p. 415.

⁸³⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, I, n° 140 ; *RGDA* 1999, p. 670, note M.-H. MALEVILLE ; D. 1999, IR, p. 147.

⁸³⁷ J. BIGOT, « Les documents contractuels », *op. cit.*, note 720, n° 860, p. 415.

§ 2 – LA PROTECTION DE L'ASSURÉ PAR LA PROHIBITION DES CLAUSES ABUSIVES

260. Même si l'assurance reste toujours régie par le principe de la liberté contractuelle, en raison des abus du passé ce principe est aujourd'hui fortement limité. Et la principale limite de ce principe est le droit de la consommation qui protège les consommateurs contre les clauses abusives⁸³⁸ qu'il prohibe. Et parmi ces consommateurs protégés par cette prohibition des clauses abusives, les souscripteurs d'un contrat d'adhésion qui se contentent généralement d'adhérer à un contrat pré-rédigé sans pouvoir en modifier les termes, occupent une place de choix. Le contrat d'assurance, contrat d'adhésion par excellence⁸³⁹, constitue ainsi le terrain de prédilection de la réglementation sur les clauses abusives. Cette réglementation protège aussi l'assuré contre cette fois-ci les éventuelles clauses déraisonnables que l'assureur pourrait insérer dans ses polices d'assurance. Ce faisant, elle rétablit un équilibre entre les droits et obligations des parties au contrat d'assurance et par la même occasion, elle contribue tout comme les deux modes d'interprétation abordés ci-dessus, à la sauvegarde de l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution. C'est ainsi qu'aussi bien en droit français qu'en droit québécois, sont interdites et donc non valables, toutes clauses abusives du contrat d'assurance et les clauses d'exclusion de garantie en particulier. Mais pour déterminer ce qu'est une clause abusive et mieux comprendre comment la réglementation qui s'y rapporte contribue à la sauvegarde de l'institution d'assurance par la protection de l'assuré, mais aussi le lien avec l'exclusion de garantie, il convient d'envisager cette réglementation d'abord au regard du droit français (A) et ensuite au regard du droit québécois (B).

⁸³⁸ G. PAISANT et AUTRES, « La protection des consommateurs contre les clauses abusives », *Rev. Conc. Consum.* 1998, n° 105 ; *Les clauses abusives en France et en Europe*, (ss. dir.) G. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1991.

⁸³⁹ A. MISSOL, *L'assurance, contrat d'adhésion*, thèse Paris, 1934.

I – LA RÉGLEMENTATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT FRANÇAIS

261. En France la réglementation sur les clauses abusives se trouve à ce jour essentiellement dans le Code de la consommation. Avec notamment les dispositions issues de la transposition de la Directive européenne du 5 avril 1993 précitée, ce Code est un véritable outil de protection de l'assuré contre les éventuelles clauses déraisonnables que l'assureur est susceptible d'insérer dans ses polices d'assurance. En effet, bien que ce Code ne traite pas directement de l'assurance, il ne l'exclut pas non plus de son champ d'application. Le contrat d'assurance étant dans la majorité des cas un contrat de consommation, c'est-à-dire souscrit pour des besoins autres que professionnels, les dispositions contre les clauses abusives contenues dans le Code de la consommation lui seront donc tout à fait applicables, sauf dans les cas où il sera souscrit pour des besoins professionnels⁸⁴⁰. Ainsi, si les clauses jugées abusives ont fortement diminué dans les polices d'assurance grâce notamment à l'influence des nombreuses recommandations de la Commission des clauses abusives⁸⁴¹ et la transposition intégrale de la Directive européenne de 1993 dans le Code de la consommation, elles n'ont pas totalement disparu. D'où l'intérêt, toujours actuel, de la réglementation.

262. D'après le législateur français, « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »⁸⁴². Cette définition légale des clauses abusives qui renvoie à l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, s'applique également « aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels »⁸⁴³.

⁸⁴⁰ J. KULLMANN, « Clauses et contrat d'assurance », *RGAT* 1996, p. 11 ; L. VILLEGAS, *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, PUAM, 1998.

⁸⁴¹ Instituée par la loi du 10 janvier 78 (*loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*, *JO* 11 janv. 1978, p. 301 : Bihl, *JCP* 1979.I.2909), la Commission des clauses abusives qui ne possède aucun pouvoir autonome de décision a émis six recommandations en matière d'assurance. Elles sont relatives aux contrats multirisques habitation, aux contrats d'assurance automobile, aux contrats d'assurance complémentaire à un contrat de crédit, aux contrats dommages-ouvrages, aux contrats d'assurance de protection juridique et aux contrats de prévoyance-obsèques.

⁸⁴² Art. L132-1 al 1, C. consom. (devenu L212-1 al. 1 du même Code).

⁸⁴³ Art. L212-2, C. consom.

Ainsi, outre la liste des douze (12) clauses décrétées irréfragablement abusives et donc interdites⁸⁴⁴ et celle des dix (10) clauses simplement présumées abusives à charge pour le professionnel de rapporter la preuve contraire⁸⁴⁵, le juge peut censurer (à l'exception des clauses légalement exclues du champ d'appréciation du caractère abusif des clauses, à savoir « les clauses définissant l'objet principal du contrat ou portant sur l'adéquation du prix [...] au service offert et qui sont rédigées de façon claire et compréhensible »⁸⁴⁶) toute clause d'une police d'assurance répondant à ce critère de déséquilibre significatif entre les droits obligations des parties au contrat d'assurance. Ce qui implique bien entendu la nécessité d'apprécier le contrat d'assurance dans sa globalité ou son économie générale⁸⁴⁷ pour « comparer les désavantages subis par l'assuré aux avantages recueillis par l'assureur avant de déclarer une clause abusive »⁸⁴⁸ ou non. Et ce, « quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies »⁸⁴⁹. A ce propos, le juge peut en cas de nécessité saisir la Commission des clauses abusives pour simple avis, car non contraignant⁸⁵⁰.

⁸⁴⁴ Art. R212-1, C. consom.

⁸⁴⁵ Art. R212-2, C. consom.

⁸⁴⁶ Art. L212-1 al. 3, C. consom. ; Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2018, n° 16-260320 ; Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169.

⁸⁴⁷ « Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution » : art. L212-1 al. 2 C. consom.

⁸⁴⁸ Cass. 1^{re} cv. 12 mars 2002, D. 2003. 2927.

⁸⁴⁹ Art. L212-1 al. 6, C. consom.

⁸⁵⁰ L'avis ne lie pas le juge (art. R822-21, C. consom.).

263. En droit français, une fois le caractère abusif d'une clause du contrat établie⁸⁵¹ :

1. Elle sera « réputée non écrite »⁸⁵². Cela signifie que « le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses »⁸⁵³. Le caractère d'ordre public de ces dispositions⁸⁵⁴ interdit toute dérogation conventionnelle. Et à la demande d'une association de consommateurs qui est agréée à cette fin, le juge peut : soit ordonner sous astreinte la suppression d'une clause jugée abusive « dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ou dans tout contrat en cours d'exécution »⁸⁵⁵ ; soit « déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés »⁸⁵⁶ ;
2. Lorsqu'elle est irréfragablement abusive, sa présence est « passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale »⁸⁵⁷ ;
3. Et enfin, la Cour de cassation a décidé d'octroyer des dommages-intérêts en réparation de tout préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs⁸⁵⁸.

Ces différentes sanctions contre les clauses abusives dont le juge a le pouvoir⁸⁵⁹ et parfois même le devoir⁸⁶⁰ de relever d'office, protègent amplement l'assuré. Mais comme les règles contenues dans le Code de la consommation ne profitent qu'aux seuls assurés ayant le statut de consommateur ou de non-professionnel, il va de soi que ces dispositions contre les clauses abusives rappelées ci-dessus ne protègent pas tous les assurés. Or il y a aussi des professionnels, notamment les petites et moyennes entreprises qui peuvent être confrontées à ces clauses abusives, car ne pouvant que se contenter de souscrire à des polices d'assurance sans pouvoir réellement négocier le contenu.

⁸⁵¹ G. DEFRANCE, « L'assurance sous le coup des clauses abusives », *Argus* 24 mai 1996, p. 28 ; G. COURTIER, « Le présent et le futur des clauses abusives en assurance », *Gaz. Pal.* 24-25 janv. 1997, p. 5.

⁸⁵² Art. L241-1 al. 1 et 2 C. consom.

⁸⁵³ *Id.*

⁸⁵⁴ Art. L241-1 al. 3, C. consom.

⁸⁵⁵ Art. L621-2 al. 1 et L621-8 al. 1, C. consom.

⁸⁵⁶ Art. L621-2 al. 2 et L621-8 al. 2, C. consom.

⁸⁵⁷ Art. L241-2, C. consom.

⁸⁵⁸ Cass. 1^{re} civ. 5 août 1999, *D.* 2000. 110, note PAISANT.

⁸⁵⁹ Art. R632-1 al. 1, C. consom.

⁸⁶⁰ Art. R632-1 al. 2, C. consom.

C'est certainement compte tenu de cette lacune dans la protection des assurés contre les clauses abusives, que le législateur français a à l'occasion de sa réforme de 2016 ajouté dans le Code civil une nouvelle disposition selon laquelle « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »⁸⁶¹. Avec ce nouveau texte, tout assuré, qu'il soit professionnel ou non, qui souscrit à une police d'assurance « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par [l'assureur] »⁸⁶² est protégé contre les clauses abusives. C'est donc tous les assurés susceptibles de se confronter à des clauses abusives dans leur police qui sont désormais protégés contre ces clauses en droit français. Les assurés professionnels qui ont ce besoin de protection ne sont plus totalement exclus du seul fait de leur statut. Ce faisant, on rétablit l'équilibre entre l'assureur et l'assuré dans le strict respect de l'idée originelle de la réglementation contre les clauses abusives qui est de protéger toute partie en position de vulnérabilité dans une relation contractuelle. Les contrats d'adhésion et les contrats de consommation étant la parfaite illustration de ces relations réputées déséquilibrées au détriment de l'adhérent ou du consommateur, c'est tout naturellement et en toute logique qu'ils sont ainsi soumis à cette mesure générale de contrôle des abus.

264. Par cette interdiction d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat d'assurance, le législateur français à travers sa réglementation sur les clauses abusives protège les assurés qui de ce fait, vont plus facilement recourir à l'assurance sans y être nécessairement obligés. Ce faisant, le législateur poursuit le même but visé par la plupart des règles régissant le droit des assurances, à savoir : garantir le fonctionnement de l'activité ou l'industrie d'assurance sur des bases saines pour assurer sa pérennité et donc sauvegarder l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution.

⁸⁶¹ Art. 1171, C. civ.

⁸⁶² Art. 1110, C. civ.

Ainsi, tout comme les autres mécanismes abordés ci-dessus, la réglementation sur les clauses abusives en droit français a ne serait-ce qu'un lien indirect avec l'exclusion de garantie, car outre leur objectif commun (le bon fonctionnement de l'assurance) et leur nécessité pour la sauvegarde de l'institution d'assurance, cette réglementation sur les clauses abusives interdit à l'assureur qui a le droit et parfois même l'obligation de limiter sa garantie par des clauses, d'insérer dans ses polices d'assurance des clauses notamment d'exclusion de garantie ayant un caractère abusif. Ainsi, tout comme les règles d'interprétation du contrat d'assurance abordées ci-dessus, cette réglementation qui protège assurés par la prohibition des clauses abusive, peut être vue comme une compensation ou un contrepois de la rédaction par le seul assureur du contrat d'assurance et les différentes clauses qui s'y trouvent, les clauses d'exclusion de garantie en particulier. Dès lors, même si la réglementation sur les clauses abusives en droit québécois n'est pas identique à celle du droit français qui vient d'être abordée, notamment du point de vue des critères exigés pour la qualification de clause abusive, ce raisonnement sur le lien entre exclusion de garantie et la prohibition légale des clauses abusives vaut aussi bien en droit français qu'en droit québécois.

II – LA RÉGLEMENTATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT QUÉBÉCOIS

265. Après avoir énoncé que « la clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible »⁸⁶³, le législateur québécois précise ensuite que : « est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci »⁸⁶⁴. Le contrat d'assurance étant avant tout régi par les règles du droit commun des contrats, cette disposition du Code civil québécois prohibant les clauses abusives dans les contrats d'adhésion et de consommation⁸⁶⁵ s'y applique donc tout naturellement. De cette disposition, le critère de définition légale de la clause abusive en droit québécois serait donc « *un désavantage excessif et déraisonnable du consommateur ou l'adhérent* ».

⁸⁶³ Art. 1437 al. 1, C.c.Q.

⁸⁶⁴ Art. 1437 al. 2, C.c.Q. Pour une analyse détaillée de ce texte, voir : D. LLUELLES et B. MOORE, « La définition de l'article 1437 », in *Droit des obligations*, Yvon Blais, 2^e édition, 2012, n^{os} 1836 et s., pp. 1021 et s.

⁸⁶⁵ Art. 1437, C.c.Q.

En exigeant un désavantage à la fois excessif et déraisonnable, ce critère de définition légale de la clause abusive en droit québécois apparaît ainsi plus restrictif et plus difficile à caractériser que celui de (« *déséquilibre significatif* ») du droit français. Et si le législateur français a pris soin de faire une liste de clauses abusives, le législateur québécois quant à lui s'est contenté de donner à travers un exemple, un indice d'appréciation du caractère abusif d'une clause (« *est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci* »⁸⁶⁶). Une appréciation qui, d'après la jurisprudence⁸⁶⁷, « doit se faire en tenant compte du respect de l'équilibre économique entre les parties et du caractère manifestement disproportionné de la clause attaquée ». Il n'en demeure pas moins que, pour qualifier d'abusives les clauses d'un contrat de consommation ou d'adhésion, le juge doit démontrer que cette clause est à la fois excessive et déraisonnable pour l'adhérent ou le consommateur. Donc une qualification qui nécessite en principe deux conditions cumulatives (« *excessivité et déraisonnabilité* ») alors que le droit français n'en exige qu'une seule (« *déséquilibre significatif* »). A cela s'ajoute aussi le fait que, théoriquement en tout cas, un désavantage ou un déséquilibre contractuel peut être significatif (critère de qualification de la clause abusive en droit français) sans pour autant être à la fois excessif et déraisonnable (critère de qualification de la clause abusive en droit québécois) ou même être significatif sans être ni excessif ni déraisonnable. Ce qui reviendrait à retenir la qualification de clause abusive en droit français, mais pas en droit québécois. Autrement dit, à la différence du droit français qui n'exige qu'un important écart entre les droits et obligations des parties au contrat pour que soit caractérisée une clause abusive, le droit québécois quant à lui exige une sorte d'« arbitraire »⁸⁶⁸, de « l'extrême »⁸⁶⁹, qui sont « à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi »⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Art. 1437 al. 2, C.c.Q.

⁸⁶⁷ *Gagnon c. Bell Mobilité Inc.*, (C.A., 2016-09-20), 2016 QCCA 1496, SOQUIJ AZ-51324123, 2016EXP-3081, J.E. 2016-1664, EYB 2016-270596 ; *Beaulne c. Valeurs mobilières Desjardins Inc.*, (C.A., 2013-06-14), 2013 QCCA 1082, SOQUIJ AZ-50976298, 2013EXP-2221, 2013EXPT-1241, J.E. 2013-1192, D.T.E. 2013T-446, EYB 2013-223277 ; *Samoisette c. IBM Canada Ltée*, (C.S., 2016-06-13), 2016 QCCS 2675, SOQUIJ AZ-51296133, 2016EXP-2082, 2016EXPT-1210, J.E. 2016-1152, D.T.E. 2016T-491, EYB 2016-266760.

⁸⁶⁸ C'est ainsi qu'a été décidé que « la clause d'exclusion qui n'a pas pour effet de priver l'assuré de l'indemnité d'assurance de façon arbitraire ou sans motif sérieux et qui est pertinente dans le contexte de la police, n'est pas abusive » : *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Compagnie d'assurances Union commerciale du Canada*, (C.S., 2008-01-11), 2008 QCCS 90, SOQUIJ AZ-50466629, J.E. 2008-440, [2008] R.R.A. 131, EYB 2008-128571.

⁸⁶⁹ D'après le *Dictionnaire Larousse* consulté en ligne

[<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/excessif/31987?q=excessif#31913>] le 27/03/19 à 16h07 heures de Paris, est excessif ce « qui se porte facilement vers les extrêmes ».

⁸⁷⁰ Art. 1437 al. 2, C.c.Q.

266. Comme l'admet la majorité des auteurs⁸⁷¹, il résulte donc que tout comme la grande partie des règles régissant les rapports contractuels, cette prohibition de la clause abusive dans les contrats d'adhésion et de consommation trouve son fondement sur la bonne foi qui doit gouverner toute relation contractuelle. Ainsi, en se référant à la bonne foi dans son texte prohibant la clause abusive⁸⁷², le législateur québécois n'ajoute non pas un troisième critère d'appréciation de la clause abusive, mais donne simplement un facteur d'évaluation des deux critères visés, à savoir *l'excessif et le déraisonnable*. Et si le législateur français a également pris soin de préciser que « [...] le caractère abusif d'une clause s'apprécie [...], au moment de la conclusion du contrat, [...] »⁸⁷³, en droit québécois, en l'absence d'une disposition similaire, cette question est l'objet d'un vif débat doctrinal. En effet, si dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause les juges se sont parfois référés aux circonstances présentes au moment de la formation du contrat⁸⁷⁴, dans plusieurs autres décisions ils ont fait le choix de retenir les circonstances prévalant au moment de l'application de la clause litigieuse⁸⁷⁵. C'est en ce sens qu'a été jugé abusive : la clause qui conditionne la garantie de l'assuré souffrant de troubles psychiatriques à son suivi régulier par un psychiatre, alors qu'aucun psychiatre n'exerçait dans la région où il réside⁸⁷⁶ ; celle limitant la couverture aux seuls soins prodigués dans les douze mois suivants l'accident, alors que pour des raisons médicales certains soins ne pouvaient être réalisés dans ce court laps de temps⁸⁷⁷.

⁸⁷¹ BAUDOIN, JOBIN et VEZINA, n° 114, p. 159 ; MOORE (1994), 224 ; JOBIN, (1996) (bis), 513., cité par D. LUELLES et B. MOORE, « La définition de l'article 1437 », *op. cit.*, note 768, n° 1855 à la note 157.

⁸⁷² Art. 1437, C.c.Q.

⁸⁷³ Art. L212-1 al. 2, C. consom.

⁸⁷⁴ *Decoste c. Banque de Montréal*, (C.Q., 2013-02-22), 2013 QCCQ 1707, SOQUIJ AZ-50944669, 2013EXP-1033, 2013EXPT-599, J.E. 2013-562, D.T.E. 2013T-207, EYB 2013-219266 ; *Rousse c. Dion*, J.E. 2001-1213 (C.S.), REJB 2001-24151 ; *Procureur Général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730, REJB 2000-18855, par. 60 (C.A.) ; *Tellier c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-1530 (C.S.), REJB 1998-07729 ; *Huel c. Décalcomanie Beaver Inc.*, J.E. 97-727 (C.S.), REJB 1997-00203 ; *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, B.E. 97BE-661 (C.Q.).

⁸⁷⁵ « [...] l'appréciation de la clause doit se faire au moment même de sa mise en œuvre » : *Samoisette c. IBM Canada ltée*, (C.S., 2016-06-13), 2016 QCCS 2675, SOQUIJ AZ-51296133, 2016EXP-2082, 2016EXPT-1210, J.E. 2016-1152, D.T.E. 2016T-491, EYB 2016-266760 ; *Beaulne c. Valeurs mobilières Desjardins Inc.*, (C.A., 2013-06-14), 2013 QCCA 1082, SOQUIJ AZ-50976298, 2013EXP-2221, 2013EXPT-1241, J.E. 2013-1192, D.T.E. 2013T-446, EYB 2013-223277.

⁸⁷⁶ *Papineau c. La Survivance, Compagnie mutuelle d'assurance-vie*, [2001] R.R.A. 277 (C.Q.).

⁸⁷⁷ *S.S.Q., Société d'assurance-vie c. 2970-3691 Québec Inc.*, J.E. 95-1806 (C.S.), EYB 1995-78261.

Il a aussi été décidé que « l'appréciation du caractère abusif d'une clause peut se faire de trois façons : soit en interprétant la clause intrinsèquement afin de déterminer si, par de sa nature même, elle n'est pas excessive et déraisonnable ; soit en évaluant l'effet de celle-ci sur d'autres contrats qui y sont intimement liés ; soit enfin, en l'évaluant au moment où elle doit être mise en œuvre »⁸⁷⁸. Avec cette dernière décision, il apparaît que le moment de l'appréciation du caractère abusif de la clause n'est pas le plus important. L'essentiel c'est de repérer et retoquer toute clause abusive. Il résulte donc une approche plus pragmatique que théorique.

267. Si l'approche prenant en compte les circonstances prévalant au moment de la mise en œuvre de la clause litigieuse, bien que critiquée⁸⁷⁹, reçoit l'aval de la majorité des auteurs québécois⁸⁸⁰, nous sommes d'avis avec les professeurs Lluelles et Moore⁸⁸¹ qui soutiennent que c'est l'approche pragmatique de la notion de clause abusive qui apparaît hautement souhaitable. Par conséquent, « même si, en principe, l'évaluation du caractère abusif de la clause doit se faire en fonction des circonstances qui prévalaient lors de la conclusion du contrat, l'on doit tout de même éviter, comme semble nous y inviter la Cour d'appel, de refuser péremptoirement toute prise en compte d'événements particuliers qui peuvent révéler ou « corroborer » le caractère abusif d'une clause »⁸⁸². En effet, avec cette approche pragmatique, « un rapprochement peut être réalisé avec les listes noire et grise de certaines lois européennes [la loi française notamment], listes contenant des clauses réputées ou présumées abusives, selon le cas. Les tribunaux sauront, au fil de leur décisions, espérons-le, développer de telles présomptions afin de rendre certaines clauses abusives dans tous les cas et, par le fait même, donner à l'article 1437 un rôle préventif »⁸⁸³.

⁸⁷⁸ *Parent-Constantin c. 9013-1996 Québec Inc. (Voyages SimoneBrouty)*, (C.Q., 2007-04-03), 2007 QCCQ 3163, SOQUIJ AZ-50427486, J.E. 2007-895.

⁸⁷⁹ Cette approche : « risquerait de confondre la notion de clause abusive avec les notions d'abus de droit et, surtout, d'imprévision » (Lefebvre (1995), 353.) ; « porterait indûment atteinte à la sécurité des transactions » (Lemieux (2000), 91) ;

⁸⁸⁰ Karim-I (2009), p. 663 et 664 ; Guillemard (1999), 382 ; BAUDOUIN et JOBIN, n° 105, p. 123 ; JOBIN (1996) (bis), 514 ; HELEINE (1995), p. 38. Pour une position contraire, voir L'Heureux et Lacoursière (2011), n° 71, p. 86 : « Le législateur situe uniquement au moment de la conclusion du contrat et non pas au moment de son exécution le caractère acceptable ou abusif d'une clause », cité par D. LLUELLES et B. MOORE, « La définition de l'article 1437 », *op. cit.*, note 768, n° 1843, à la note 118.

⁸⁸¹ D. LLUELLES et B. MOORE, « La définition de l'article 1437 », *op. cit.*, note 768, n° 1846.

⁸⁸² *Id.*, n° 1846.

⁸⁸³ *Id.*, n° 1853.

Sur cette question de lutte contre les clauses abusives dans les contrats, les droits français et québécois ont cependant pour point commun la protection de toutes les parties présumées en situation de faiblesse dans une relation contractuelle que sont le consommateur et l'adhérent, et ce, sans aucune discrimination à l'égard des professionnels qui, jusqu'en 2016 date de la réforme du Code civil français, étaient en droit français, pénalisés par le seul fait de leur statut.

268. La protection de l'assuré contre les clauses abusives se révèle aussi être tout comme l'exclusion de garantie, une nécessité pour la sauvegarde l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution qui est vouée à la disparition lorsque se multiplient les abus. Autrement dit, tout comme l'exclusion de garantie des risques susceptibles de nuire au bon fonctionnement de l'assurance, la protection de l'assuré par la prohibition des clauses abusives est une nécessité pour la pérennité et donc la sauvegarde de l'institution d'assurance. Ce sont les abus du passé et la nécessité de sauvegarder l'institution d'assurance qui ont engendré la surprotection de l'assuré dans la réglementation contemporaine de l'assurance. L'assurance est un contrat de haute bonne foi qui doit et ne peut fonctionner que sur des bases de l'honnêteté et de la confiance mutuelle. L'assureur ne doit pas abuser de son droit d'exclure de la garantie les risques susceptibles de nuire au bon fonctionnement de la mutualité. Comme il a été déjà souligné, force est donc de constater qu'il y a un lien ne serait-ce qu'indirecte entre l'exclusion de garantie et la sauvegarde de l'institution d'assurance. Exclure de la garantie les risques techniquement ou légalement inassurables ou que l'assureur ne souhaite tout simplement pas garantir, est une nécessité pour le bon fonctionnement de l'activité ou l'industrie d'assurance et donc une nécessité pour la sauvegarde de l'institution d'assurance. Or la notion de plus haute bonne foi et la place qu'elle occupe en droits français et québécois des assurances, mais aussi la protection de l'assuré par les règles d'interprétation du contrat d'assurance et le régime des clauses abusives contribuent à garantir le bon fonctionnement de l'activité ou l'industrie d'assurance. Donc la notion de plus haute bonne foi, la protection de l'assuré par les règles d'interprétation du contrat d'assurance et le régime des clauses abusives sont une nécessité pour la sauvegarde de l'activité ou l'industrie d'assurance en tant qu'institution en ce qu'ils garantissent son fonctionnement sur des bases saines.

Ainsi, outre leur nécessité, ces différents mécanismes sont aussi liés à l'exclusion de garantie par leur objectif commun qui est le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines (bon fonctionnement de l'assurance) pour garantir sa pérennité et donc sauvegarder l'institution. Sans oublier le fait que les règles d'interprétation du contrat d'assurance et la réglementation sur les clauses abusives peuvent être considérées comme contrepoids de la toute puissance de l'assureur, seul rédacteur du contrat d'assurance et notamment les clauses d'exclusion de garantie qui s'y trouvent.

CONCLUSION DU TITRE 2

269. Le fonctionnement de l'assurance repose sur « la mutualité ou groupement d'une multitude de risques présentant certains caractères de dispersion, d'homogénéité, et de fréquences »⁸⁸⁴. Ce qui conduit l'assureur qui organise, gère et assure le bon fonctionnement de la mutualité d'exclure de sa garantie tout risque ne répondant pas à ces caractères de risques mutualisables. Cela passe nécessairement, d'abord et avant tout, par la sélection des risques à couvrir sur la base de la déclaration faite par le souscripteur du contrat d'assurance. Et ensuite leur tarification au juste prix et leur répartition de façon à assurer une compensation au sein de la mutualité de sorte que les primes ou cotisations versées pour les risques n'ayant pas engendré de sinistre puissent permettre de régler les sinistres engendrés par quelques risques. Autrement dit, la recette ou le profit engendré(e) par les risques non sinistrés doit permettre de régler la dépense ou charge engendrée par les risques sinistrés. De ce fait, c'est la protection de la mutualité qui justifie l'exclusion de certains risques et ce, que ce soit en droit français ou en droit québécois. Ainsi, sur le mécanisme du fonctionnement de l'assurance qui rend nécessaire l'exclusion de garantie de certains risques pour la protection de la mutualité, il n'y a aucune différence entre le droit français et le droit québécois des assurances. Dès lors, en droit français tout comme en droit québécois, l'exclusion de garantie se révèle être une nécessité pour la protection de la mutualité. A ce propos on parlera d'exclusion de garantie comme nécessité pour la protection de la mutualité. Et protéger la mutualité revient à garantir le bon fonctionnement de l'assurance et donc sa sauvegarde en tant qu'institution. Ce qui permet de parler aussi de l'exclusion comme nécessité pour la sauvegarde de l'institution d'assurance et ce, que ce soit en droit français ou en droit québécois.

⁸⁸⁴M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. 1 « Le contrat d'assurance », 1975, *op. cit.*, note 263, n° 9, pp. 18-19.

270. Le caractère quasi-universel du mécanisme de fonctionnement de l'assurance est l'explication la plus plausible de cette convergence (point commun) entre les systèmes juridiques français et québécois sur la nécessité de l'exclusion de garantie pour la protection de la mutualité et la sauvegarde de l'institution d'assurance. Et ce point commun entre les deux systèmes a pour avantage de contribuer à l'universalisation des règles de fonctionnement de l'assurance. Mais en raison de son caractère indispensable pour notre société actuelle et de son importance de plus en plus grandissante, le bon fonctionnement et la sauvegarde de l'assurance ne saurait être l'affaire du seul assureur, c'est aussi l'affaire de chaque assuré pris individuellement et de l'ensemble des assurés qui compose une mutualité. D'où la nécessité de dépasser dans ce domaine la simple bonne foi exigée en droit commun des obligations.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

271. Au terme de cette première partie de la présente étude comparative des droits français et québécois des assurances terrestres, il est possible d'affirmer qu'en droit français tout comme en droit québécois, la principale raison d'être de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance est d'une part, sa nécessité pour la technique d'assurance en tant que telle (une technique de gestion des risques par compensation grâce à la mutualisation), et d'autre part, sa nécessité pour son bon fonctionnement. C'est pourquoi, outre l'exclusion légale, il n'y a pas de police d'assurance qui ne contienne une exclusion conventionnelle de garantie et ce, que ce soit en droit français ou en droit québécois des assurances. Si l'exclusion conventionnelle est le résultat du principe de la liberté contractuelle qui gouverne le contrat d'assurance, l'exclusion légale est quant à elle la conséquence de l'appréciation faite par le législateur. Quant au fondement de l'exclusion de garantie, on distingue également en droit français tout comme en droit québécois, les exclusions dictées par la seule technique d'assurance (les actes de violences collectives et le vice propre de la chose) de celles dictées par la technique d'assurance modérée par des considérations d'ordre public et moral (la faute intentionnelle de l'assuré), c'est-à-dire des exclusions qui sont un effet purement technique de l'assurance pour les premières et celles qui sont un effet de la technique d'assurance modérée par l'ordre public et la morale pour les secondes. De ce fait, même si l'assureur l'aurait voulu, il ne peut assurer tous les risques susceptibles de lui être présentés, son choix est limité par les impératifs légal et technique de l'assurance, c'est-à-dire par l'inassurabilité légale et technique. Ces deux limites de l'assurabilité étant d'application générale, il est possible d'affirmer qu'il n'y a *pas d'assurance sans exclusion de garantie* qu'elle soit légale ou conventionnelle. Dès lors, l'expression « assurance tous risques » qu'utilisent les assureurs pour nommer leurs polices d'assurance qui offrent le maximum de garantie, se révèle trompeuse et nécessite par conséquent d'être remplacée par celle de « *assurance à garantie maximale* ». Contrairement à la première, cette nouvelle expression *d'assurance à garantie maximale* permettra à l'assuré de savoir que sa police d'assurance ne couvre pas tous les risques.

Ce qui par conséquent attirera davantage son attention sur les exclusions qu'elle comporte plutôt que de se focaliser uniquement sur la couverture qui lui est offerte, car la formulation actuelle des polices d'assurance avec notamment cette expression *d'assurance tous risques*, pour ne citer que celle-ci, ne l'invite pas à s'intéresser aux exclusions. Toutefois, bien que les droit français et québécois convergent sur la nécessité de l'exclusion de garantie pour la technique et le bon fonctionnement de l'assurance, les deux systèmes ont beaucoup de divergences quant à la mise en œuvre de la notion d'exclusion de garantie qui pose plus de difficultés en France qu'au Québec. Pour s'en convaincre, il convient à présent de mettre en lumière les difficultés qu'engendre la problématique de l'exclusion de garantie et d'envisager des perspectives de solutions.

PARTIE 2 – DIFFICULTÉS ET PERSPECTIVES DE SOLUTIONS DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

272. L'exclusion de garantie est au cœur des litiges opposant assureurs et assurés. Cette situation qui perdure aujourd'hui encore peut s'expliquer par les nombreuses difficultés qui entourent la question. Une analyse approfondie de ces difficultés (Titre 1) permettra d'envisager des perspectives de solutions (titre 2).

TITRE 1 – DIFFICULTÉS DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

273. Les difficultés de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance portent à la fois sur la notion même d'exclusion qui n'est pas définie par le législateur et ce, que ce soit en droit français ou en droit québécois, mais aussi sur le régime juridique actuellement en vigueur qui, bien que résultant de la loi comporte de nombreuses lacunes. Ainsi, s'il est vrai que le principal problème de l'exclusion de garantie (les exclusions conventionnelles en particulier) est notionnel⁸⁸⁵ (chapitre 1), son régime juridique actuellement en vigueur dans les systèmes juridiques français et québécois mérite d'être repensé pour mieux s'adapter à la réalité de la pratique assurancière (chapitre 2).

⁸⁸⁵ Voir en ce sens L. MAYAUX, *in Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1703, p. 848.

CHAPITRE 1 – DIFFICULTÉS DE LA NOTION D'EXCLUSION DE GARANTIE

274. Après avoir énoncé un principe de couverture par l'assureur des pertes et dommages occasionnés par cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré, les législateurs français et québécois admettent par exception la possibilité pour celui-ci de délimiter sa garantie par une exclusion⁸⁸⁶ sans pour autant définir la notion. C'est là où réside la première difficulté de la notion et qui s'observe clairement lorsqu'arrive le moment de distinguer l'exclusion avec d'autres notions voisines comme la condition de garantie et la clause définissant le risque couvert (section 1). Cette difficile distinction a des conséquences juridiques très concrètes (section 2).

SECTION 1 – LA DIFFICILE DISTINCTION DE L'EXCLUSION AUX NOTIONS VOISINES

275. Les notions qui sont difficiles à distinguer de l'exclusion de garantie sont principalement la condition de garantie et la clause définissant le risque couvert. En effet, bien que jouant le même rôle (délimiter le périmètre du risque couvert) et produisant le même effet (priver l'assuré de garantie) que l'exclusion, le régime juridique de ces deux notions est moins contraignant que celui de l'exclusion. C'est cette combinaison d'une identité de rôle et d'effet d'une part, et d'une différence de régime d'autre part, qui explique à la fois l'intérêt et la difficulté de leur distinction. Pour mieux cerner cet intérêt et cette difficulté, il convient d'envisager d'abord la distinction entre exclusion et condition (§ 1), et ensuite la distinction entre exclusion et la définition du risque (§ 2).

⁸⁸⁶ Art. L113-1 al. 1, C. assur. et 2464 al. 1, C.c.Q.

§ 1 – EXCLUSION ET CONDITION DE GARANTIE

276. En droit commun la distinction entre exclusion et condition⁸⁸⁷ ne pose aucune difficulté. L'exclusion (du latin *exclusio*) est une « restriction »⁸⁸⁸ ou « limitation de droit »⁸⁸⁹. Quant à la condition, c'est le législateur qui, en droit québécois précise que « l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en suspendant sa naissance jusqu'à ce que l'événement arrive ou qu'il devienne certain qu'il n'arrivera pas, soit en subordonnant son extinction au fait que l'événement arrive ou n'arrive pas »⁸⁹⁰ et en droit français que « l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation »⁸⁹¹. Au regard de ces textes la condition est donc *un événement futur et incertain dont dépend la naissance ou l'extinction d'une obligation*. Par la condition l'assureur entend subordonner l'existence même de son engagement de couvrir le risque à la survenance d'un événement futur et incertain (condition). Sa garantie ne sera pas due tant que cet événement conditionnel ne s'est pas réalisé⁸⁹². Alors que par l'exclusion l'assureur entend purement et simplement restreindre ou limiter sa garantie (obligation de règlement) en écartant un certain nombre d'événements ou circonstances. Sa garantie est exclue lorsque surviennent ces événements ou circonstances visés⁸⁹³.

277. En droit des assurances cette distinction entre exclusion et condition ne semble pas non plus poser trop de difficulté. Effet, en droit québécois la question ne pose aucune difficulté dans la pratique et ce, que ce soit en doctrine ou en jurisprudence, il n'y a aucun débat à ce propos.

⁸⁸⁷ Sur cette notion, voir : C. LE GALLOU, « La condition », in *Lamy Droit du contrat*, (ss. dir.) B. FAGES, éd. Lamy, 2020.

⁸⁸⁸ H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Paris, Dalloz 1997 coll. « Connaissance du droit », p. 103.

⁸⁸⁹ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 545, p. 539.

⁸⁹⁰ Art. 1497, C.c.Q.

⁸⁹¹ Art. 1304, C. civ. (nouv).

⁸⁹² Il en est ainsi de la clause qui subordonne la garantie à l'installation d'un dispositif de sécurité, telle qu'une alarme, une caméra de surveillance ou un antivol.

⁸⁹³ C'est notamment le cas lorsque l'assuré n'a pas mis le dispositif de sécurité installé en état de marche, c'est-à-dire le non-enclenchement du système d'alarme (cass. 1^{re} civ. 26 nov. dréc.), de la caméra de surveillance ou de l'antivol.

« Les conditions [...] font référence aux exigences relatives au risque pour qu'il soit initialement contenu dans le risque couvert par la police, alors que les exclusions définissent les frontières de la protection en cours de contrat, une fois que le risque a satisfait aux conditions d'admissibilités »⁸⁹⁴. En jurisprudence seule la distinction entre exclusion et aggravation du risque a fait l'objet d'un arrêt de la Cour suprême du Canada en 1989⁸⁹⁵. C'est à l'occasion de cet arrêt que la Cour définit indirectement la notion d'exclusion en précisant que « lorsqu'il ressort clairement de la police d'assurance que l'assureur avait l'intention d'assurer contre l'incendie un immeuble occupé uniquement à des fins résidentielles, l'utiliser à des fins autres que résidentielles entraîne exclusion et non une aggravation du risque »⁸⁹⁶. Ainsi, « pour déterminer s'il s'agit d'un cas d'aggravation de risque (c'est-à-dire une circonstance nouvelle modifiant l'appréciation faite par l'assureur du risque couvert) ou d'exclusion de garantie, il faut par une lecture soignée de la police, déterminer si l'assureur a manifesté son intention de ne jamais couvrir le risque survenu (il s'agira alors d'une exclusion de garantie), ou bien au contraire, un tel risque n'étant pas explicitement exclu par l'assureur, il est susceptible d'être ultérieurement pris en charge par ce dernier (et il s'agira d'une d) »⁸⁹⁷. A travers cet arrêt la Cour suprême du Canada définit donc l'exclusion comme étant *une privation de la garantie en considération de l'utilisation de l'objet assuré à des fins autres que pour lesquelles il est assuré*.

278. En droit québécois on distingue également l'aggravation du risque de l'engagement formel qui renvoie aux « règles de prudence que l'assuré s'oblige à suivre tout au long du risque »⁸⁹⁸, tel qu'entretenir régulièrement l'extincteur d'incendie⁸⁹⁹ ou maintenir le système d'alarme en bon état de fonctionnement pendant toute la durée du contrat⁹⁰⁰. Telle que définie ici, cette notion d'engagement formel du droit québécois s'assimile à la notion de condition de garantie telle qu'elle est définie par la Cour de cassation en droit français (« clauses qui formulent une exigence générale à laquelle est subordonnée la garantie »⁹⁰¹). L'intérêt de la distinction entre les deux notions réside également dans la sanction en cas de manquement.

⁸⁹⁴ S. COTE, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *op. cit.*, p. 9.

⁸⁹⁵ *Lejeune c. CumisInsurance Society Inc.* (C.S. Can., 1989-10-26), SOQUIJ AZ-89111110, J.E. 89-1466, [1989] 2 R.C.S. 1048, [1989] R.R.A. 1031 (rés.).

⁸⁹⁶ *Id.*

⁸⁹⁷ *Id.*

⁸⁹⁸ Commentaires du ministère de la justice sous l'article 2412 C.c.Q.

⁸⁹⁹ *Robitaille c. Madill*, (1990) 1 R.C.S. 985, EYB 1990-67787.

⁹⁰⁰ *Auberge Rollande St-Pierre Inc. c. Cie d'Assurance Canadienne Générale*, (1988) R.R.A. 623 (C.Q.).

⁹⁰¹ Voir *infra*, n° 279 et s.

Dans le cas de l'engagement formel, la garantie est suspendue lorsqu'il y a un manquement et la police reprend effet lorsque l'assureur acquiesce ou que l'assuré corrige le défaut⁹⁰². La bonne ou mauvaise foi de l'assuré n'a aucune incidence sur la suspension de la garantie dès lors qu'il y a non-respect respect d'un engagement formel aggravant le risque⁹⁰³. Alors qu'en cas d'aggravation du risque non déclarée à l'assureur, ce dernier demeure tenu de l'indemnité envers l'assuré, dans la proportion de la prime perçue à celle qu'il aurait dû percevoir (c'est la règle dite de l'indemnité proportionnelle), à moins qu'il n'établisse qu'il n'aurait pas accepté le risque et que le preneur est de mauvaise foi⁹⁰⁴.

279. En droit français c'est après plusieurs années d'incertitude et confusion jurisprudentielles que la Cour de cassation a par un arrêt du 26 novembre 1996⁹⁰⁵ décidé que « la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie des risques de vol en considération de circonstances particulières de réalisation du risque s'analyse en une exclusion de garantie ». Puis dans son rapport annuel pour 1996⁹⁰⁶, la Cour affirme que par cet arrêt, les juges ont voulu opposer les exclusions ainsi définies, c'est-à-dire circonstances particulières de réalisation du risque, aux clauses qui formulent une exigence générale, telle la pose d'un antivol, et constituent des conditions de la garantie. Le même rapport précise en outre que la formule ainsi consacrée revient « à opposer les circonstances en quelque sorte occasionnelles du sinistre [(les exclusions de garantie)] aux conditions permanentes du risque garanti [(les conditions de garantie)] », critère déjà utilisé dans deux décisions antérieures du 7 juillet 1992⁹⁰⁷, ajoute le rapport.

⁹⁰² « Les manquements aux engagements formels aggravant le risque suspendent la garantie. La suspension prend fin dès que l'assureur donne son acquiescement ou que l'assuré respecte à nouveau ses engagements » : art. 2412, C.c.Q.

⁹⁰³ *Lloyd's de Londres c. Paramsothy*, (C.A., 2007-02-21), 2007 QCCA 239, SOQUIJ AZ-50417554, J.E. 2007-484, [2007] R.R.A. 60 (rés.), EYB 2007-115048 ; *Florent & Gilbert Tremblay Inc. c. M.J. Oppenheim, c.a.*, (C.S., 2003-12-08), SOQUIJ AZ-50211960, J.E. 2004-166, [2004] R.R.A. 161, REJB 2003-51944, 2003 CanLII 24172 ; *Entreprises forestières Fournier & Frères Inc. c. Compagnie d'assurances Commerce et industrie du Canada*, (C.S., 1997-02-05), SOQUIJ AZ-97025027, [1997] R.R.A. 524 (appel rejeté par C.A.Q. no 200-09-001345-971, le 2 septembre 1999).

⁹⁰⁴ *Auberge Rolland St-Pierre Inc c. Cie d'Assurance Canadienne Générale**, (1988) R.R.A. 622 (C.S.).

⁹⁰⁵ Cass. 1^{re} civ. 26 nov. 1996, n° 94-16058, *RGDA* 1997, p. 132, note J. KULLMANN ; H. GROUDEL, « Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie », *RCA* 1997, chron. n° 7.

⁹⁰⁶ Rapport de la Cour de cassation, 1996, p. 344 : *RGDA* 1997, 132, obs. J. KULLMANN.

⁹⁰⁷ L'une publiée (*Bull. civ.* I, n° 216 ; *RCA* 1992, comm. n° 432) et l'autre pas.

Depuis ces arrêts il est parfaitement établi en jurisprudence française que *l'exclusion est une circonstance particulière de réalisation du risque*. C'est notamment le cas du non-déclenchement du système d'alarme par l'assuré⁹⁰⁸. Et en décidant que « les stipulations qui posent en préalable à l'existence de la garantie l'installation d'un dispositif antivol agréé par l'assureur, constituent à cet égard une condition de garantie dont la preuve incombe à l'assuré »⁹⁰⁹, la Cour de cassation consacre l'idée que les mesures de prévention qu'exige l'assureur constituent des conditions de garantie. Il en est ainsi de l'installation d'un système antivol⁹¹⁰, de vérification régulière d'une alarme⁹¹¹ ou la pose d'une serrure spécifique⁹¹². La condition est donc *un événement incertain ou une exigence à laquelle est subordonnée la garantie*⁹¹³.

280. Mais si cette distinction entre l'exclusion et la condition de garantie paraît claire et ne semble poser aucune difficulté particulière, l'incertitude et la confusion jurisprudentielles qui s'y rapportent en droit français démontrent tout le contraire. Pour ne citer que quelques exemples, c'est en contradiction totale de la formule de principe énoncée par l'arrêt du 26 novembre 1996⁹¹⁴ qu'une omission d'enclencher un système d'alarme, c'est-à-dire une *circonstance particulière de réalisation du risque*, a par la suite été qualifiée de « *condition de garantie* »⁹¹⁵. Puis, alors que l'inhabitation temporaire d'un immeuble n'est pas une circonstance particulière de réalisation du risque, a été qualifiée d'exclusion la clause selon laquelle la garantie est due si l'immeuble assuré est habité plus d'un certain nombre de jours par an⁹¹⁶. A également été qualifiée de condition de garantie la clause subordonnant la garantie vol d'un véhicule à sa remise en garage fermé pendant la nuit, alors même que l'assureur entend par une telle clause exclure sa garantie dans l'hypothèse où le véhicule est stationné à l'extérieur au moment du sinistre⁹¹⁷.

⁹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ. 26 nov. 1996, *préc.*, note 809 ; Cass. 1^{re} civ. 23 févr. 1999, *RGDA* 1999, 307, obs. J. KULLMANN ; *RCA* 1999, n° 151 ; Cass. 2^e civ. 3 févr. 2005, n° 03-19264.

⁹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ. 29 oct. 2002, *Bull. civ. I*, n° 243, p. 186.

⁹¹⁰ *Id.*

⁹¹¹ Cass. 1^{re} civ. 9 fév. 1999, *RGAT* 1999.467.

⁹¹² Cass. 1^{re} civ. 3 janv. 1991, *RGAT* 1991. 177, 2^e esp., note J. KULLMANN.

⁹¹³ Cass. 2^e civ. 16 déc. 2010, n° 09-69.829 ; Cass. 2^e civ., 9 juill. 2009, n° 08-13780.

⁹¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 26 nov. 1996, *préc.*, note 809.

⁹¹⁵ Cass. 2^e civ. 3 fév. 2005, n° 03-19624, *RCA* 2005, no 140, obs. H. GROUDEL.

⁹¹⁶ Cass. 2^e civ. 5 juill. 2006, n° 04-10273.

⁹¹⁷ Cass. 2^e civ. 22 nov. 2007, n° 06-21504.

Et alors que la qualification d'exclusion indirecte paraît évidente, a été qualifiée de « condition de garantie », une clause qui garantit « l'invalidité totale et définitive, si l'invalidité ininterrompue subsiste à l'expiration d'une période minimale de douze mois »⁹¹⁸. Dès lors, si la formule de l'arrêt du 26 novembre 1996 largement atténue la délicate distinction entre l'exclusion et la condition de garantie, elle n'a pas permis de mettre fin à l'incertitude et confusion jurisprudentielles qui s'y rapportent.

281. En outre le critère retenu par la jurisprudence française « circonstances particulières de réalisation du risque » et que semble aussi adopté la Cour suprême du Canada⁹¹⁹, ne permet pas d'identifier toutes les exclusions. Est laissée de côté toute exclusion qui ne serait pas une circonstance de réalisation du risque puisque « l'exclusion n'est pas exclusivement une circonstance de réalisation du [risque] »⁹²⁰. En témoignent les nombreux arrêts qualifiant d'exclusion des clauses qui n'ont pourtant rien à voir avec « les circonstances particulières de réalisation du risque ». Il en est ainsi de la clause qui exclut d'une assurance de vol l'« inhabitation du bâtiment »⁹²¹ ; de celle excluant d'une assurance de responsabilité civile professionnelle d'un artisan « les travaux de sous-traitance »⁹²² ; de celle excluant d'une assurance de responsabilité « les dommages causés au bien dont l'assuré a la propriété, la garde ou l'usage »⁹²³ ; de celle excluant d'une assurance de responsabilité professionnelle « les activités de gestion de portefeuille »⁹²⁴ ; de celle excluant d'une assurance incendie « les dommages causés par la tempête aux bâtiments non intégralement clos ou couverts »⁹²⁵. Ces quelques exemples parmi tant d'autres⁹²⁶ montrent les limites de l'apport de la formule de l'arrêt du 26 novembre 1996. Une formule qui ne se révèle donc pas être une « clé générale de distinction »⁹²⁷ entre exclusion et condition de garantie. D'où la nécessité d'envisager des perspectives de solutions dans les lignes qui suivent.

⁹¹⁸ Cass. 1^{re} civ. 12 janv. 1999, n° 96-14022, *RGDA* 1999, p. 309, note L. MAYAUX.

⁹¹⁹ *Lejeune c. CumisInsurance Society Inc.* (C.S. Can., 1989-10-26), *préc.*, note 799.

⁹²⁰ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 381, p. 152.

⁹²¹ Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2005, n° 00-20136.

⁹²² Cass. 2^e civ. 16 juin 2005, n° 04-12500, *RGDA* 2005, 964, obs. KARILA.

⁹²³ Cass. 2^e civ. 24 févr. 2005, n° 03-17190.

⁹²⁴ Cass. 2^e civ. 15 déc. 2011, n° 10-27164.

⁹²⁵ Cass. 2^e civ. 16 juin 2005, n° 04-14908 ; *RGDA* 2005, 1038, obs. J. KULLMANN.

⁹²⁶ Pour lesquels voir notamment : S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 382, pp. 152-153 ; G.DURRY, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition pour trancher le nœud gordien) », in *Études offertes à H. GROUDEL*, LexisNexis, 2006, p. 129, spéc. pp. 136-137.

⁹²⁷ G.DURRY, *op. cit.*, note 830, p. 136.

§ 2 – EXCLUSION ET CLAUSE DÉFINISSANT LE RISQUE COUVERT

282. Il est encore plus délicat de distinguer l'exclusion de la clause définissant le risque couvert et parfois appelée « fausse condition »⁹²⁸. Cette délicate distinction est liée au fait qu'il s'agit de deux opérations qui, en plus d'être complémentaires, répondent non seulement à la même finalité qui est de délimiter la garantie⁹²⁹, mais ont aussi et surtout ont le même effet privatif de garantie. Par la définition du risque couvert l'assureur fixe « le cadre de la garantie »⁹³⁰ ou « le périmètre de l'aire contractuelle »⁹³¹, et par l'exclusion, il le circonscrit. Autrement dit, la clause de définition du risque détermine l'objet de la garantie en traçant les contours du risque couvert par le contrat d'assurance et l'exclusion le restreint en délimitant l'étendue exacte de la garantie. Il s'agit donc de deux notions complémentaires mais distinctes et ayant le même effet qui est la privation de toute garantie à l'assuré. On parle d'« exclusion externe ou exclusion du contrat » à propos de la clause définissant le risque couvert, et d'« exclusion interne ou exclusion de garantie » à propos de la clause d'exclusion⁹³². Mais le problème est lié à la question de savoir si par la définition du risque couvert l'assureur n'exclut pas indirectement les risques qui répondent à cette définition ? A cette question deux positions doctrinales s'affrontent.

283. Pour les uns, du cadre de la garantie déterminé par la définition, est exclu tout ce qui se trouve en dehors⁹³³. « La définition, pourvu qu'elle soit précise, porte, en elle-même une exclusion formelle et limitée de risques. Partant elle implique indirectement une exclusion générale de tous les événements ou dommages se situant en dehors du périmètre défini. A titre d'illustration de ce genre d'*exclusions* dites généralement *indirectes*, l'assurance limitée à la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle écarte celle de la responsabilité contractuelle ; la référence explicite à la notion d'accident rejette le dommage qui ne présente pas de telles caractéristiques »⁹³⁴.

⁹²⁸ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. Bigot, *op. cit.*, note 4, n^{os} 1698 et s., pp. 842 et s.

⁹²⁹ *Id.*, n^o 1718, p. 857.

⁹³⁰ A. F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1998, n^o 1-172, p. 85.

⁹³¹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n^o 464, p. 343.

⁹³² *Id.*, n^{os} 465-466, pp. 344-345.

⁹³³ A. F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, note 834.

⁹³⁴ *Ibid.*

Ces exclusions indirectes se rencontrent généralement dans les polices dites « à périls dénommés » où ce qui ne correspond pas aux périls dénommés de la police est indirectement exclu de la garantie. Ainsi, bien que certains⁹³⁵ estiment que : « dans [ces polices] « à périls dénommés » notamment, on peut considérer que ce qui n'est pas couvert [(les matériaux non plastique et la responsabilité contractuelle dans les deux exemples ci-dessus)] est indirectement rejeté hors de l'« aire contractuelle et constitue ce qu'on appelle parfois une « exclusion externe », ou fausse exclusion qui vise une circonstance n'entrant pas dans le champ de la garantie », de la police qui exige que les matériaux utilisés pour les travaux assurés soient en plastique, est exclue par « déduction » et donc indirectement de la garantie, l'utilisation de tous autres matériaux⁹³⁶. Et en assurance de responsabilité civile, de la police qui ne couvre que la responsabilité délictuelle de l'assuré, est exclue par déduction et donc indirectement sa responsabilité contractuelle⁹³⁷.

284. Alors que pour d'autres, ces risques situés à l'extérieur de l'« aire contractuelle, sont non pas exclus (« exclusion interne »), mais simplement « *non assurés* »⁹³⁸, et ce par la « déduction évidente et objective de ce qui n'est pas garanti »⁹³⁹. Autrement dit, les risques qui n'entrent pas dans la définition du risque couvert ne sont tout simplement pas assurés, sans avoir besoin de les exclure par une clause du contrat lorsque la définition est bien précise⁹⁴⁰. Ainsi, dans un contrat dont « l'objet est défini comme la couverture du vol par effraction, il n'y a pas besoin d'exclure le vol sans effraction comme lorsque l'objet est au départ défini plus largement comme portant sur le vol »⁹⁴¹.

⁹³⁵ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1706, p. 850.

⁹³⁶ Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 1991, n° 88-13604, *RGAT* 1991, p. 380, note J. BIGOT.

⁹³⁷ Cass. 1^{re} civ. 13 mars 1990, n° 88-15663, *RGAT* 1990, p. 372, note R. BOUT ; Cass. com. 24 nov. 1987, n° 85-18570, *RGAT* 1988, p. 542, note R. BOUT.

⁹³⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n°^{os} 464-465, pp. 344-345.

⁹³⁹ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 387, p. 155, à la note 3.

⁹⁴⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n° 465, p. 344.

⁹⁴¹ *Ibid.*

Ce qui serait différent de l'exclusion qui se rapporte quant à elle à des risques se trouvant dans l'« aire contractuelle » et donc normalement couverts, mais que l'assureur a décidé de ne pas prendre en charge en prévoyant une clause en ce sens. Par l'exclusion, il précise qu'il n'octroie pas sa garantie pour un événement ou une circonstance bien précise qu'il aurait dû couvrir sans ladite exclusion. A ce propos on donne l'exemple d'une assurance contre le vol largement défini dans lequel sont ensuite exclus le vol sans effraction, ou le vol qui s'est produit alors que le système d'alarme n'était pas enclenché⁹⁴². Même si dans la pratique jurisprudentielle française, l'effraction est généralement qualifiée d'élément participant à la définition du risque⁹⁴³ et le non-enclenchement du système d'alarme d'exclusion⁹⁴⁴.

285. Face à ces deux positions doctrinales qui viennent d'être rappelées, la Cour de cassation opte pour la seconde en retenant la même conception restrictive de la notion d'exclusion. C'est ainsi qu'elle exclut la qualification de l'exclusion indirecte au profit de la clause de définition de la garantie à propos de la clause d'une police d'assurance garantissant les désordres à la construction qui relèvent de la responsabilité décennale⁹⁴⁵. Il en est de même de la clause garantissant les maladies ou accidents corporels survenus après la prise d'effet du contrat⁹⁴⁶ ou celle excluant de la garantie de responsabilité civile des mandataires sociaux, les conséquences des fautes professionnelles que l'assuré ne pouvait ignorer lors de la souscription en raison de reproches précis adressés par des tiers⁹⁴⁷. Toutefois, si l'hypothèse d'une exclusion directe par laquelle la clause vise nommément les risques exclus (« le vol qui s'est produit alors que le système d'alarme n'était pas enclenché » pour citer l'exemple ci-dessus) ne pose pas de difficulté particulière en jurisprudence, les choses deviennent également plus complexes lorsqu'il s'agit d'une exclusion indirecte qui, tout comme les risques se trouvant en dehors de la définition de l'aire contractuelle et à propos desquels on parle de « non-assurance » ou « exclusion externe », se déduit elle aussi de la définition du risque couvert⁹⁴⁸.

⁹⁴² *Id.*, n° 466, p. 345.

⁹⁴³ Cass. 2^e civ. 22 oct. 2009, n° 08-19565, *RCA* 2010, comm. 51, note H. GROUDEL ; Cass. 1^{re} civ. 18 déc. 2002, n° 00-14908.

⁹⁴⁴ Cass. 1^{re} civ. 26 nov. 1996, n° 94-16058, *préc.*, note 809.

⁹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 14 fév. 1989, *RGAT* 1991, p. 611, note J. BIGOT ; *Gaz. Pal.* 1991. 1, juris., p. 121, note J. Roussel.

⁹⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 27 nov. 1990, *RCA* 1991, comm. n° 70.

⁹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 1990, *RGAT* 1991, p. 146, note J. KULLMANN.

⁹⁴⁸ En ce sens, L. GRYNBAUM (ss. dir.), *Assurances. Droit et pratique*, *op. cit.*, note 393, n°2279 et s. ; L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1706, p. 849.

286. La difficulté vient donc du fait que les risques faisant l'objet d'une exclusion indirecte ou « exclusion interne » et ceux qui sont considérés comme non-assurés ou « exclusion externe » se déduisent tous de la définition du risque couvert. A cela s'ajoute le fait qu'en raison de la complémentarité et finalité commune (délimitation de l'objet de la garantie) entre l'exclusion et la clause de définition du risque couvert, il n'y a pas sur le plan théorique de différence de nature entre les deux notions⁹⁴⁹ bien qu'elles soient juridiquement distinctes. « [...] La clause d'exclusion ne serait pas substantiellement différente de la clause définissant le risque couvert. Elle demanderait seulement à être clairement exprimée »⁹⁵⁰. Mais comme la distinction des deux notions se révèle très complexe dans la pratique et est source d'insécurité juridique, il est tout à fait souhaitable et même nécessaire d'envisager des critères de distinction⁹⁵¹ clairs et précis de façon à mettre fin la confusion qui a pendant longtemps régné en la matière⁹⁵².

SECTION 2 – CONSÉQUENCES DE LA DIFFICILE DISTINCTION DE L'EXCLUSION AUX NOTIONS VOISINES

287. La difficile distinction de l'exclusion aux notions voisines est source d'incertitude et confusion jurisprudentielles très visibles en droit français (§ 1). Ce qui tout naturellement entraîne une insécurité juridique très concrète autour de la question (§ 2).

§ 1 – INCERTITUDE ET CONFUSION JURISPRUDENTIELLES

288. Comme il a été déjà souligné, à la différence du droit québécois qui n'est pas confronté dans la pratique à ce problème de distinction de l'exclusion aux notions voisines, en droit français, en plus du houleux débat doctrinal existant, la jurisprudence est confuse et assez incertaine. Outre les quelques décisions déjà citées en guise d'illustration⁹⁵³, plusieurs autres peuvent être rappelées.

⁹⁴⁹ *Id.*, n° 1707, p. 850.

⁹⁵⁰ *Id.*, n° 1708, p. 851.

⁹⁵¹ Voir *infra* n° 335 et s.

⁹⁵² En ce sens voir, P. FADEUILHE, « L'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : le contrôle de qualification exercé par la Cour de cassation », *Petites affiches*, 15 mars 2000, n° 53, p. 5.

⁹⁵³ *Supra*, note 900 à 904.

Ainsi, après avoir rejeté la qualification d'exclusion pour retenir celle de définition du risque à propos d'une clause prévoyant la couverture des seuls risques maladies ou accidents intervenus après la prise d'effet du contrat⁹⁵⁴, la Cour de cassation décide quelques mois plus tard que le contrat qui prévoit que seuls les dommages dus à un accident seront couverts, exclut indirectement les dommages non accidentels⁹⁵⁵. Puis elle décide deux ans plus tard que le contrat qui prévoit que seuls sont couverts les dommages consécutifs à un accident défini comme tout fait soudain imprévu et extérieur à la victime ou au bien endommagé, comporte non pas une clause d'exclusion, mais une condition de la garantie⁹⁵⁶. A cela s'ajoutent les deux tendances jurisprudentielles contradictoires qui se sont dessinées sur la qualification de l'obligation faite à l'assuré d'adopter des mesures de protection contre le vol. En effet, alors que dans les contrats d'assurance contre le vol en matière de transport l'obligation pour l'assuré de mettre en place un équipement de protection, appelée « clause syndicale » est considérée comme une clause d'exclusion⁹⁵⁷, dans les contrats autres que ce domaine du transport, la même obligation de l'assuré est qualifiée de condition de garantie. Il en est notamment ainsi de l'obligation de faire installer un dispositif de protection sur les portes d'un magasin⁹⁵⁸ tel qu'une serrure ou un verrou⁹⁵⁹ et toute mesure de prévention exigée par l'assureur⁹⁶⁰. Face à de telles qualifications contradictoires sur des clauses pourtant très similaires, il est difficile de déceler clairement le critère retenu par la Cour de cassation pour distinguer sans ambiguïté l'exclusion de la clause définissant le risque couvert ou de la condition de garantie. Ce flou jurisprudentiel ne fait qu'alimenter l'incertitude qui entoure la distinction de l'exclusion à ces notions voisines.

⁹⁵⁴ Cass. 1^{re} civ. 27 nov. 1990, *RCA* 1991, comm. n° 70.

⁹⁵⁵ Cass. 1^{re} civ. 12 mars 1991, *RGAT* 1991. 633, note R. BOUT.

⁹⁵⁶ Cass. 1^{re} civ. 12 mai 1993, *RCA* 1993, comm. n° 277. Voir également en ce sens Cass. 1^{re} civ. 7 juill. 1998, *RGDA* 1998. 753, note A. FAVREROCHEX.

⁹⁵⁷ Cass. 1^{re} civ. 7 juill. 1992, *Bull. Civ. I*, n° 216 ; *RCA* 1992, comm. n° 432.

⁹⁵⁸ Cass. 1^{re} civ. 7 juill. 1992, *Bull. Civ. I*, n° 219 ; *RCA* 1992, comm. n° 429.

⁹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ. 3 janv. 1991, préc.

⁹⁶⁰ Cass. 1^{re} civ. 29 oct. 2002, préc.

§ 2 – L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

289. L'insécurité juridique est une conséquence logique et directe de l'incertitude et confusion jurisprudentielles qui entourent la distinction de l'exclusion de garantie aux notions voisines. L'accessibilité et l'intelligibilité de la règle de droit est un principe à valeur constitutionnelle qui doit guider les juges dans l'élaboration de la jurisprudence afin de rendre le droit plus prévisible pour tous. En effet, la prévisibilité du droit qui passe par l'unification de la jurisprudence est non seulement un gage de sécurité juridique pour les justiciables, mais aussi et surtout une nécessité pour le rendre compétitif et donc, plus attractif dans le champ juridique international. C'est d'ailleurs l'un des grands objectifs du chantier de modernisation du droit des obligations engagé en France par l'*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Il en est de même du nouveau mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation (il ressemble très fortement à celui pratiqué au Québec et notamment par les Cours d'appel et la Cour suprême du Canada) qui a été « mis en place pour assurer une meilleure compréhension de la jurisprudence de la Cour de cassation et ainsi améliorer la lisibilité du droit »⁹⁶¹. Des objectifs difficilement atteignables avec une confusion jurisprudentielle aussi accrue que celle qui se rencontre en droit français dans le cadre de la distinction de l'exclusion de garantie aux notions voisines en matière d'assurance. C'est ainsi qu'à propos de deux décisions contradictoires rendues le même jour sur des affaires pourtant similaires⁹⁶², un auteur dira que : « *tout dépend non pas du jour mais de l'heure à laquelle la première chambre civile de la Cour de cassation statue...Curieuse technique de régulation et d'unification de la jurisprudence !* »⁹⁶³. En effet, alors que la Cour de cassation a estimé dans la première espèce que « la clause qui subordonne la garantie du vol de marchandises, lorsque le camion est en stationnement à l'équipement d'un dispositif antivol agréé par l'assureur et installé par un professionnel conformément aux instructions du fabricant s'analyse en *une clause d'exclusion en ce qu'elle prive l'assuré du bénéfice de la garantie en cas d'observation des conditions qu'elle prévoit* », dans la seconde espèce elle approuve les juges du fond d'avoir qualifié de condition de la garantie la clause d'une assurance multirisque de l'occupant selon laquelle « la garantie n'est acquise que pour les vols commis dans les locaux entièrement clos et couverts dont toutes les portes d'accès sont munies d'au moins une serrure de sûreté ».

⁹⁶¹ Voir https://www.courdecassation.fr/IMG/mode_de_redaction_01.07.19_v2.pdf [consulté le 08/10/2019 à 22h22 heure française].

⁹⁶² Cass, 1^{ère}Civ., 3 janvier 1991, *RGAT* 1991, 177 (deux espèces).

⁹⁶³ J. KULLMANN, note sous Cass, 1^{ère}Civ., 3 janvier 1991, *préc.*, note 866.

Deux clauses imposant des mesures de prévention à la charge de l'assuré mais qualifiées différemment. Ce qui est tout sauf unificateur de jurisprudence.

290. Il est tout même possible de se réjouir de ces réformes du droit français évoquées ci-dessus, engagées pour sécuriser juridiquement les affaires à travers la simplification et la prévisibilité du droit. Elles traduisent au moins une volonté politique de réduire considérablement, à défaut de mettre fin, l'insécurité juridique pouvant résulter de l'imprévisibilité du droit du fait notamment de l'incertitude et la confusion jurisprudentielle. Le chemin sera long, mais il y a de quoi espérer, d'autant qu'il a été souligné que cette incertitude et confusion jurisprudentielle qui caractérisent la distinction de l'exclusion aux notions voisines en matière d'assurance est propre au droit français et n'existe presque pas en droit québécois.

CHAPITRE 2 – LES DIFFICULTÉS DU RÉGIME JURIDIQUE DE L’EXCLUSION DE GARANTIE

291. Le régime juridique de l’exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances s’applique sans aucune distinction entre les contrats souscrits par les assurés qui ne peuvent qu’adhérer au contrat pré-rédigé par l’assureur (contrats d’adhésion) et les contrats souscrits par les assurés qui ont le pouvoir de négocier, voire d’imposer le contenu de leurs contrats (contrats de gré à gré). Dès lors, si ce régime juridique qui résulte principalement de la loi est au cœur des débats sur la qualification d’exclusion, c’est en raison non seulement de son caractère contraignant⁹⁶⁴ et généralisé (section 1) qui engendre des conséquences très néfastes sur le plan juridique (section 2).

SECTION 1 – UN RÉGIME CONTRAIGNANT ET GÉNÉRALISÉ

292. La compréhension du caractère contraignant et généralisé du régime juridique de l’exclusion de garantie passe par une analyse détaillée des conditions très strictes que les législateurs français et québécois exigent pour la validité des clauses d’exclusion de garantie (§ 1). A cela s’ajoute aussi la particularité de l’exclusion de garantie dans sa mise en œuvre (§ 2).

§ 1 – CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CLAUSES D’EXCLUSION DE GARANTIE

293. L’étonnement que peut avoir un assuré de se retrouver sans garantie malgré la souscription d’un contrat d’assurance et le paiement d’une prime ou cotisation est tout simplement dû à l’ignorance qu’il a de l’étendue exacte de la garantie offerte par sa police d’assurance. Ainsi, outre l’effet privatif de garantie des clauses d’exclusion, le caractère contraignant des conditions que les législateurs français et québécois exigent pour leur validité, vise à permettre à l’assuré de connaître avec exactitude la garantie offerte par sa police d’assurance. Toutefois, si en droit français les conditions de validité des clauses d’exclusion de garantie sont d’application générale sans aucune distinction entre assurances de dommages et assurance de personnes (I), en droit québécois le législateur distingue les conditions applicables aux assurances de dommages de celles applicables aux assurances de personnes (II).

⁹⁶⁴ L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1703, p. 848.

I – CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION DE GARANTIE EN DROIT FRANÇAIS

294. En droit français la validité des clauses d'exclusion de garantie est soumise à des conditions légales fixées par les articles L113-1 alinéa 1 et L112-4 *in fine* du Code des assurances. Le premier qui dispose que « les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police », fixe les conditions de validité de fond (A). Et le second qui prévoit que « les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents », fixe les conditions de validité de forme (B).

A – CONDITIONS DE VALIDITÉ DE FOND

295. D'après l'article L113-1 précité, les conditions légales de fond exigées pour la validité des clauses d'exclusion de garantie en droit français se rapportent donc à leur caractère formel⁹⁶⁵ et limité d'une part (1), et à leur mention dans la police d'assurance d'autre part (2) et ce, que ce soit en assurance de personnes ou en assurance de dommages.

1 – UNE EXCLUSION FORMELLE ET LIMITÉE

296. La tendance jurisprudentielle qui consiste à viser indistinctement le caractère formel et le caractère limité de la clause d'exclusion de garantie peut laisser penser que les deux notions sont identiques même s'il n'en est rien. En effet, cette référence fréquente et simultanée aux deux notions dans les arrêts s'explique simplement par le fait que la majorité des clauses censurées par les juges sur le fondement de l'article L113-1 du Code des assurances, sont à la fois non *formelles* parce qu'elles ne se réfèrent pas à des « *critères précis ou des hypothèses limitativement énumérées* », et non *limitées* parce qu'elles « vident la garantie de sa substance ».

⁹⁶⁵ Contrairement à la majorité des auteurs qui voient en cette exigence légale d'une clause formelle une condition de validité de fond (voir notamment, « la notion d'exclusion « formelle » ne renvoie pas à une condition de forme » : S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances, op.cit.*, note 246, n° 404, p. 161.), le professeur BEIGNIER quant à lui l'aborde comme une condition de forme : B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances, op. cit.*, note 62, n° 546, p. 541.

Il en est ainsi des clauses qui se contentent de viser l'inobservation des règles de l'art d'une profession⁹⁶⁶ ou l'imprégnation alcoolique⁹⁶⁷, de celles excluant de la garantie les dommages résultant d'un défaut de réparations ou d'entretien indispensables incombant à l'assuré⁹⁶⁸ ou de celles excluant la garantie de l'assureur en cas de défaut d'entretien ou de réparation caractérisé et connu de l'assuré⁹⁶⁹, mais aussi de celles nécessitant une interprétation⁹⁷⁰. Autrement dit, de l'analyse de la jurisprudence il apparaît que l'exigence légale d'une clause formelle impose la clarté et précision dans la formulation de la clause d'exclusion⁹⁷¹, alors que l'exigence d'une clause limitée vise à éviter que la garantie ne soit vidée de sa substance et ainsi priver le contrat d'assurance de son objet⁹⁷². Le caractère formel de la clause d'exclusion de garantie (1.1) se distingue ainsi clairement de son caractère limité (1.2), même s'il faut souligner que si la référence à des critères précis est propre au caractère formel de la clause d'exclusion, viser des hypothèses limitativement énumérées est un moyen d'avoir à la fois une clause d'exclusion formelle mais aussi limitée.

⁹⁶⁶ Cass. 3^e civ., 13 sept. 2005, n° 04-14.462 : *RDI* 2005. 417, note DESSUET ; 26 nov. 2003, n° 01-16.126 P.

⁹⁶⁷ Civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, n° 96-10.592 P : *RCA* 1998, n° 109 ; *Gaz. Pal.* 1998. 1. 243 ; *RGDA* 1998. 118, note FAVREROCHEX.

⁹⁶⁸ Cass. 2^e civ., 12 déc. 2013 : *RCA* 2014, n° 74, note GROUDEL ; *RGDA* 2014. 30, note ASSELAIN ; Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 1984, n° 83-14.464 P : *RDI* 1985. 275, obs. DURRY. C'est en contradiction de cette jurisprudence majoritaire qu'une telle clause a été validé par arrêt qui est vraisemblablement isolé (Civ. 2^e, 3 oct. 2013 : *RCA* 2014, n° 74, note GROUDEL ; *RDI* 2014. 122, note DESSUET).

⁹⁶⁹ Cass. 2^e civ., 15 janv. 2015, n° 13-19.405 : *RCA* 2015, n° 142 ; 12 déc. 2013 : *RCA* 2014, n° 74, note GROUDEL ; *RGDA* 2014. 30, note ASSELAIN ; *RDI* 2014. 122, note DESSUET ; Civ. 3^e, 26 sept. 2012, n° 11-19.117 P : *D.* 2012. 2392 ; *AJDI* 2012. 759 ; *RGDA* 2013. 52, note ASSELAIN ; *RCA* 2012, n° 362, note GROUDEL ; *RDI* 2012. 633, note Noguéro ; *Gaz. Pal.* 30 nov. 2012, obs. CERVEAU.

⁹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 140, D. 2001, p. 2778, note BEIGNIER ; *D.* 2002. Somm. 2115, obs. BONNARD ; *RCA* 2001, n° 241 ; *RGDA* 2001. 944, note KULLMANN ; Civ. 1^{re}, 13 nov. 2002, *RGDA* 2003. 57, note CHARDIN ; Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2004, *RCA* 2004, n° 243 ; Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009, n° 08-19.646 P : *RCA* 2010, n° 28 ; Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, *RCA* 2012, n° 219 ; *RGDA* 2012. 1027, obs. BIGOT.

⁹⁷¹ En ce sens voir notamment Civ. 3^e, 2 févr. 2017, n° 15-21.063, *RGDA* 2017. 194, note KARILA.

⁹⁷² Cass. 1^{re} civ. 14 janv. 1992, *RGAT* 1992. 358, 3^e espèce note BIGOT ; Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 1987, *RGAT* 1987. 271, note R. BOUT.

1.1 – LE CARACTÈRE FORMEL

297. A travers l'exigence légale d'une clause formelle, le législateur veut s'assurer que les clauses d'exclusion de garantie soient claires, précises et ne laissent place à aucune incertitude quant à la volonté des parties d'écartier de la garantie certains risques. Tout comme les exclusions directes, la validité des exclusions indirectes est aussi soumise cette exigence de clarté et de précision⁹⁷³. Le but est de s'assurer qu'avant la survenance du sinistre⁹⁷⁴, l'assuré a non seulement connaissance⁹⁷⁵ des clauses d'exclusion contenues dans sa police, qu'il comprenne leurs sens et portée, mais aussi et surtout les a acceptées⁹⁷⁶ en toute connaissance de cause. Il doit être en mesure d'identifier avec certitude les risques exclus de la garantie et ce, à la seule lecture des clauses d'exclusion contenues dans sa police⁹⁷⁷. D'où l'exigence jurisprudentielle de se référer à des « *faits, circonstances ou obligations définis avec précision* »⁹⁷⁸.

298. La formulation d'une clause d'exclusion ne doit donc laisser aucun doute sur l'étendue de la garantie. C'est ainsi qu'il est désormais très logiquement considéré que n'est pas formelle la clause d'exclusion qui nécessite une interprétation⁹⁷⁹. N'est également pas précise, et donc non formelle, la clause qui exclut de la garantie « les pertes et avaries provenant d'absence de réparation ou de défaut d'entretien caractérisé »⁹⁸⁰ ou celle excluant « les dommages résultant d'un défaut de réparation ou d'entretien indispensables incombant à l'assuré et les dommages de mouille et ceux occasionnés par le vent aux bâtiments non entièrement clos et couverts et à leur contenu »⁹⁸¹.

⁹⁷³ Cass. 2^e civ., 26 mars 2008, n° 07-12.028 ; *RGDA* 2008. 906, note M. BRUSCHI ; Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1988, *RGAT* 1989. 92, note J. Bigot.

⁹⁷⁴ Cass. 2^e civ., 6 oct. 2011, n° 10-15370 et n° 10-17785, www.actuassurance.com 2011, note D. KRAJESKI ; *RCA* 2012, n° 27.

⁹⁷⁵ Cass. 2^e civ., 25 fév. 2010, n° 09-65409, *RCA* 2010, comm. n° 126.

⁹⁷⁶ Cass. 2^e civ., 28 mai 2009, *RCA*, comm. n° 231, note H. GROUDEL.

⁹⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ. 20 juill. 1994, *Bull. civ. I*, n° 256.

⁹⁷⁸ Cass. 2^e civ., 26 oct. 2017, n° 16-23696, *RGDA* 2017, p. 610, note L. MAYAUX ; Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n° 442 ; *RCA* 1997, comm. n° 72.

⁹⁷⁹ Cass. 2^e civ., 21 déc. 2017, n° 16-26.530, *RCA* 2018, n° 119, note GROUDEL ; Cass. 3^e civ., 27 oct. 2016, n° 15-23841 ; Cass. 1^{ère}, 22 mai 2001, *Bull. Civ. I*, n° 140, *D.* 2001, p. 2778, note B. BEIGNIER.

⁹⁸⁰ Cass. 2^e civ., 5 fév. 2015, n° 14-10.507, F-D.

⁹⁸¹ Cass. 2^e civ., 12 déc. 2013, n° 12-29.862.

Il en est de même de la clause qui exclut de la garantie « les conséquences pécuniaires de la responsabilité [qu'encourt l'assuré] en raison des dommages causés par [sa] faute intentionnelle, ou dolosive, ou imputable à l'inobservation volontaire et consciente des règles de l'art ou des consignes de sécurité définies dans les documents techniques édictés par les organismes compétents à caractère officiel ou les organismes professionnel »⁹⁸²

299. Ces styles de clause à formules très vagues et floues ne permettant pas à l'assuré de comprendre la portée de l'exclusion faute de référence à des faits, circonstances ou obligations clairement définis, sont systématiquement déclarées nulles même s'ils ont été validés en matière d'immeuble⁹⁸³. C'est en ce sens qu'a été décidé que « la clause excluant la garantie de l'assureur de la copropriété en cas de défaut d'entretien ou de réparation caractérisé et connu de l'assuré ne se référant pas à des critères précis et des hypothèses limitativement énumérées n'était pas formelle et limitée et ne pouvait ainsi recevoir application en raison de son imprécision »⁹⁸⁴. L'imprécision de ces clauses est liée à l'impossibilité pour l'assuré de déterminer avec exactitude les hypothèses, circonstances, règles ou organismes visés par l'exclusion et ainsi connaître l'étendue exacte de sa garantie. A *contrario*, sont précises, et donc formelles, les clauses d'exclusion qui se réfèrent à des critères bien précis ou des hypothèses limitativement énumérées. Il en est ainsi de celles faisant référence : aux normes définies avec précision dans un avis technique déterminé⁹⁸⁵ ; à des règles clairement définies⁹⁸⁶ ; des personnes expressément déterminées⁹⁸⁷ ; « aux clés laissées sur la porte, [ou] dans la boîte aux lettres »⁹⁸⁸) ou liste des affections spécifiques⁹⁸⁹. La rédaction de style « tous risques sauf... » qui énumère expressément les risques exclus de la garantie, serait une façon de respecter l'exigence légale d'une clause formelle.

⁹⁸² Cass. 1^{ère} civ. 20 juill. 1994, *Bull. civ. I*, n° 256, *RCA* 1994, comm. n° 385.

⁹⁸³ Où a été jugée claire et limitée la clause d'exclusion relative aux défauts de réparation ou d'entretien indispensables incombant à l'assuré, tant avant qu'après sinistre, sauf cas de force majeure (Cass. 2^e civ., 03 oct. 2013, n° 12-23.684).

⁹⁸⁴ Cass. 2^e civ. 12 déc. 2013, n° 12-25.777.

⁹⁸⁵ Civ. 1^{re}, 10 déc. 1996 : *RCA* 1997, n° 115 ; *RGDA* 1997. 130, note J. KULLMANN ; *Gaz. Pal.* 1997. 2. Somm. 426, note A. FAVRE ROCHEX.

⁹⁸⁶ A propos d'une clause qui exclut de la garantie les travaux exécutés en méconnaissance de règles définies selon des modalités qu'elle décrit avec précision (Civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 88-18.012 P).

⁹⁸⁷ Cass. 2^e civ. 3 mars 2016, n° 15-12836, *RCA* 2016, comm. n° 208, note H. GROUDEL ; *RGDA* 2016, p. 249, note J. LANDEL.

⁹⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1996, *RGDA* 1997. 126, note J. KULLMANN.

⁹⁸⁹ Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-18477, *RGDA* 2016, p. 353, note M. ASSELAIN.

D'aucuns soutiennent même, bien que redoutée par les assureurs sur le plan commercial, une telle formalisation des exclusions en listes (« tous risques sauf... ») est le seul type de rédaction qui respecte vraiment le caractère formel des exclusions de garanties exigé par la loi⁹⁹⁰. Quand est-il alors du caractère limité ?

1.2 – LE CARACTÈRE LIMITÉ

300. Quant au caractère limité de la clause d'exclusion de garantie, la Cour de cassation affirme depuis belle lurette que, à travers cette condition de fond le législateur voulait que « la portée ou l'étendue de l'exclusion soit nette, précise, sans incertitude pour que l'assuré sache exactement dans quels cas et dans quelles conditions il n'est pas garanti »⁹⁹¹. L'objectif de cette exigence légale d'une clause limitée serait donc double. D'abord permettre à l'assuré de déterminer avec précision l'étendue de l'exclusion⁹⁹² ou l'étendue exacte de sa garantie⁹⁹³, et ensuite éviter que la garantie qui lui a été offerte ne soit vidée de sa substance⁹⁹⁴ en annulant « pratiquement toutes les garanties prévues ou [...] vider le contrat de son contenu par le biais d'une seule clause d'exclusion ou par le cumul de toutes les exclusions »⁹⁹⁵. Ainsi, même étant claires et précises, les exclusions qui par leur nombre et/ou par leur étendue vide la garantie de sa substance ne sont ni formelles, ni limitées⁹⁹⁶. C'est en examinant « l'étendue de la garantie subsistant après l'application de la clause litigieuse »⁹⁹⁷ que les juges pourront déterminer si elle vide ou non la garantie de sa substance. L'assureur en plus de préciser clairement ce qu'il ne souhaite pas prendre en charge à travers la clause d'exclusion de garantie, ne doit pas non plus vider la garantie de sa substance.

⁹⁹⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 470, pp. 346-347.

⁹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1974, D. 1975. 513, note C.J. BERR et H. GROUDEL.

⁹⁹² Cass. 3^e civ., 24 nov. 2016, n° 15-25.415 P : *RGDA* 2017. 48, note DESSUET ; *RCA* 2017, n° 62, note GROUDEL ; *Gaz. Pal.* 9 mai 2017, 76, note CERVEAU-COLLIARD.

⁹⁹³ Cass. 2^e civ. 2 oct. 2008, n° 07-15810, *RCA* 2009, comm. n° 30, note H. GROUDEL ; Cass. 3^e civ., 26 nov. 2003, n° 01-16126.

⁹⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1992, *RGAT* 1992. 358, 3^e esp. note J. BIGOT ; Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n° 10-15255, *RCA* 2011, comm. 234 ; Cass. 3^e civ. 08 juin 2010, n° 09-12.968, *RGDA* 2010, p. 1025, note M. PERIER ; Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 2004, n° 02-10091.

⁹⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 1987, *RGAT* 1987. 271, note R. BOUT ; Cass. 1^{re} civ. 14 janv. 1992, préc.

⁹⁹⁶ C'est ainsi qu'a été censurée une cour d'appel qui, pour valider les clauses d'exclusion s'est contentée de mettre en avant leur caractère clair et précis, alors que par leur nombre et étendue, elles annulaient pratiquement toutes les garanties et n'étaient de ce fait, ni formelles, ni limitées (Cass. 1^{re} civ. 17 fév. 1987, n° 87-15.350 P).

⁹⁹⁷ Cass. 2^e civ., 13 jan. 2005, n° 03-18645 et 03-20355, *RCA* 2005, n° 115, note H. GROUDEL ; Cass. 1^{re} civ. 9 mars 2004, n° 00-21974, *RCA* 2004, n° 197, note H. GROUDEL.

Les clauses d'exclusion de garantie servent, ou du moins doivent servir, à circonscrire le risque couvert et non un moyen pour priver d'effet la garantie offerte. Des garanties⁹⁹⁸ ou champ de garanties⁹⁹⁹ doivent subsister après l'application des clauses d'exclusion.

301. Pour être limitée, la clause d'exclusion de garantie doit donc être non seulement circonscrite dans sa formulation, en ayant un contenu parfaitement déterminé ou déterminable, mais aussi et surtout viser des hypothèses limitativement énumérées¹⁰⁰⁰. Il en est ainsi de la clause qui exclut de la garantie : les travaux que l'assuré n'a pas exécutés lui-même¹⁰⁰¹ ; les dommages subis par les travaux entrepris par l'assuré¹⁰⁰² ; les dommages subis par les bois non traités préventivement contre les champignons¹⁰⁰³ ; « les conséquences de maladies ou d'infirmités existant à la date de prise d'effet de l'assurance »¹⁰⁰⁴ ; « les sinistres résultant d'une atteinte vertébrale, discale ou radiculaire : lumbago, lombalgie, sciatgie, cruralgie, névralgie cervico-brachiale, protrusion discale, dorsalgie, cervicalgie, coccygodynie, sauf si cette affection nécessite une intervention chirurgicale pendant cet arrêt de travail »¹⁰⁰⁵ ; « les conséquences des actes et traitements thérapeutiques »¹⁰⁰⁶ ; les décès causés par l'usage de drogues, stupéfiants, produits médicamenteux ou tranquillisants, à dose non prescrite par une autorité médicale¹⁰⁰⁷. Ne vide pas non plus la garantie de sa substance, et donc valable, la clause excluant la garantie en cas d'inobservation volontaire ou inexcusable par l'assuré des règles de l'art, telles qu'elles sont définies par la réglementation en vigueur, les documents techniques unifiés ou les normes établies par les organismes compétents à caractère officiel ou dans le marché de travaux concerné¹⁰⁰⁸.

⁹⁹⁸ Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n° 10-15255, *RCA* 2011, comm. n° 234, note H. GROUDEL.

⁹⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 7 fév. 1995, *Bull. civ.* I, n° 72 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1994, *Bull. civ.* I, n° 380.

¹⁰⁰⁰ Cass. 2^e civ. 12 déc. 2013, n° 12-25.777.

¹⁰⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1992 : *RCA* 1992, n° 332 ; *RGAT* 1992. 572.

¹⁰⁰² Cass. 3^e civ., 2 fév. 2017, n° 15-21.063 : *RGDA* 2017. 194, note J.-P. KARILA.

¹⁰⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 1993, n° 90-20.349 P : *RCA* 1993, n° 179 ; Civ. 3^e, 10 fév. 1993 : *RCA* 1993, n° 179.

¹⁰⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-11.823 P : *RCA* 1993, n° 101.

¹⁰⁰⁵ Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, *RGDA* 2016. 353, note M. ASSELAIN.

¹⁰⁰⁶ Cass. 2^e civ., 27 avr. 2017, n° 16-15.721, *RGDA* 2017. 356, note M. ASSELAIN.

¹⁰⁰⁷ Cass. 2^e civ., 29 mars 2018, n° 17-21.708, *RCA* 2018, n° 207 ; *RGDA* 2018. 315, note M. ASSELAIN.

¹⁰⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1985, n° 84-11.633 P : *RGAT* 1985. 546, note BIGOT ; *RDI* 1985. 402, note DURRY ; Cass. 3^e civ., 6 mai 1998, *RCA* 1998, n° 364, note Groudel ; *RGDA* 1998. 743, note HAUTEVILLE. Cette clause est valable puisqu'elle n'est qu'une reproduction de la clause type prévue dans l'annexe I de l'article A241-1 C. assur.

Il en est de même de la clause qui exclut « les dommages résultant de l'inobservation consciente, délibérée ou inexcusable des règles de l'art applicables dans le secteur du bâtiment et du génie civil aux activités garanties, telles que ces règles sont définies par les documents techniques des organismes techniques compétents à caractère officiel et spécialement les documents techniques unifiés (DTU) publiés par le Centre scientifique et technique du bâtiment ou par les normes françaises homologuées diffusées par l'Association française de normalisation ou, à défaut, par la profession, ou de prescriptions du fabricant, lorsque cette inobservation est imputable à l'assuré [...] »¹⁰⁰⁹.

302. N'est toutefois pas suffisamment limitée pour permettre à l'assuré de connaître l'étendue exacte de sa garantie¹⁰¹⁰, et donc non valable : la clause d'une assurance emprunteur garantissant les arrêts de travail par laquelle sont exclus de la garantie « les maladies ou accidents occasionnées par l'alcoolisme, sans autre précision »¹⁰¹¹ ; celle qui exclut de la garantie les dommages résultant d'une inobservation volontaire ou inexcusable des règles de l'art imputable à l'assuré sans une définition contractuelle du caractère volontaire ou inexcusable de l'inobservation des règles de l'art¹⁰¹² ; celle qui exclut les « troubles psychiques »¹⁰¹³ ou « les invalidités et les incapacités résultant de diverses affections du dos et, plus généralement, d'autre mal de dos »¹⁰¹⁴ ; celle qui exclut les dommages résultant de l'exercice d'une activité « interdite par les lois, décrets ou règlements applicables à la profession considérée »¹⁰¹⁵. C'est ce caractère limité de la clause d'exclusion de garantie qui explique la prohibition des clauses employant l'expression « tels que »¹⁰¹⁶ ou l'adverbe « notamment »¹⁰¹⁷, mais aussi celles se référant simplement aux règles¹⁰¹⁸ ou règlements¹⁰¹⁹ en vigueur, ou aux lois, règlements et normes auxquels l'assuré doit se conformer dans l'exercice de ses activités¹⁰²⁰ sans les citer nommément.

¹⁰⁰⁹ Cass. 3^e civ., 24 mars 2015, n° 13-25.737, *RGDA 2015*. 254, note DESSUET.

¹⁰¹⁰ Comme l'exige la Cour de cassation (Cass. 2^e civ. oct. 2008, n° 07-15810, *RCA 2009*, comm. 30, note H. GROUDEL).

¹⁰¹¹ Cass. 2^e civ., 18 janv. 2006, n° 04-17.872, *Bull. civ. I*, n° 16.

¹⁰¹² Cass. 3^e civ., 24 nov. 2016, n° 15-25.415 P : *RGDA 2017*. 48, note DESSUET ; *RCA 2017*, n° 62, note GROUDEL ; *Gaz. Pal.* 9 mai 2017, 76, note CERVEAU-COLLIARD.

¹⁰¹³ Cass. 2^e civ., 02 avr. 2009, n° 08-12.587, *Bull. civ. II*, n° 81.

¹⁰¹⁴ Cass. 2^e civ., 18 janv. 2006, n° 04-17.872, *Bull. civ. I*, n° 17.

¹⁰¹⁵ Cass. 2^e civ., 13 juill. 2006, *RCA 2006*, n° 284.

¹⁰¹⁶ Cass. 1^{re} civ. 25 oct. 1989, *RGAT 1990*. 351, note A. HAUTEVILLE ; Civ. 1^{re}, 20 juin 1978, n° 76-13.483 P : *RDI 1979*. 225, obs. G. DURRY.

¹⁰¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 18 avr. 1989, *RGAT 1989*. 590, note A. HAUTEVILLE.

¹⁰¹⁸ Cass. 1^{re} civ. 10 fév. 1993, *RCA 1993*, comm. n° 177.

¹⁰¹⁹ Cass. 3^e civ. 21 févr. 1990, *Bull. Civ. III*, n° 51.

¹⁰²⁰ Cass. 2^e civ. 02 oct. 2008, n° 07-15.810.

Il en est de même des clauses se référant aux maladies sexuellement transmissibles sans préciser la notion et les maladies visées¹⁰²¹. C'est également dans la même optique que les juges du fond qui, après avoir relevé que « les règles de l'art d'une profession ont des contours mal définis et que leur inobservation peut donner lieu à des appréciations nuancées », considèrent comme générale et non limitée la clause excluant de la garantie les dommages provenant d'une « inobservation inexcusable des règles de l'art »¹⁰²².

303. Formelle et limitée, la clause d'exclusion de garantie doit également figurer dans la police d'assurance d'après l'article L113-1 alinéa premier du Code des assurances.

2 – UNE EXCLUSION CONTENUE DANS LA POLICE

304. La mention de la clause d'exclusion dans la police d'assurance est la troisième condition légale de fond exigée pour la validité des clauses d'exclusion de garantie en droit français. Même si elle est rarement évoquée lorsque sont étudiées les conditions de validité de fond des clauses d'exclusion de garantie, cette troisième condition est tout aussi importante que les deux premières. En effet, bien qu'expresse et limitée, une clause d'exclusion qui ne serait pas contenue dans la police d'assurance serait difficilement connue de l'assuré ou le souscripteur, car en principe c'est le seul document qui lui est remis lors de son engagement. Faire figurer des clauses d'exclusion dans des documents autres que celui normalement transmis au souscripteur serait tout simplement contradictoire avec la volonté du législateur de permettre à ce dernier de connaître l'étendue exacte de la garantie qui lui ait offerte afin qu'il y souscrive ou non en toute connaissance de cause.

305. C'est en conformité en cette exigence légale d'une clause contenue dans la police que la Cour de cassation a très logiquement décidé qu'une clause d'exclusion qui figure dans le règlement intérieur d'une mutuelle est inopposable à l'assuré¹⁰²³. « *Formelle, limitée et contenue dans la police* »¹⁰²⁴ sont les trois conditions cumulatives de fond exigées pour la validité des clauses d'exclusion de garantie. Ainsi, même formelle et limitée, une clause d'exclusion qui ne figure pas dans la police d'assurance ne serait donc pas opposable.

¹⁰²¹ Cass. 1^{re} civ. 04 mai 1999, *Bull. Civ.I*, n° 140.

¹⁰²² Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1974, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1994, *RCA* 1995, n° 78.

¹⁰²³ Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1967, *D.* 1968, p. 175.

¹⁰²⁴ Art. L113-1 al. 1, C. assur.

En effet, le but étant de permettre à l'assuré de connaître l'étendue exacte de sa garantie, il est tout à fait logique d'exiger que les clauses d'exclusion qui restreignent cette garantie soient contenues dans la police (contrat) d'assurance, car il serait difficile d'atteindre ce but si ces clauses aussi déterminantes se retrouvaient dans divers autres documents tel qu'un règlement intérieur. Ce n'est pas un règlement intérieur que va lire un assuré qui ne prend même pas la peine de lire sa police d'assurance. Et il est bien connu que de très nombreux assurés, si ce n'est la majorité, sont dans ce cas. A cela il faut aussi ajouter que la police est le seul document signé par l'assuré pour certifier avoir pris connaissance et accepté ses droits et obligations nés de sa relation contractuelle avec l'assureur.

306. Exiger que les clauses d'exclusion de garantie figurent dans la police d'assurance n'est que la suite logique de leur caractère formel et limité. Un excellent moyen pour permettre à l'assuré d'être mieux éclairé sur ses droits et obligations afin qu'il s'engage ou non en toute connaissance de cause. Cette volonté d'éclairer l'assuré ou le souscripteur à travers ces conditions de validité de fond des clauses d'exclusion est renforcée par une exigence de leur lisibilité en guise de condition de validité de forme.

B – CONDITIONS DE VALIDITÉ DE FORME

307. Outre les conditions de validité de fond qui viennent d'être rappelées, le législateur exige le respect d'un certain formalisme dans la rédaction des clauses d'exclusion de garantie. C'est en réaction à la mauvaise habitude qu'avaient les assureurs de rédiger en très petits caractères les clauses importantes du contrat d'assurance, les clauses privatives de garantie en particulier, que ce formalisme fut adopté. Ce sont d'abord les clauses édictant des nullités ou des déchéances qui ont été soumises à l'obligation légale d'être rédigées en caractères très apparents¹⁰²⁵. Il a fallu attendre quelques années plus tard pour que les exclusions soient ajoutées à cette liste de clauses devant être rédigées en caractères très apparents¹⁰²⁶. C'est dans le projet de loi du 13 juillet 1930 qu'il a été souligné d'une part, que « l'obligation de rédiger les clauses et conditions de la police en caractères apparents [comme l'exige aujourd'hui encore le législateur¹⁰²⁷] a pour objet de remédier à des abus trop fréquents.

¹⁰²⁵ Article 9 *in fine* de la Loi du 13 juillet 1930 (devenu art. L112-4 *in fine* du Code des assurances).

¹⁰²⁶ *Loi n° 81-5 du 7 janvier 1981 sur les assurances*. Liste dans laquelle se retrouvent aussi « la durée du contrat » : art. L113-15 al. 1^{er} C. assur. ; « l'encadré [qui] indique la nature du contrat » en assurance-vie : art. L132-5-2 al. 1 C. assur. et « la durée » d'une assurance non-vie de plus de trois ans : art. A113-1 C. assur.

¹⁰²⁷ Art. 8 al. 1 de la Loi du 13 juillet 1930 (devenu art. L112-3 al. 1 du Code des assurances).

L'emploi encore trop fréquent de petits caractères oppose en effet de réelles difficultés à la lecture du contrat »¹⁰²⁸ et d'autre part, que « l'attention de l'assuré doit être attirée tout particulièrement sur les clauses de nullité ou de déchéance, qu'il a le plus grand intérêt à bien connaître »¹⁰²⁹. Ce formalisme légal qui vise à attirer l'attention du souscripteur ou l'assuré sur les exclusions que comporte sa police d'assurance, constitue la condition de forme que le législateur français a imposée pour la validité des clauses d'exclusion de garantie et ce, que ce soit en assurances individuelles ou en assurances de groupe¹⁰³⁰.

308. En plus d'être « *formelles, limitées et contenues dans la police* »¹⁰³¹, les clauses d'exclusion de garantie ne sont donc valables que si elles sont « mentionnées en caractères très apparents »¹⁰³² et ce, même si elles figurent dans la notice d'information¹⁰³³ ou dans la note de couverture¹⁰³⁴. Même étant claire, la clause d'exclusion doit figurer en caractères très apparents pour être opposable¹⁰³⁵. Cette exigence légale de mentionner les clauses d'exclusion en *caractères très apparents* n'est qu'une suite logique de la volonté du législateur de permettre à l'assuré de connaître l'étendue exacte de la garantie offerte par sa police d'assurance. Mais à la différence des conditions de validité de fond qui n'attirent l'attention de l'assuré que par la lecture effective et très attentive de sa police d'assurance, ce formalisme rédactionnel ou condition de validité de forme attire son attention par le simple survol qu'il fera de sa police d'assurance. La clause d'exclusion doit être rédigée de sorte qu'elle soit facilement repérable. Elle doit « sauter aux yeux » diraient certains¹⁰³⁶. A ce propos les juges parlent de typographie de nature à attirer l'attention du contractant à première lecture¹⁰³⁷.

¹⁰²⁸ Exposé des motifs sous l'article 8 du projet de loi du 13 juillet 1930.

¹⁰²⁹ Exposé des motifs sous l'article 9 du projet de loi du 13 juillet 1930.

¹⁰³⁰ Cass. 2^e civ., 08 oct. 2009, n° 08-14482, *RCA* 2010, comm. n° 23 H. GROUDEL.

¹⁰³¹ Art. L113-1 al 1^{er}, C. assur.

¹⁰³² Art. L112-4 *in fine* C. assur.

¹⁰³³ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, *RCA* 2000, n° 307, obs. GROUDEL ; *RGDA* 2000. 821, note MAYAUX ; Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009, *RCA* 2010, n° 23, note GROUDEL.

¹⁰³⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1997, *RCA* 1997, comm. n° 386, note H. GROUDEL ; Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1993, *RCA* 1993, n° 206.

¹⁰³⁵ Cass. 2^e civ., 26 avr. 2007, n° 06-13.379 ; *RGDA* 2007.581, note J. KULLMANN.

¹⁰³⁶ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 775, p. 363.

¹⁰³⁷ Cass. 1^{re} civ. 11 déc. 1990, *RGAT* 1991.327, note J. KULLMANN.

Avec leurs caractères très apparents qui les distinguent des autres dispositions de la police d'assurance, les clauses d'exclusion de garantie doivent « attirer spécialement l'attention de l'assuré »¹⁰³⁸ et ce, dès le premier regard. Ainsi, l'obligation légale de mentionner les exclusions en caractères très apparents n'est satisfaite que lorsque, grâce à leur grande lisibilité, la teneur de ces caractères ne puisse pas échapper à l'assuré¹⁰³⁹. Et pour que la teneur des caractères des clauses d'exclusion ne puisse pas échapper à l'assuré, ils (ces caractères) doivent donc être matériellement distincts de ceux utilisés pour toutes autres stipulations de la police d'assurance¹⁰⁴⁰. Ce qui n'est pas le cas de la clause d'exclusion noyée dans un texte de seize articles imprimés en petits caractères¹⁰⁴¹. A l'exception des quelques rares autres stipulations devant aussi être mentionnées en caractères très apparents¹⁰⁴², il ne doit y avoir aucune similitude entre les exclusions et les autres stipulations de la police. D'où la nécessité pour l'assureur de rédiger les clauses d'exclusion non seulement dans une police de caractère différent¹⁰⁴³ tel qu'en « lettres capitales »¹⁰⁴⁴, mais aussi et surtout dans une taille et couleur (rouge de préférence, car plus facilement visible) différentes. Mais même rédigée en lettres majuscules, la clause d'exclusion qui ne se détache pas du contexte, et n'empêche pas l'ensemble des clauses de la police d'être confus, n'est pas considérée comme formulée en caractères très apparents¹⁰⁴⁵. Il s'agit de combiner ainsi « la grande lisibilité »¹⁰⁴⁶ à une grande visibilité dans la rédaction des clauses d'exclusion de garantie afin que l'attention de l'assuré soit très facilement attirée sur leur présence dans la police.

¹⁰³⁸ Cass. 2^e civ., 15 avr. 2010, n° 09-11667, *RCA* 2010, comm. n° 202, note H. GROUDEL.

¹⁰³⁹ Cass. civ. 14 mai 1946, *D.* 1946, p. 281, note P.-L. P. ; *RGAT* 1946. 282 ; *GADA*, p. 156, obs. BERR et GROUDEL.

¹⁰⁴⁰ En ce sens Cass. 2^e civ., 15 déc. 2011, *RGDA* 2012. 602. note PELISSIER ; *RCA* 2012, n° 85 ; Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 1996, *RCA*, comm. n° 136 ; *RGDA* 1996.254, note MALEVILLE ; Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990, n° 89-15.248, *RGDA* 1991, .38.

¹⁰⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 1996, *RCA*, comm. n° 136 ; *RGDA* 1996.254, note MALEVILLE.

¹⁰⁴² A savoir : « les clauses édictant des nullités ou des déchéances » : Art. L112-4 *in fine* C. assur. ; « la durée du contrat » : art. L113-15 al. 1^{er} C. assur. ; de « l'encadré [qui] indique la nature du contrat » en assurance-vie : art. L132-5-2 al. 1 C. assur. et « la durée » d'une assurance non-vie de plus de trois ans : art. A113-1 C. assur.

¹⁰⁴³ Pour un arrêt ayant admis le contraire, voir : Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1988, n° 86-11.005 P.

¹⁰⁴⁴ Cass. 3^e civ., 22 oct. 2015, n° 12-17.632, *RDI* 2015. 600, note NOGUERO.

¹⁰⁴⁵ Cass. civ. 14 mai 1946, *D.* 1946, p. 281, note P.-L. P., *RGAT* 1946.282, note BESSON.

¹⁰⁴⁶ Pour reprendre l'expression jurisprudentielle (Cass. civ. 14 mai 1946, *D.* 1946, p. 281, note P.-L. P.).

309. Mais en plus d'attirer l'attention, la rédaction des clauses d'exclusion de garantie ne doit engendrer aucune confusion. C'est ainsi que l'obligation légale de mentionner les clauses d'exclusion en caractères très apparents est considérée comme « une exigence à la fois positive et négative. Positive en ce que la clause en elle-même doit attirer l'attention du contractant. Négative en ce que son attention ne soit pas distraite par une autre clause figurant à proximité »¹⁰⁴⁷. Les juges refusent toute manœuvre rédactionnelle créant une confusion dans l'esprit de l'assuré. « Compréhensible par l'esprit, [les clauses d'exclusion doivent] d'abord [et surtout] frapper l'attention »¹⁰⁴⁸. C'est en ce sens qu'a été décidé qu'une exclusion en caractères gras ne respecte pas l'exigence de l'article L112-4 du Code des assurances si d'autres clauses figurent en caractères rouges¹⁰⁴⁹. Toutefois, même si l'appréciation de la notion de caractères très apparents des clauses d'exclusion de garantie appartient aux juges du fond¹⁰⁵⁰, la Cour de cassation va en toute logique censurer pour violation de l'article L112-4 du Code des assurances, toute décision dans laquelle ils se contentent de relever qu'une clause d'exclusion est en caractères apparents sans préciser s'ils étaient très apparents¹⁰⁵¹. A également été censuré un arrêt qui a fait application d'une clause d'exclusion au motif qu'elle est particulièrement claire et que la lecture des conditions générales du contrat permettait d'apprécier la portée et l'étendue des garanties souscrites, sans répondre aux arguments de l'assuré soutenant la non-stipulation de la clause litigieuse en termes très apparents¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ L. MAYAUX, *in Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 775, p. 362.

¹⁰⁴⁸ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 62, n° 547, p. 542.

¹⁰⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} déc. 1998, n° 96-18.993, *RGDA* 1999, p. 99, note L. MAYAUX ; H. GROUDEL, « L'assuré qui en avait vu de toutes les couleurs », *RCA* 1999, chron. 6.

¹⁰⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-18.993 P, *RCA* 1999, n° 57; *RGDA* 1999, 99, note MAYAUX.

¹⁰⁵¹ Cass. crim., 30 janv. 1992, n° 90-86.931 P, *RCA* 1992, n° 279.

¹⁰⁵² Cass. 2^e civ., 26 avr. 2007, *RGDA* 2007, 581, note KULLMANN.

310. Quant au domaine d'application de cette exigence légale de mentionner les exclusions en caractères très apparents, c'est le terme « clauses » qu'emploie l'article L112-4. Autrement dit, seules les exclusions conventionnelles prévues par le contrat sont visées. Les exclusions prévues par loi telle que l'exclusion de « la faute intentionnelle ou dolosive »¹⁰⁵³, l'exclusion « des émeutes et mouvements populaires, de la guerre étrangère ou civile »¹⁰⁵⁴, et l'exclusion « du vice propre de la chose assurée »¹⁰⁵⁵, n'ont pas à être mentionnées en caractères très apparents¹⁰⁵⁶, puisqu'elles s'appliquent de plein droit sans avoir besoin de les rappeler dans la police. Pour ce qui est de la question d'applicabilité de cette condition de forme aux exclusions directes ou indirectes, d'aucuns soutiennent qu'elle s'impose aux deux¹⁰⁵⁷ et d'autres estiment qu'elle ne s'impose qu'aux seules exclusions directes¹⁰⁵⁸. Il est tout à fait logique de retenir cette seconde position lorsqu'on se focalise sur le fait « les exclusions dites indirectes résultant d'une analyse *a contrario* des clauses de garantie qui ne sont pas rédigées en caractères très apparents »¹⁰⁵⁹. Autrement dit, puisque les clauses de garantie ne sont pas soumises au formalisme de l'article L112-4 qui ne vise que les clauses d'exclusion, les exclusions dites indirectes qui résultent d'une analyse de ces clauses de garantie ne peuvent techniquement être soumises audit formalisme. Toutefois, les exclusions directes et indirectes étant jusque-là soumises au même régime juridique, comme le démontre notamment l'analyse ci-dessus consacrée aux conditions de validité de fond des clauses d'exclusion, il est effectivement très critiquable¹⁰⁶⁰ de les différencier sur ce seul point de condition de validité de forme des exclusions. D'autant qu'une exclusion qu'elle soit directe ou indirecte produit le même effet privatif de garantie. Toutes deux « contribuent à délimiter le champ d'application du contrat »¹⁰⁶¹. Et si la jurisprudence écarte l'application de ce formalisme légal aux clauses de définition du risque garanti¹⁰⁶² et celles stipulant une condition de garantie¹⁰⁶³, ce n'est actuellement pas le cas pour les exclusions indirectes.

¹⁰⁵³ Art. L113-1 al. 2, C. assur.

¹⁰⁵⁴ Art. L121-8, C. assur.

¹⁰⁵⁵ Art. L121-7, C. assur.

¹⁰⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1993, *Bull. civ. I*, n° 350, *D.* 1994, p. 434, note Cl.-J BERR., H. GROUDEL ; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2000, *RGDA* 2001. 44, note J. KULLMANN.

¹⁰⁵⁷ L. GRYNBAUM (ss. dir.), *Assurances. Droit et pratique*, *op. cit.*, note 393, n°2310, p. 530.

¹⁰⁵⁸ L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 774, p. 361.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Cette position affirmative (« effectivement critiquable ») est employée en référence à la position un peu réserviste qui se dégage dans l'expression « peut sembler critiquable » qu'utilise notamment S. ABRAVANEL-JOLLY (voir S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 413, p.168.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

¹⁰⁶² Cass. 1^{re} civ. 27 nov. 1990, *RCA* 1991, comm. n° 70.

¹⁰⁶³ Cass. 1^{re} civ. 11 déc. 1990, *RCA* 1991, comm. n° 70.

II – LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CLAUSES D’EXCLUSION DE GARANTIE EN DROIT QUÉBÉCOIS

311. En droit québécois les conditions légales exigées pour la validité des clauses d’exclusion de garantie en assurances de dommages sont différentes de celles exigées en assurances de personnes. En assurances de dommages c’est l’article 2464 alinéa 1 du Code civil du Québec¹⁰⁶⁴ qui dispose que « l’assureur est tenu de réparer le préjudice¹⁰⁶⁵ causé par une force majeure ou par la faute de l’assuré, à moins qu’une exclusion ne soit expressément et limitativement stipulée dans le contrat » (A). Et assurances de personnes c’est d’abord l’article 2404 du même Code qui dispose qu’« en matière d’assurance de personnes, l’assureur ne peut invoquer que les exclusions ou les clauses de réduction de la garantie qui sont clairement indiquées sous un titre approprié ». Puis l’article 2417 du même Code ajoute qu’« en matière d’assurance contre la maladie ou les accidents, si l’affection est déclarée dans la proposition, l’assureur ne peut, sauf en cas de fraude, exclure ou réduire la garantie en raison de cette affection, si ce n’est en vertu d’une clause la désignant nommément. L’assureur ne peut, par une clause générale, exclure ou limiter la garantie d’assurance en raison d’une affection non déclarée dans la proposition, à moins que cette affection ne se manifeste dans les deux premières années de l’assurance ou qu’il n’y ait fraude » (B).

A – LES CONDITIONS DE VALIDITÉ EN ASSURANCES DE DOMMAGES

312. De l’article 2464 al. 1 précité, les conditions de fond exigées pour la validité des clauses d’exclusion de garantie en assurances de dommages se rapportent donc à leur caractère express et limitatif d’une part (1), et à leur stipulation dans le contrat d’autre part (2).

1 – UNE EXCLUSION EXPRESSE ET LIMITATIVE

313. Le législateur québécois n’ayant à son tour pas défini ce qu’est une exclusion expresse et limitative, c’est à la jurisprudence qu’il est revenu de définir les deux notions. L’occasion s’est notamment présentée à la Cour d’appel du Québec qui était appelée à examiner la formulation d’une clause d’exclusion pour malfaçon contenue dans une police d’assurance tous risques¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ 1991, c. 64, a. 2464 (1994-01-01).

¹⁰⁶⁵ A propos de la réparation du préjudice, voir : C. LE GALLOU, *La notion d’indemnité en droit privé*, op. cit., note 184.

¹⁰⁶⁶ *Coopérative d’habitation La foll du logis c. Groupe des Jardins (Le)*, assurances générales, [1989] R.R.A. 1003 (C.S.) ; conf. J.E. 96-546 (C.A.).

La Cour qui devait déterminer si ladite clause était limitativement et expressément stipulée dans le contrat conformément aux exigences prévues par l'article 2563 du Code civil du Bas-Canada (devenu art. 2464 C.c.Q.), répond par l'affirmative aux motifs que :

La clause d'exclusion énonce expressément que les dommages découlant d'un défaut dans les plans ou dans la conception sont exclus de la garantie. De plus, cette exclusion est limitative puisqu'elle ne retranche que les dommages découlant d'une cause précise soit les défauts dans les plans ou dans la conception. Même si le premier juge n'a pas eu tort de conclure que la clause d'exclusion pouvait, dans une certaine mesure, se rattacher à la responsabilité professionnelle des tiers il reste que la lecture de la clause révèle clairement qu'elle a pour but de soustraire de la garantie tous les dommages occasionnés par une cause précise, explicite et limitative¹⁰⁶⁷.

De cet arrêt, la Cour d'appel du Québec énonce donc clairement les critères d'une exclusion expresse (1.1) et limitative (1.2) exigés pour la validité des clauses d'exclusion de garantie en assurances de dommages.

1.1 – UNE EXCLUSION EXPRESSE

314. De l'arrêt ci-dessus, il résulte que pour être expresse conformément à l'article 2464 alinéa premier du Code civil du Québec, la clause d'exclusion de garantie doit être « précise et explicite », et pour être « précise et explicite », elle doit à défaut de désigner nommément les risques exclus de la garantie, énoncer la cause de leur survenance (comme c'est le cas dans l'arrêt ci-dessus où sont exclus de la garantie « *les dommages découlant d'un défaut dans les plans ou dans la conception* »). Ainsi, une clause d'exclusion qui vise la perte mystérieuse ou inexplicite ne s'applique pas lorsque l'assuré fournit une explication vraisemblable et logique¹⁰⁶⁸ ; celle qui vise des actes d'activité professionnelle ne s'applique pas à un échange de services entre personnes de même famille¹⁰⁶⁹ ; celle qui exclut de la garantie les eaux souterraines est inapplicable à l'eau provenant d'un robinet extérieur pour pénétrer le sol et endommager un immeuble¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁷ *Id.*

¹⁰⁶⁸ *Carmen Jewellery Manufacturing Inc. c. Axa Insurance (Canada)*, (C.A., 2001-05-07), SOQUIJ AZ-50086160, J.E. 2001-1163, [2001] R.R.A. 582, REJB 2001-24061.

¹⁰⁶⁹ *Boisclair c. Nolet*, (C.A., 2008-12-11), 2008 QCCA 2383, SOQUIJ AZ-50525850, J.E. 2009-86, [2009] R.R.A. 54, EYB 2008-151766.

¹⁰⁷⁰ *Général Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Genest*, (C.A., 2001-01-15), SOQUIJ AZ-50082267, J.E. 2001-206, [2001] R.R.A. 15, REJB 2001-22026, [2001] Q.J. No. 15 (Q.L.), 2001 CanLII 17737 ; *Sasseville c. Cie d'assurance Coseco*, (C.Q., 2001-10-30), SOQUIJ AZ-50104697.

Il ne pouvait logiquement pas y avoir d'exclusion dans ces exemples jurisprudentiels, car les risques expressément visés ne sont pas ceux qui sont effectivement survenus (« une perte mystérieuse ou inexpliquée » est différente de celle ayant reçue « une explication vraisemblable et logique » ; n'est pas professionnel un échange de service entre membres de famille et « l'eau d'un robinet extérieur » est différente des « eaux souterraines »). En revanche, une clause qui exclut les biens illégalement acquis ou détenus, s'applique bel et bien à un objet rapporté de l'étranger sans être déclaré aux douanes et pour lequel aucun frais de douane n'a été payé¹⁰⁷¹.

315. Le caractère exprès de la clause d'exclusion exige donc de la stipuler de façon claire et non équivoque. Il ne doit y avoir aucune ambiguïté dans la formulation de la clause d'exclusion, le but étant de permettre à l'assuré de savoir l'étendue exacte de la garantie offerte par sa police d'assurance. Ce qui prohibe l'usage de tout langage « légaliste bien souvent incompréhensible pour l'assuré, un profane en la matière (...) qui, n'a pas les compétences pour saisir la subtilité de sa rédaction, à fortiori des exclusions qu'elle recèle »¹⁰⁷². D'autant plus que « dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent »¹⁰⁷³. Mais malgré la tendance actuelle de surprotection légale et jurisprudentielle de l'assuré, du fait notamment de la consumérisation continue du droit des assurances terrestres, il ne s'agit pas non plus de permettre à l'assuré « d'invoquer à outrance la moindre incompréhension »¹⁰⁷⁴ au moment où une clause du contrat lui sera opposée.

¹⁰⁷¹ *Boivin c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, (C.Q., 2002-03-22), SOQUIJ AZ-50117711, J.E. 2002-815, [2002] R.R.A. 609, REJB 2002-31839.

¹⁰⁷² *Affiliated FM Insurance Company c. Hafner Inc.*, (2006), R.R.A. 268 (C.A.).

¹⁰⁷³ Art. 1436, C.c.Q.

¹⁰⁷⁴ R. MOREAU, « *Le projet de réforme du code civil et l'assurance : critique de certaines dispositions* » (1991) assurance 211 à la p. 221.

En effet, comme l'a si bien rappelé une auteure¹⁰⁷⁵, pour que l'assureur donne des explications adéquates sur la nature et/ou l'étendue d'une clause, encore faudrait-il que l'assuré ait pris la peine de lire entièrement sa police et demandé des explications sur les clauses qui lui paraissent incompréhensibles, car dans le cas contraire, il est inconcevable pour lui de se plaindre ultérieurement du caractère incompréhensible d'une clause, notamment d'exclusion.

316. Telle que présentée ci-dessus, la conception jurisprudentielle d'une exclusion expresse exigée pour la validité des clauses d'exclusion de garantie en droit québécois est semblable au caractère formel de la clause exigé en droit français, à la seule différence que, l'exigence d'une clause expresse s'oppose à toute clause implicite¹⁰⁷⁶. Le terme « expressément » du droit québécois est donc plus contraignant que celui « formel » du droit français. Le premier énonce un principe de garantie qui signifie : à l'exception des cas d'exclusions légales, *est inclus dans la garantie tout risque qui n'est pas nommément visé par une clause d'exclusion*. Ce qui théoriquement invalide, *a priori*, toute exclusion indirecte en droit québécois. Mais seulement *a priori*, car tout comme en droit français, les exclusions indirectes sont bien valables en droit québécois puisqu'elles résultent d'une déduction *a contrario* du risque couvert. Alors que le second bien qu'énonçant également un principe de garantie, signifie que *ne sont couverts que les seuls risques qui ne sont pas formellement exclus*. Ainsi, le risque exclu n'a pas à être nommément visé, il suffit qu'il soit identifiable de façon claire, précise et sans ambiguïté. Ce qui rend logiquement valables les exclusions directes et indirectes en droit français. A cela s'ajoute le fait que l'exigence légale d'une clause formelle par le législateur français est une règle commune aux assurances de dommages et aux assurances de personnes¹⁰⁷⁷, alors que l'exigence d'une clause expresse par le législateur québécois ne s'applique qu'aux seules assurances de dommages¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ S. COTE, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *op. cit.*, note 68, p. 9.

p. 26.

¹⁰⁷⁶ En ce sens, C. HERVE EDGARD, *La clause d'exclusion de la responsabilité assumée par contrat dans l'assurance de responsabilité des entreprises*, Essai, faculté de droit U. Laval, 2000, p. 37.

¹⁰⁷⁷ L'article L113-1 du Code des assurances qui exige que la clause d'exclusion de garantie soit « *formelle et limitée* », est une disposition commune aux assurances de dommages et aux assurances de personnes.

¹⁰⁷⁸ L'article 2464 du Code civil du Québec qui exige que la clause d'exclusion de garantie soit « *expresse et limitative* », est une disposition spécifique aux seules assurances de dommages.

1.2 – UNE EXCLUSION LIMITATIVE

317. La Cour d'appel du Québec rappelle également dans son arrêt précité¹⁰⁷⁹ que pour être limitative, la clause d'exclusion de garantie doit « retrancher » des risques « découlant d'une cause précise ». Et l'affaire *Groupe Commerce, Compagnie d'assurance c. Services d'entretiens Ribo Inc.*¹⁰⁸⁰, illustre parfaitement le sens que les juges entendent donner à l'expression clause limitative¹⁰⁸¹. En effet, une compagnie d'entretien souscrit un contrat d'assurance de responsabilité qui comporte une clause qui exclut de la garantie de l'assureur « les dommages matériels occasionnés : [...] aux biens dont l'assuré a la garde ou sur lesquels il a pouvoir de direction ou de gestion ou sur lesquels il exerce une action quelconque ». Engagée pour le nettoyage des taches de peinture, plâtre et de mortier sur un immeuble nouvellement construit, la compagnie confie la mission à un de ses employés. Celui-ci s'étant servi d'un instrument tranchant pour faire le travail, endommage deux cents (200) vitres et portes-fenêtres de l'immeuble. Poursuivie pour ces faits, la compagnie d'entretien sollicite son assureur qui refuse d'accorder sa garantie au motif que le risque en question n'était pas couvert par la police conformément à la clause d'exclusion ci-dessus.

318. La preuve du dossier ayant cependant révélé l'intention de l'assuré (l'entreprise d'entretien) d'être protégé pour toutes les fonctions liées à l'exercice de son activité, et donc contre les effets du risque qui s'est réalisé en l'espèce, la Cour d'appel du Québec refusa d'appliquer la clause d'exclusion en question qui, selon elle, constitue « une limitation extrêmement importante de [la] couverture » pour une entreprise d'entretien de bâtiments, puisqu'en ne couvrant ni le dommage causé au bien d'un client sur lequel (le bien) un employé de l'entreprise a la garde, le contrôle ou exerce « une action quelconque », ni même celui causé aux biens de l'assuré qu'il manipule dans l'exercice de son activité commerciale, ladite clause a pour effet de vider toute la protection que la police d'assurance accordait à l'assuré¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ *Coopérative d'habitation La folle du logis c. Groupe des Jardins (Le), assurances générales*, [1989] R.R.A. 1003 (C.S.) ; conf. J.E. 96-546 (C.A.).

¹⁰⁸⁰ *Groupe Commerce, Compagnie d'assurance c. Services d'entretiens Ribo Inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.).

¹⁰⁸¹ Pour une approche de la notion dans les contrats d'affaires anglais, voir : C. LE GALLOU, « Les clauses limitatives et exclusives de responsabilité dans les contrats d'affaires anglais », *RLDC* déc. 2019.

¹⁰⁸² *Groupe Commerce, Compagnie d'assurance c. Services d'entretiens Ribo Inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.).

De surcroît « l'intention commune, telle qu'exprimée tant par l'assurée que par la nature de la police d'assurance émise par [l'assureur] n'autorise pas une exclusion si vague et si générale que celle [en l'espèce] »¹⁰⁸³. « L'assureur ne peut, d'une part, dire qu'il protège l'assuré contre les dommages survenant à l'occasion de l'exercice de son activité et, d'autre part, exclure de la couverture tous les biens sur lesquels il exerce une activité quelconque à l'occasion de l'exploitation de son commerce. [...]. On ne peut donc donner à l'exclusion une portée qui priverait, à toutes fins pratiques, la police d'assurance de toute utilité »¹⁰⁸⁴. Ce serait totalement contradictoire avec l'article 2464 du Code civil du Québec qui exige que la clause d'exclusion de garantie soit limitative¹⁰⁸⁵ pour ne pas permettre à l'assureur de percevoir une prime sans contrepartie¹⁰⁸⁶. Finalement la conception jurisprudentielle de l'expression « clause limitative » du droit québécois est identique à celle de « clause limitée » du droit français. Toutes les deux visent à éviter que la garantie offerte, ou du moins promise, à l'assuré ne soit ensuite totalement vidée de sa substance par une clause d'exclusion qui priverait ainsi le contrat d'assurance de toute son utilité et permettrait à l'assureur d'encaisser une prime ou cotisation sans contrepartie.

319. Outre le caractère express et limitatif, le législateur québécois, à l'image de son homologue français, exige une troisième condition de validité de fond des clauses d'exclusion de garantie en assurances de dommages, à savoir « la stipulation de la clause dans le contrat »¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸³ *Id.*

¹⁰⁸⁴ *Id.*

¹⁰⁸⁵ Voir également en ce sens J.-G. BERGERON, « *L'obligation de renseignement de l'assureur* », in *la responsabilité et les assurances*, 1990, Barreau du Québec. Formation permanente. Colloque (15e : 1990 : Montréal, Québec et Québec, Québec), p. 19. ; J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1., *op. cit.*, note 252, pp. 252 et s.

¹⁰⁸⁶ *Exportations Consolidated Bathurst Limitée c. Mutual Boiler and Machinerie Insurance Company*, [1980] 1 R.C.S. 888, notes du juge Estey, à la page 901., cité dans *Groupe Commerce, Compagnie d'assurance c. Services d'entretiens Ribo Inc*, préc.

¹⁰⁸⁷ Art. 2464 al. 1, C.c.Q.

2 – UNE EXCLUSION STIPULÉE DANS LE CONTRAT

320. En droit québécois l'article 2464 du Code civil qui exige la stipulation de la clause d'exclusion dans le contrat d'assurance est complété par l'article 2403 du même Code qui dispose que « sous réserve des dispositions particulières à l'assurance maritime, l'assureur ne peut invoquer des conditions ou déclarations qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat ». A travers ces textes, le second en particulier, le législateur québécois veut surtout lutter contre les clauses de renvoi, une pratique qui fut très courante en matière d'assurance. Pour certains¹⁰⁸⁸, avec ce texte issu de la réforme du Code civil québécois de 1991, « le doute, si léger soit-il, n'est plus permis, car la clause extérieure, même annoncée par une clause de renvoi, ne peut être opposée par l'assureur, à moins vraisemblablement qu'un exemplaire du document externe n'ait été remis au preneur ». Une solution qui, d'après ces auteurs, se trouve confortée par le second alinéa de l'article 1435 du Code civil du Québec qui dans les *seuls contrats d'adhésion* ou de consommation déclare nulle la clause externe à laquelle renvoie le contrat « si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance ».

321. Cette exigence légale de stipuler la clause d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance est une preuve de plus de la volonté du législateur québécois, à l'image de son homologue français, d'informer le souscripteur d'assurance de l'étendue exacte de la garantie qui lui est proposée afin qu'il s'engage ou non en toute connaissance de cause. Toutefois, malgré cette identité d'objectif entre les deux systèmes, le résultat final n'est pas tout à fait le même. En effet, il convient de souligner que si le terme police d'assurance est traditionnellement utilisé pour désigner le contrat d'assurance, les deux notions ne sont pas pour autant synonymes¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ R. BOUT (1988), pp. 31-32. Cf *Du Sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance*, [1988] R.J.Q. 2305 (C.P.), cité dans D.LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, op. cit., note 134, pp. 91-92.

¹⁰⁸⁹ En ce sens voir également J.-F.LAMOUREUX, « Le contrat d'assurance », in *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Collection de droit 2013-2014, École du Barreau du Québec, vol. 6, 2013, p. 9.

Par « contrat » il faut entendre non seulement la police, c'est-à-dire le « document qui constate l'existence du contrat d'assurance »¹⁰⁹⁰, mais aussi la proposition¹⁰⁹¹, le ou les éventuel(s) avenant(s)¹⁰⁹² et tout autre document auquel renvoient ces trois documents. Constitué de l'ensemble des documents qui retracent l'accord des parties, le contrat d'assurance se révèle donc être en réalité une notion plus large que la police d'assurance. Ainsi, stipuler les clauses d'exclusion de garantie dans le contrat comme l'exige le législateur québécois, n'est pas le meilleur moyen pour permettre au preneur/l'assuré d'avoir pleinement connaissance de toutes les exclusions susceptibles de lui être opposées. A titre de comparaison, le droit français qui exige que les exclusions de garantie soient mentionnées dans la police d'assurance, document obligatoirement transmis au preneur, est mieux à même d'atteindre cet objectif. C'est certainement pour cette raison qu'en matière d'assurance terrestre, après avoir obligé l'assureur de remettre au preneur, en plus de la police d'assurance, une copie de toute proposition écrite faite par ce dernier ou pour lui¹⁰⁹³, le législateur québécois ajoute qu'« en cas de divergence entre la police et la proposition, cette dernière fait foi du contrat, à moins que l'assureur n'ait, dans un document séparé, indiqué par écrit au preneur les éléments sur lesquels il y a divergence »¹⁰⁹⁴. Avec ce texte il n'y a plus de place pour la surprise, le preneur est pleinement informé de l'étendue de sa garantie, mais encore faut-il que sa proposition d'assurance soit par écrit.

¹⁰⁹⁰ Art. 2399 al. 1 C.c.Q. Les informations qui doivent y figurer sont limitativement énumérées par la loi et plus précisément par le second alinéa du même article 2399 précité qui dispose que la police d'assurance « doit indiquer, outre le nom des parties au contrat et celui des personnes à qui les sommes assurées sont payables ou, si ces personnes sont indéterminées, le moyen de les identifier, l'objet et le montant de l'assurance, la nature des risques, le moment à partir duquel ils sont garantis et la durée de la garantie, ainsi que le montant ou le taux des primes et les dates auxquelles celles-ci viennent à échéance ».

¹⁰⁹¹ Elle est l'offre « verbale ou écrite » (*Groupe Commerce, Compagnie d'assurance c. Services d'entretiens RiboInc.*, préc.) de contracter que le preneur fait à l'assureur. C'est l'acceptation par ce dernier qui forme le contrat d'assurance (art. 2398 C.c.Q.).

¹⁰⁹² Document qui constate les modifications que les parties apportent au contrat initial : art. 2405 C.c.Q.

¹⁰⁹³ Art. 2400 al. 1, C.c.Q.

¹⁰⁹⁴ Art. 2400 al. 2, C.c.Q.

322. A cela il faut aussi ajouter que « les conditions dont il est question à l'article 2403 précité ne sont pas limitées aux conditions au sens strict des articles 1497 et suivants du même code, ni aux déchéances des droits, mais à toutes stipulations »¹⁰⁹⁵ ou déclarations¹⁰⁹⁶, y compris donc un engagement formel ou une clause d'exclusion de garantie. Dès lors les exclusions non énoncées par écrit dans le contrat d'assurance ne peuvent être invoquées par l'assureur¹⁰⁹⁷, mais même énoncées par écrit dans le contrat, celles qui n'étaient pas dans la proposition écrite d'assurance et non indiquées par écrit dans un document séparé transmis au preneur, ne peuvent pas non plus être invoquées. Enfin, « l'inopposabilité visée dans l'article 2403 [précité] ne joue que dans un sens¹⁰⁹⁸ : elle ne vise que l'assureur ; rien n'empêche que ce dernier se fasse opposer des stipulations extérieures, sous réserve des contraintes du droit de la preuve »¹⁰⁹⁹.

B – LES CONDITIONS DE VALIDITÉ EN ASSURANCES DE PERSONNES

323. Comme il a été rappelé ci-dessus, les conditions que le législateur québécois exige pour la validité des clauses d'exclusion de garantie en assurances de personnes sont prévues les articles 2404 et 2417 du Code civil du Québec. Mais bien que complémentaires, ces deux textes n'ont pas la même portée, car à la différence du premier qui s'applique à l'assurance de personnes dans sa globalité (décès, vie, maladies et accidents), le second quant à lui ne vise que les seules assurances maladies et accidents. « *Exclusions et réductions de la garantie* » est l'exemple du titre approprié que le législateur a pris soin de donner dans l'ancien texte¹¹⁰⁰. Dans ses commentaires qui s'y rapporte, le ministère de la justice souligne que cette disposition oblige « l'assureur [d'] indiquer clairement les exclusions ou les clauses de réduction de la garantie en les regroupant sous un titre approprié ; ce repérage assure l'information à l'assuré ».

¹⁰⁹⁵ *Du sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance*, [1988] R.J.Q. 2305, 2309 (C.P.), cité dans D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, op. cit., note 134, p. 90.

¹⁰⁹⁶ C'est le terme alternatif « ou » qui est utilisé dans le texte : « conditions ou déclaration » (art. 2403 C.c.Q.).

¹⁰⁹⁷ *Henderson c. Promutel Valmont* R.E.J.B. 2004-65981 (C.S.) ; *Ferme Marie-Andrée Inc. c. Promutuel Bagot*, S.M.A.G. [2003] R.R.A. 217 (C.S.) ; *Général Accident, Cie d'Assurance du Canada c. Genest* [2001] R.R.A. ; *Henderson c. Promutel Valmont S.M.A.G.*, R.E.J.B. 2004-65981 (C.S.).

¹⁰⁹⁸ Cf. *Cie d'assurance Guardian du Canada c. Victoria Tire Sales Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 849, 878 (j. Pigeon) (à propos de l'article 241 de l'ancienne *Loi des assurances*, R.S.Q. 1964, c. 295).

¹⁰⁹⁹ D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, op. cit., note 134, pp. 90 et 91.

¹¹⁰⁰ « L'assureur ne peut invoquer que les exclusions ou clauses de réduction de la garantie qui sont clairement signalées sous un titre approprié, tel que : « *Exclusions et réduction de la garantie* » : Art. 2502 al. 2, C.c.B-C (devenu 2404, C.c.Q.).

Ainsi, tout comme les conditions de validité des clauses d'exclusion en assurances de dommages abordées ci-dessus, l'exigence légale d'un titre approprié pour la validité des clauses d'exclusion de garantie en assurance de personnes poursuit le même objectif d'information de l'assuré. Il en est de même de l'exigence par l'alinéa premier de l'article 2417 précité de désigner nommément en matière d'assurance contre la maladie ou les accidents, toute affection déclarée qui entraînerait une exclusion ou réduction de garantie. Quant au second alinéa du même article, il ne fait qu'à l'image du régime d'exclusion légale du suicide prévu par le législateur québécois, accorder un délai de carence de deux ans pendant lequel l'assureur ne peut à l'égard d'un assuré de bonne foi exclure ou limiter la garantie en raison d'une affection non déclarée dans la proposition. Qu'il s'agisse du « titre approprié » exigé dans toutes les assurances de personnes ou de la « désignation nominative » de l'affection entraînant une exclusion ou réduction de garantie dans les assurances contre la maladie ou les accidents, la particularité de ces conditions propres aux assurances de personnes se trouve dans la possibilité qu'elles accordent à l'assuré de repérer plus facilement les exclusions et les clauses de réductions de garantie contenues dans sa police. Elles permettent à l'assuré de connaître sans aucune difficulté l'étendue exacte de sa garantie.

324. Permettre à l'assuré ou le souscripteur de connaître l'étendue exacte de la garantie qui lui est offerte est le point ou le but commun de toutes les conditions de validité des clauses d'exclusion de garantie qui viennent d'être analysées. Que ce soit à travers les conditions de fond et de forme du droit français ou les conditions en assurances de dommages et en assurances de personnes du droit québécois, les législateur français et québécois poursuivent ce même but. En exigeant que les clauses d'exclusion de garantie que contient le contrat d'assurance soient formulées en des termes *clairs, précis, limités et très visibles*, ils veulent simplement éclairer l'assuré afin qu'il s'engage ou non en toute connaissance de cause.

A ce propos la Cour de cassation déclare de façon récurrente que « les clauses d'exclusion doivent être formelles et limitées de façon à permettre à l'assuré de connaître exactement l'étendue de la garantie »¹¹⁰¹ et que toute clause d'exclusion de garantie qui ne permet pas à l'assuré de connaître l'étendue exacte de sa garantie ne satisfait pas aux conditions de validité de fond des clauses d'exclusion¹¹⁰². C'est en substance la même position qu'adopte aussi la jurisprudence québécoise¹¹⁰³. Cette exigence de clarté qui permet de « désigner de manière générique, l'obligation faite à l'auteur d'une norme juridique [l'assureur en l'occurrence] de la rendre accessible, intelligible et porteuse d'une règle univoque »¹¹⁰⁴, est tout à fait logique et justifiée à propos des clauses qui excluent la garantie d'assurance lorsqu'elles sont mises en œuvre par l'assureur.

§ 2 – LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

325. Lorsqu'elle est formulée conformément aux exigences légales rappelées ci-dessus et donc valable, les exclusions de garantie prévues dans un contrat d'assurance ont la particularité d'être opposables à tous (*erga omnes*) lorsqu'elles sont mises en œuvre par l'assureur (I). Toutefois, parmi les droits reconnus à l'assureur dans sa relation avec l'assuré, il y a la possibilité pour celui-ci de renoncer à se prévaloir d'une clause d'exclusion de garantie qu'il aurait pu invoquer pour se libérer de son obligation contractuelle de règlement du sinistre (II).

¹¹⁰¹ Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, n° 0812.843, *RCA* 2009, comm. 302, note H. Groutel ; 9 juill. 2009, n° 0818.014 (1^{re} espèce), et 25 juin 2009, n° 0816.206 (2^e espèce), *RCA* 2009, comm. 307, note H. Groutel ; Cass. 2^e civ., 18 janv. 2006, *RCA* 2006, n° 148 (1^{re} esp.) ; *RGDA* 2006, 514 (1^{re} esp.), note ABRAVANEL-JOLLY.

¹¹⁰² Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009, n° 08-19.646 P : *Gaz. Pal.* 13 févr. 2010, p. 36, note PÉRIER ; *RCA* 2012, n° 28 ; *RDI* 2009, 655, note NOGUÉRO ; Civ. 3^e, 15 déc. 1999, *RCA* 2000, n° 104 (1^{re} esp.), obs. GROUDEL ; Cass. 1^{re} civ., 20 juill. 1994, n° 92-16.078 P : *RCA* 1994, n° 385.

¹¹⁰³ *Groupe commerce compagnie d'assurances c. Services d'entretien Ribo Inc.*, 1992 CanLII 3407 (QC CA), (voir plus particulièrement l'opinion de la juge DESCHAMPS).

¹¹⁰⁴ G. CHANTEPIE, « l'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC* 2012, p. 989.

I – L’OPPOSABILITÉ DE L’EXCLUSION DE GARANTIE

326. Par exception au principe de l’effet relatif des conventions qui limite l’effet des contrats aux seules parties contractantes, les exclusions de garantie que comporte un contrat d’assurance ont cette particularité d’être opposable à tous. Lorsqu’elle est caractérisée et invoquée¹¹⁰⁵ par l’assureur, ce dernier n’est tout simplement pas tenu de son obligation contractuelle de règlement à l’égard non seulement de l’assuré ou du bénéficiaire désigné, mais aussi à l’égard du tiers¹¹⁰⁶ victime. Par la clause d’exclusion valablement formulée, l’assureur a clairement manifesté dans le contrat sa volonté de ne pas prendre en charge les risques ainsi visés. N’étant en principe tenu que dans la limite de son engagement, la survenance de ces risques pour lesquels il n’a pas offert sa garantie ne l’oblige donc à l’égard de personne. On parle à ce propos de délimitation du « champ d’application de la garantie contractuelle hors duquel *il n’y a pas d’assurance* pour le risque exclu »¹¹⁰⁷. C’est ainsi qu’en droit français la Cour de cassation a décidé qu’une « clause de non garantie opposable au souscripteur du contrat, l’est aussi aux victimes par ricochet dont l’action en indemnisation, bien que distincte par son objet de celle de la victime directe, n’en procède pas moins du même fait originaire »¹¹⁰⁸. Cette opposabilité des exclusions de garantie aux tiers est conforme à l’article L112-6 du Code des assurances qui accorde à l’assureur la possibilité d’« opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire ». Toutefois, dans les assurances de responsabilité civile automobile le législateur français déclare inopposables aux victimes d’accidents de la circulation ou à leurs ayants droit, certaines exclusions de garantie que peut comporter le contrat¹¹⁰⁹. Il en est ainsi des exclusions en cas de conduite avant l’âge requis ou sans permis, ou en cas de transport de personnes dans des conditions insuffisantes de sécurité¹¹¹⁰ ; mais aussi les exclusions des dommages causés par un véhicule transportant des sources de rayonnements ionisants ou autres matières dangereuses ou ceux survenus au cours d’épreuves, courses, compétitions ou essais automobiles¹¹¹¹.

¹¹⁰⁵ Puisqu’il peut aussi renoncer d’invoquer une exclusion bien que caractérisée (sur ce point voir *infra*.)

¹¹⁰⁶ Cass. 3^e civ. 13 juill. 2017, n° 16-17229, *RGDA* 2017, p. 515, note L. MAYAUX.

¹¹⁰⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op cit.* note 3, n° 477, p. 351.

¹¹⁰⁸ Cass. crim. 7 janv. 2014, n° 12-86070, *RCA* 2014, comm. n° 128, note H. GROUDEL. Également en ce sens Cass. 2^e civ., 30 avril 2014, n° 13-16557, *Lamy Ass. Bull. Act.* Juin 2014, p. 7.

¹¹⁰⁹ Art. R211-13-4° al. 1, C. assur.

¹¹¹⁰ Art. R211-10, C. assur.

¹¹¹¹ Art. R211-10, C. assur.

327. C'est la volonté du législateur de ne plus laisser les victimes d'accident de la route sans réparation qui justifie l'inopposabilité de ces exclusions de garantie à leur égard. L'assureur doit les indemniser intégralement même en cas d'exclusions de garanties prévues dans le contrat. Mais une fois qu'il « procède [à ce] paiement de l'indemnité pour le compte du responsable [(l'assuré)], il peut exercer contre ce dernier une action en remboursement pour toutes les sommes qu'il a ainsi payées ou mises en réserve à sa place »¹¹¹². Il s'agit donc d'obliger l'assureur qui a peu de risque d'insolvabilité de désintéresser les victimes de son assuré sans pour autant remettre en cause sa volonté clairement exprimée de ne pas prendre en charge les risques qu'il a pris soin d'exclure de sa garantie par des clauses contractuelles valablement formulées. Ce faisant le législateur français concilie un objectif de politique publique d'intérêt social (ne plus laisser les victimes d'accidents de la circulation sans réparation) et technique d'assurance dont le bon fonctionnement nécessite l'exclusion de certains risques.

328. Également animé par cette même volonté de ne plus laisser de victimes d'accidents de la route sans réparation tout en préservant la technique d'assurance, le législateur québécois a quant à lui choisi à travers sa *Loi sur l'assurance automobile (LAA)*¹¹¹³, de mettre en place deux systèmes qui distinguent préjudice matériel et préjudice corporel. Pour l'indemnisation du préjudice matériel, c'est une assurance obligatoire couvrant la responsabilité civile qui est mise en place par le législateur qui déclare que : jusqu'à concurrence du montant obligatoire d'assurance, aucune nullité, déchéance ou exception susceptibles d'être invoquées contre l'assuré ne peut être opposée au tiers¹¹¹⁴. Et l'assureur qui est tenu de payer ces indemnités sera subrogé au droit du tiers jusqu'à concurrence de ce montant¹¹¹⁵. Sachant qu'il « n'a pas droit de subrogation contre l'assuré ou contre une personne dont la responsabilité est garantie par le contrat d'assurance, sauf lorsque l'assureur paie une indemnité à laquelle il n'est pas obligé en vertu du contrat d'assurance »¹¹¹⁶. Un système qui ressemble donc à celui du droit français rappelé ci-dessus, à la seule différence que contrairement à son homologue français, le législateur québécois quant à lui le réserve uniquement à l'indemnisation du préjudice matériel causé par un accident d'automobile.

¹¹¹² Art. R211-13-4° al. 1 et 3, C. assur.

¹¹¹³ L.R.Q., c. A-25.

¹¹¹⁴ Art. 119 de la LAA.

¹¹¹⁵ *Id.*

¹¹¹⁶ Art. 120 de la LAA.

329. Pour l'indemnisation du préjudice corporel causé par un accident d'automobile, c'est un système fondé sur la solidarité des automobilistes sans égard à la responsabilité de quiconque¹¹¹⁷ avec privation de tout recours judiciaire¹¹¹⁸ qui est mis en place. Le but est d'indemniser toute personne ayant subi un préjudice corporel causé par un accident d'automobile et ce, mis à part quelques exceptions légales¹¹¹⁹, sans aucune distinction entre les conducteurs fautifs et non fautifs. Ainsi, même les cas d'accidents qui sont en principe exclus du champ d'application de la LAA¹¹²⁰, la victime a droit à l'indemnité si une automobile en mouvement autre qu'un tracteur de ferme, une remorque de ferme, un véhicule d'équipement ou une remorque d'équipement, mais aussi une motoneige ou un véhicule destiné à être utilisé en dehors d'un chemin public, est impliquée dans l'accident¹¹²¹. Ce qui n'empêche pas de réprimer pénalement les mauvais comportements des usagers de la route et de laisser la couverture des préjudices matériels à la charge des assureurs privés. C'est un régime public d'indemnisation automatique et forfaitaire privilégiant « la personne avant toute chose », un « idéal promu lors de l'adoption de la *Loi sur l'assurance automobile* »¹¹²² qui est ainsi mis en place. Avec ce système aucune exception telle qu'une exclusion de garantie, qu'elle soit légale ou conventionnelle, ne peut être opposée ni à l'assuré ni au tiers, victime de préjudices corporels causés par un accident d'automobile. Ce faisant, le législateur québécois a choisi de mettre en avant un objectif de politique publique à caractère social sans trop se soucier de le concilier avec la technique d'assurance qui, comme il a été déjà rappelé, exige que certains risques soient exclus de la garantie. Ce qui se comprend parfaitement quand on pense aux nombreux litiges et difficultés qu'engendraient les accidents de la circulation, mais aussi et surtout l'effet de l'exclusion de la garantie de l'assureur pour les victimes.

¹¹¹⁷ Art. 5 de la LAA.

¹¹¹⁸ Les indemnités prévues octroyées « tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d'un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n'est reçue devant un tribunal » : art. 83.57 de la LAA.

¹¹¹⁹ Voir notamment l'article 83.30 de la *Loi sur l'assurance automobile* (L.R.Q., c. A-25.) qui prévoit une réduction de 10 à 75 % du montant de l'indemnité de remplacement versée à un conducteur incarcéré pour conduite d'un véhicule en état d'ébriété. L'indemnité prévue peut aussi être refusée, réduite, suspendue ou son paiement arrêté dans certains cas prévus par l'article 83.29 de la même loi.

¹¹²⁰ Art. 10 al. 1^{er} 2^o et 3^o de la LAA.

¹¹²¹ Art. 10 al. 3 de la LAA.

¹¹²² T. ROUSSEAU-HOULE, « Le régime québécois d'assurance automobile, vingt ans après » (1998), *Les Cahiers de droit*, 39 (2-3), 213–232. <https://doi.org/10.7202/043491ar>.

330. Cette inopposabilité aux tiers des exceptions, notamment les exclusions, susceptibles d'être invoquées contre l'assuré prévue en assurance automobile par les législateurs français et québécois, est une exception à laquelle s'ajoute une autre spécifique au droit québécois. En effet, si les exclusions qu'elles soient légales ou conventionnelles sont en principe opposables à tous, le législateur québécois après avoir indiqué que l'assureur « n'est [...] jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré »¹¹²³, ajoute qu'« en cas de pluralité d'assurés, l'obligation de garantie demeure à l'égard des assurés qui n'ont pas commis de faute intentionnelle »¹¹²⁴. Mais pour bénéficier effectivement de cette garantie de l'assureur, les coassurés qui la réclament doivent figurer à ce titre dans le contrat¹¹²⁵. A travers cette disposition faisant demeurer la garantie de l'assureur à l'égard des coassurés non coupables de faute intentionnelle, le législateur québécois concilie à la fois justice contractuelle, l'ordre public qui est « la source de l'interdiction absolue d'indemniser le préjudice résultant de la faute intentionnelle de l'assuré »¹¹²⁶ et technique d'assurance, une technique de prise en charge des risques aléatoires basée sur la mutualisation. En droit français c'est conformément à la disposition légale selon laquelle « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré »¹¹²⁷, que la jurisprudence considère que : la sanction de l'exclusion légale de garantie de ces pertes et dommages provenant de la faute intentionnelle de l'assuré est non pas une déchéance, qui frappe le seul auteur de cette faute, mais une absence d'assurance à l'égard de tous¹¹²⁸.

¹¹²³ Art. 2464 al. 1, C.c.Q.

¹¹²⁴ *Id.*

¹¹²⁵ *Crytes-Hubert c. Compagnie d'assurances Missisquoi*, (C.Q., 1998-07-21), SOQUIJ AZ-99031065, J.E. 99-314, [1999] R.J.Q. 612, [1999] R.R.A. 230 (rés.), REJB 1998-10923.

¹¹²⁶ *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, (C.S. Can., 1990-10-04), SOQUIJ AZ-90111096, J.E. 90-1411, [1990] R.D.I. 743, [1990] R.R.A. 1046 (rés.), [1990] 2 R.C.S. 995, 34 Q.A.C. 241, 74 D.L.R. (4th) 161, 115 N.R. 1 ; *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec c. Hénault*, (C.A., 2006-11-01), 2006 QCCA 1368, SOQUIJ AZ-50396680, J.E. 2006-2248, [2006] R.R.A. 927 (rés.), EYB 2006-111004 ; *Hallé c. Bélair (La), compagnie d'assurances générales*, (C.A., 2004-10-19), SOQUIJ AZ-50275710, J.E. 2004-2013, [2004] R.R.A. 1078, REJB 2004-71846, 2004 CanLII 39117.

¹¹²⁷ Art. L113-1 al. 2, C. assur.

¹¹²⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14.742 P. Voir également en ce sens Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, n° 93-11.295 P ; Cass. 2^e civ., 22 sept. 2005, D. 2006. Pan. 1784, obs. GROUDEL ; *RCA* 2005, n° 370 (1^{re} esp.), obs. GROUDEL ; *RGDA* 2005. 907, note KULLMANN ; *JCP* 2006. I. 135, n° 1, obs. KULLMANN.

Ce qui *a priori* sous-entend que, en droit français en cas de pluralité d'assurés, la faute intentionnelle d'un des coassurés entraîne une absence d'assurance à l'égard de tous y compris les coassurés n'ayant commis aucune faute intentionnelle. Ce qui est totalement injuste sur le plan contractuel et injustifiable par la technique d'assurance qui, comme il a été rappelé, repose sur l'aléa qui subsiste à l'égard des coassurés non coupables de faute intentionnelle. Indemniser ces derniers pour les pertes et dommages provenant de la faute intentionnelle d'un coassuré ne heurte pas non plus l'ordre public qui fonde la prohibition légale de garantir les sinistres volontaires de l'assuré¹¹²⁹. D'autant qu'il a été décidé par ailleurs que l'incendie volontaire de l'immeuble par son occupant ayant la qualité d'assuré, ne peut être opposé au propriétaire, titulaire d'une police d'assurance distincte et contre lequel il n'est relevé ni la volonté de causer le dommage, ni l'existence d'un fait constitutif de complicité avec l'auteur de l'incendie volontaire (faute intentionnelle)¹¹³⁰. C'est également la même position qu'adopte la Cour suprême du Canada lorsqu'elle décide que la faute intentionnelle d'un débiteur hypothécaire ne peut être opposée à son créancier hypothécaire aux termes d'un contrat d'assurance contenant une clause hypothécaire, lorsque le débiteur a souscrit une police d'assurance contenant une clause qui constate un contrat d'assurance distinct entre le créancier et l'assureur. Dans le cadre de ce second contrat distinct, le créancier est l'assuré et son indemnisation pour le préjudice causé par la faute intentionnelle de son débiteur ne heurte pas la prohibition d'ordre public de ce texte¹¹³¹.

¹¹²⁹ En ce sens, *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, (C.S. Can., 1990-10-04), SOQUIJ AZ-90111096, J.E. 90-1411, [1990] R.D.I. 743, [1990] R.R.A. 1046 (rés.), [1990] 2 R.C.S. 995, 34 Q.A.C. 241, 74 D.L.R. (4th) 161, 115 N.R. 1.

¹¹³⁰ Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1999, *RCA* 1999, n° 162, obs. GROUDEL ; *RGDA* 1999. 693, note FAVRE ROCHEX.

¹¹³¹ *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, (C.S. Can., 1990-10-04), SOQUIJ AZ-90111096, J.E. 90-1411, [1990] R.D.I. 743, [1990] R.R.A. 1046 (rés.), [1990] 2 R.C.S. 995, 34 Q.A.C. 241, 74 D.L.R. (4th) 161, 115 N.R. 1. Voir également en ce sens *American Home Insurance Co. c. Axa Assurances Inc.*, (C.A., 2002-02-25), SOQUIJ AZ-50114548, J.E. 2002-515, [2002] R.R.A. 20, REJB 2002-28526 ; *Halifax, compagnie d'assurances c. Assurances générales des Caisse Desjardins Inc.*, (C.A., 2000-04-17), SOQUIJ AZ-50071719, J.E. 2000-858, [2000] R.R.A. 273, REJB 2000-17798.

331. A la différence du droit québécois, le droit français distingue donc, sans qu'on ne comprenne trop pourquoi, l'assuré titulaire d'une police d'assurance distincte et auquel la faute intentionnelle d'un autre assuré n'est pas opposable, de l'assuré non titulaire d'une police d'assurance distincte et auquel la faute intentionnelle d'un coassuré est opposable. Mais mis à part ces quelques exceptions qui viennent d'être rappelées ci-dessus, que ce soit en droit français ou en droit québécois, la mise en œuvre de l'exclusion de garantie qu'elle soit légale ou conventionnelle, entraîne, « une absence d'assurance »¹¹³² ou plus précisément une privation de garantie à l'égard de tous (assuré et tiers¹¹³³). L'assureur qui a connaissance de la survenance d'un dommage dans des circonstances exclues de sa garantie peut tout de même décider de renoncer à s'en prévaloir.

II – LA POSSIBLE RÉNONCIATION DE L'EXCLUSION PAR L'ASSUREUR

332. Lorsque les conditions de fait d'une exclusion de garantie sont réunies, son invocation par l'assureur lui libère en principe totalement de son obligation contractuelle de règlement à l'égard de tous. La seule caractérisation d'une exclusion valablement formulée ne suffit donc pas à lui faire produire pleinement ses effets privatifs de garantie. Elle doit aussi être clairement invoquée par tout assureur qui souhaite se décharger de son obligation contractuelle d'indemnisation. Toutefois, la possibilité lui est reconnue de renoncer à s'en prévaloir. Ce pouvoir de renonciation de se prévaloir d'une exclusion de garantie appartient au seul assureur et doit être exprimé de façon expresse. Mais il peut aussi être tacite en résultant d'actes manifestant une volonté claire et « non équivoque »¹¹³⁴.

¹¹³² Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14.742 P. Voir également en ce sens Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, n° 93-11.295 P ; Cass. 2^e civ., 22 sept. 2005, D. 2006. Pan. 1784, obs. GROUDEL ; RCA 2005, n° 370 (*1^{re} esp.*), obs. GROUDEL ; RGDA 2005. 907, note KULLMANN ; JCP 2006. I. 135, n° 1, obs. KULLMANN.

¹¹³³ *Compagnie d'assurances Continental du Canada c. Compagnie d'assurances générales Dominion du Canada*, (C.A., 1996-04-19), SOQUIJ AZ-96011530, J.E. 96-946, [1996] R.R.A. 336, EYB 1996-65208, 1996 CanLII 6449.

¹¹³⁴ Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 1995, n° 93-15778, RGAT 1996, p. 100, note A. FAVRE ROCHEX ; *Constructions Dutran Inc. c. Entreprises Alfred Boivin Inc.*, *ibid.*, p. 512 ; J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance (terrestres), lignes et entre-lignes*, t. 2, *op. cit.* note 660, p. 375.

Ainsi, ne constitue pas une renonciation en soit, le fait pour l'assureur ou son représentant de participer simplement aux opérations d'expertise¹¹³⁵ ou désigner un avocat lors d'une procédure d'expertise¹¹³⁶ dans le but d'établir les conditions de fait d'une exclusion¹¹³⁷. Il en est de même du simple silence ou le simple écoulement du temps qui ne peuvent constituer en soit une renonciation de l'assureur¹¹³⁸.

333. Expresse ou tacite, la renonciation par l'assureur de se prévaloir d'une exclusion de garantie doit également se faire en toute connaissance de cause¹¹³⁹. De ce fait en droit français, la présomption légale¹¹⁴⁰ de renonciation aux exceptions par l'assureur qui prendrait la direction d'un procès intenté contre l'assuré, ne s'applique qu'aux seules « exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès »¹¹⁴¹. Toutefois, en raison de la jurisprudence selon laquelle l'article 113-17 du Code des assurances prévoyant cette présomption légale ne « vise ni la nature des risques garantis, ni le montant de cette garantie », la question s'est alors posée de savoir si elle (la présomption) s'applique aux exclusions. En effet, s'il est possible d'« estimer que la clause d'exclusion, en ce qu'elle délimite l'objet de la garantie, est relative à la nature des risques garantis »¹¹⁴², la jurisprudence quant à elle, du moins la première chambre civile de la Cour de cassation, semble s'orienter de façon implicite sur l'idée que « cette nature est déterminée par la seule clause définissant le risque couvert et non par les exclusions »¹¹⁴³.

¹¹³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2003, n° 00-15560, *RGDA* 2003, p. 793, note L. FONLLADOSA ; Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1995, n° 91-21486, *RGAT* 1995, p. 365.

¹¹³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 1995, n° 93-15778, *RGAT* 1996, p. 100, note A. FAVRE ROCHEX.

¹¹³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1992, n° 89-10493, *RGAT* 1992, p. 354, note P. REMY.

¹¹³⁸ En ce sens, P. PAGE, « L'irrémissible « Waiver » et le prix des sous-entendus », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec*, vol. 222, *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 9.

¹¹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 fév. 2002, n° 99-12369, *RGDA* 2002, p. 361, note F. VINCENT ; *Lapointe-Boucher c. Mutuelle-vie des fonctionnaires*, [1996] R.R.A. 957 (C.A.), EYB 1996-72108.

¹¹⁴⁰ Art. L113-17, C. assur.

¹¹⁴¹ *Id.*

¹¹⁴² *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1757, p. 884-885.

¹¹⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2003, *Bull. civ.*, I, 2003, n° 203, *RGDA* 2004, p. 174, note M.-H. MALEVILLE ; Cass. 1^{ère} civ., 23 sept., 2003, n° 00-15201, *Bull. civ.* I, 2003, n° 187.

D'aucuns regrettent cette orientation jurisprudentielle, en estimant que « devant la difficulté à opérer la distinction les deux types de clause [à savoir la clause définissant le risque couvert et la clause d'exclusion], il ne paraît pas opportun d'accroître le particularisme, déjà excessif, du régime des exclusions »¹¹⁴⁴. Quant à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, elle a estimé que viole l'article L113-17 du Code des assurances « la cour d'appel qui retient que l'assureur qui prend la direction du procès intenté à l'assuré est censé renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès, y compris l'exception tirée de la non garantie [...] alors qu'elle constatait [qu'il] se prévalait à juste titre d'une exclusion de garantie [...], exception qui concerne la nature du risque garanti »¹¹⁴⁵.

334. La possibilité pour l'assureur de renoncer aux exceptions lui permettant de se libérer à son obligation de garantie doit aussi être exercée de façon volontaire et porter sur un droit existant¹¹⁴⁶ qu'il s'agisse d'une nullité de la police d'assurance, d'une suspension ou d'une exclusion de garantie. En effet, il n'y a renonciation que lorsque l'assureur abandonne intentionnellement un droit existant et connu de lui ou lorsqu'il agit de façon à faire comprendre qu'il en est ainsi¹¹⁴⁷. Par conséquent, en plus d'être expresse ou non équivoque, la renonciation par l'assureur de se prévaloir d'une exclusion de garantie doit enfin être volontaire et porter sur des faits dont il n'ignore pas l'existence¹¹⁴⁸. C'est à l'assuré ou le tiers qui invoque la renonciation d'apporter la preuve de sa caractérisation¹¹⁴⁹ et corrélativement il appartiendra alors à l'assureur de prouver le contraire en invoquant notamment une clause d'inopposabilité, une convention de non-renonciation ou une lettre de réserve stipulée dans la police d'assurance¹¹⁵⁰. Par la clause d'inopposabilité l'assuré et l'assureur s'entendent sur le fait qu'aucun acte entrepris par ce dernier ne peut lui être opposé comme valant une renonciation. Alors que par la convention de non-renonciation, les deux parties consignent la volonté de l'assureur de ne pas renoncer à invoquer les exceptions lui permettant de se libérer de son obligation contractuelle de règlement.

¹¹⁴⁴ *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1757, p. 885.

¹¹⁴⁵ Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-19477, *Bull. Civ. I*, 2009, n° 268 ; *RCA* 2010, comm. 54, note H. GROUDEL.

¹¹⁴⁶ P. PAGÉ, « L'irrémissible « Waiver » et le prix des sous-entendus », *op. cit.*, note 1042, p. 8.

¹¹⁴⁷ *Id.* ; *Lapointe-Boucher c. Mutuelle-vie des fonctionnaires*, [1996] R.R.A. 957 (C.A.), EYB 1996-72108.

¹¹⁴⁸ *Lapointe-Boucher c. Mutuelle-vie des fonctionnaires*, *op. cit.* ; *Lemay-Paquette c. L'Unique compagnie d'assurances générales*, REJB 2004-62222 (C.S.), par. 58 ; *Constructions Dutran Inc. c. Entreprises Alfred Boivin Inc.*, [2004] R.R.A. 508, 512 (C.S.), EYB 2004-60237 ;

¹¹⁴⁹ Art. 1353, C. civ. ; 2803 C.c.Q. ; *Constructions Dutran Inc. c. Entreprises Alfred Boivin Inc.*, *op. cit.*

¹¹⁵⁰ P. PAGÉ, « L'irrémissible « Waiver » et le prix des sous-entendus », *op. cit.*, note 1042, p. 6 et s.

Enfin, la lettre de réserve quant à elle permet à l'assureur de prendre faits et causes pour l'assuré tout en se réservant le droit d'invoquer ultérieurement toute exception susceptible de lui libérer de son obligation contractuelle de règlement. Mais bien que forts utiles pour tout assureur souhaitant se prémunir contre les renoncements susceptibles de lui être opposés, ces outils, notamment « la convention de non-renonciation et la lettre de réserve, ne doivent pas être utilisées sans motifs valables »¹¹⁵¹. Leur utilisation par l'assureur doit donc se faire dans le strict respect du principe de bonne foi qui s'applique avec acuité en matière d'assurance.

SECTION 2 : CONSÉQUENCES DU RÉGIME CONTRAIGNANT ET GÉNÉRALISÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION

335. La première conséquence du caractère contraignant et généralisé du régime actuel des clauses d'exclusion de garantie est son inadaptation à la situation réelle de certains assurés (souscripteurs de contrat d'assurance de grands risques¹¹⁵²). En effet, bien que les assurés souscripteurs de contrats d'assurance de grands risques et les assurés souscripteurs de contrats d'assurance des risques de masse ne se trouvent pas toujours dans la même situation et n'ont pas le même poids vis-à-vis de l'assureur, ces deux catégories d'assurés sont tout de même injustement soumises à ce même régime très protecteur (§1). A cela s'ajoute parfois une instrumentalisation de la notion d'exclusion à travers notamment, les expressions formelle et limitée qui permettent aux juges de retenir ou non la qualification d'exclusion selon qu'il y ait ou pas de victime à protéger (§2).

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² Par grands risques le législateur français entend :

« 1° Ceux qui relèvent des catégories suivantes :

- a) Les corps de véhicules ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres et fluviaux ainsi que la responsabilité civile afférente auxdits véhicules ;
- b) Les marchandises transportées ;
- c) Le crédit et la caution, lorsque le souscripteur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, à condition que le risque se rapporte à cette activité ;
- d) Les installations d'énergies marines renouvelables, définies par un décret en Conseil d'Etat ;

2° Ceux qui concernent l'incendie et les éléments naturels, les autres dommages aux biens, la responsabilité civile générale, les pertes pécuniaires diverses, les corps de véhicules terrestres à moteur ainsi que la responsabilité civile, y compris celle du transporteur, afférente à ces véhicules, lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par décret en Conseil d'Etat ».

§ 1 – L'INADAPTATION DU RÉGIME JURIDIQUE ACTUEL À LA SITUATION RÉELLE DE CERTAINS ASSURÉS

336. En exigeant des conditions de validité très contraignantes dont la violation prive de tout effet la clause (réputée non écrite) et ce, sans que soit prise en compte la situation réelle des assurés en distinguant ceux ayant réellement besoin de protection en raison de leur position de faiblesse vis-à-vis de l'assureur, de ceux n'ayant pas besoin de protection, ou du moins pas la même protection que les premiers, en raison de leur position plus ou moins équivalente de celle de l'assureur, le régime juridique de l'exclusion garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances est très critiquable. C'est un régime favorable à l'assuré mais qui a cet inconvénient d'être d'application générale ou généralisée nonobstant la divergence de situation, notamment économique, entre les assurés souscripteurs de contrat d'assurance des risques de masse et les assurés souscripteurs de contrat d'assurance de grands risques. Ainsi, l'obligation légale de stipuler expressément et limitativement dans le contrat les clauses d'exclusion de garantie pour qu'elles soient valables¹¹⁵³, est une obligation que le législateur québécois impose pour tous les contrats d'assurances terrestres sans distinction. Il en est de même en droit français, le législateur impose pour la validité des clauses d'exclusion de garantie contenues dans toute police d'assurance, des conditions de validité de fond (formelle et limitée¹¹⁵⁴) et de forme (mentionnée en caractères très apparents¹¹⁵⁵).

337. Pourtant contrairement à l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs ou les non-professionnels, dans le domaine de l'assurance de grands risques souscrite par des grandes entreprises ou organismes publics, ces conditions qui sont dictées par la nécessité de protéger l'assuré, supposé partie faible du contrat d'assurance, n'ont pas raison d'être si l'on tient compte de la situation réelle de l'assuré. En effet, c'est dans le souci de protéger l'assuré, supposé partie faible de la relation d'assurance, et ainsi rétablir un équilibre contractuel dans sa relation avec l'assureur, que les législateurs français et québécois prévoient ces conditions très protectrices de l'assuré exigées par le régime juridique actuel de l'exclusion de garantie.

¹¹⁵³ Art. 2464 al. 1, C.c.Q.

¹¹⁵⁴ Art. L113-1 al. 1, C. assur.

¹¹⁵⁵ Art. L112-4, C. assur.

Mais si ce régime juridique est tout à fait justifié dans le cadre des contrats d'assurance des risques de masse (contrats d'adhésion par excellence) où l'assuré en raison de sa situation d'infériorité, notamment économique, vis-à-vis de son cocontractant (l'assureur) se trouve dans une position de faiblesse et ne peut de ce fait, qu'adhérer ou non au contrat pré-rédigé par ce dernier, dans le cadre des contrats d'assurance de grands risques (contrats généralement de gré à gré), l'assuré n'est absolument pas en position de faiblesse (du moins pas la même que celle d'un particulier souscripteur d'un risque de masse) qui justifierait de lui faire bénéficier de ce régime, sauf à entraîner un déséquilibre contractuel en son faveur. L'attractivité pour les assureurs du montant élevé qu'un assuré souscripteur d'une assurance de grands risques est susceptible de verser comme prime ou cotisation, permet à ce dernier ou du moins lui donne la possibilité, de négocier pleinement son contrat et donc, protéger ses intérêts grâce notamment au service d'expertise en assurance dont il peut s'offrir à défaut d'en disposer un en son sein. A ce propos, on peut lire : « il arrive souvent en matière d'assurance dommages souscrite par des grandes entreprises ou d'organismes publics, que les termes du contrat soient négociés ou parfois même rédigés par l'assuré lui-même. Le contrat d'assurance ne sera généralement d'adhésion qu'en matière d'assurance des particuliers où les termes du contrat sont imposés à l'assuré »¹¹⁵⁶. Mais malgré ce constat que le contrat d'assurance ne soit pas toujours d'adhésion, notamment lorsqu'il est souscrit par des grandes entreprises ou d'organismes publics pour la couverture de grands risques, le régime juridique de l'exclusion de garantie que les législateurs français et québécois ont imaginé pour protéger la partie faible du contrat d'assurance, s'applique indistinctement à tous les contrats, à savoir aussi bien aux contrats qui sont réellement d'adhésion (assurances des risques de masse souscrites par les particuliers ou les non-professionnels) qu'à ceux qui ne le sont pas réellement (assurances de grands risques souscrites par des grandes entreprises ou d'organismes publics).

338. En traitant indifféremment les assurés qui ont besoin de protection en raison de leur situation de faiblesse vis-à-vis de leur cocontractant et ceux qui ne sont pas dans la même situation, le régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances terrestres se révèle donc inadapté à la situation réelle de toutes les parties au contrat d'assurance.

¹¹⁵⁶ S. COTE, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *op. cit.*, note 68, p. 9. pp. 23-24.

Les conditions très contraignantes exigées pour la validité des clauses d'exclusion de garantie « favorise[nt] à l'excès certains assurés, comme les grandes entreprises, qui ne méritent pas la même protection que les autres »¹¹⁵⁷. Cette favorisation excessive des grandes entreprises ou organismes publics souscripteurs d'assurances de grands risques par l'application généralisée du régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances, pose deux problèmes principaux. L'un théorique et l'autre pratique. Le problème théorique est que cette protection excessive des souscripteurs d'assurances de grands risques *est non conforme à l'idée originelle de protection de la seule et l'unique partie faible de la relation d'assurance qui animait logiquement et très certainement les législateurs français et québécois lorsqu'ils instaurent chacun le régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur*. Quant au problème pratique, il est possible de considérer que cette protection excessive des souscripteurs d'assurances de grands risques par l'application généralisée du régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances terrestres, *engendre un déséquilibre contractuel en faveur de ces derniers* (grandes entreprises ou organismes publics souscripteurs de contrats d'assurance de grands risques). La généralisation de ces conditions de validité est donc l'un des principaux reproches qui peuvent être faits au régime juridique des clauses d'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances. D'où l'intérêt d'envisager une solution qui peut être une réforme législative, même si les problèmes évoqués peuvent paraître moins importants pour envisager une telle solution.

¹¹⁵⁷ Voir en ce sens L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1701, p. 847. L'auteur fait ici référence à la proposition du professeur BIGOT « de doter d'un régime plus libéral les assurances des grands risques, qui ne requièrent pas une protection particulière ».

§ 2 – L’INSTRUMENTALISATION DE L’EXCLUSION DE GARANTIE A TRAVERS SES CONDITIONS DE VALIDITÉ

339. Par instrumentalisation de l’exclusion de garantie, référence est faite à son utilisation opportuniste. Elle est souvent utilisée à des fins de politiques juridiques, notamment celle consistant de ne pas laisser les souscripteurs (assurés), mais aussi et surtout les victimes sans réparation. Tel est l’objectif poursuivi depuis des décennies en droits français et québécois des assurances. En témoignent la jurisprudence et les différentes réformes intervenues depuis l’adoption de la loi 13 juillet 1930 relative au contrat d’assurance (terrestre) par le législateur français et depuis 1974 avec la première grande réforme du droit des assurances par le législateur québécois¹¹⁵⁸. « Tout le droit du contrat d’assurance, d’ordre public sauf exception [...] est innervé par le souci constant de parvenir à l’effectivité de la garantie souscrite »¹¹⁵⁹. Cette politique juridique bien que compréhensible par ailleurs, conduit à la pratique consistant à écarter systématiquement toute exclusion de garantie en présence d’un assuré ou une victime à protéger, et de l’admettre plus facilement dans le cas contraire. Ainsi, en droit français alors que les exclusions de garantie sont opposables à tous, assuré et tiers¹¹⁶⁰, dans les assurances obligatoires et l’assurance automobile en particulier, certaines exclusions sont légalement déclarées inopposables aux victimes ou leurs ayants droit¹¹⁶¹. Il en est de même en droit québécois où aucune exclusion de garantie (même pour faute intentionnelle) ne peut être opposée aux victimes de préjudices corporels causés par un accident de la route, car il s’agit d’un système d’indemnisation sans égard à la faute d’après l’article 5 de la loi sur l’assurance automobile du 22 décembre 1977 (RLRQ. c. A25). Et d’après l’article 119 de la même loi, l’assureur garantissant l’indemnisation du préjudice matériel causé par une automobile ne peut, jusqu’à concurrence du montant obligatoire d’assurance de responsabilité (50 000\$ minimum, selon l’article 87), opposer au tiers aucune nullité, déchéance ou exception susceptibles d’être invoquées contre l’assuré, bien qu’il puisse être subrogé au droit du tiers contre l’assuré.

¹¹⁵⁸ Loi sur les assurances, L.Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976.

¹¹⁵⁹ G. DURRY, « Propos introductifs sur la garantie d’assurance », in *La garantie d’assurance*, (Colloque du 28 juin 2016 à la Maison de la Chimie), (septembre 2016) n° 9 *RCA*, dossier 18, p. 6.

¹¹⁶⁰ Art. L.112-6, C. assur. ; Cass. 1^{re} civ. 11 juin 1981, n° 80-12008, *Bull civ.* 1981, I, n° 207 ; Cass. 1^{re} civ. 28 mars 1995, n° 93-15226, *RGAT* 1995, p. 308, note R. MAURICE.

¹¹⁶¹ V. art. R211-13 et R220-6, C. assur.

Cette utilisation opportuniste de l'exclusion dans ces assurances obligatoires s'expliquerait par leur finalité qui est l'indemnisation des tiers¹¹⁶². C'est à travers les conditions très contraignantes de fond, exigées pour la validité des clauses d'exclusion de garantie en droits français (« formelle et limitée ») et québécois (« expresse et limitative »), que la notion d'exclusion est malmenée par les juges qui n'hésitent pas d'écarter des clauses pourtant valables dans le seul but d'éviter qu'un assuré ou une victime se retrouve sans indemnité. C'est aussi sur le fondement de ces conditions de validité que les clauses d'exclusion sont généralement contestées par les assurés et censurées par les juges, à tort ou à raison.

340. En droit français tout est parti de l'arrêt du 8 octobre 1974 par lequel la Cour de cassation a décidé que, par l'exigence d'une clause limitée (art. L113-1 C. assur.), le législateur souhaitait que « la portée ou l'étendue de l'exclusion soit nette, précise, sans incertitude pour que l'assuré sache exactement dans quels cas et dans quelles conditions il n'est pas garanti »¹¹⁶³. C'est en référence à cet arrêt que les juges du fond, ayant l'air de peu se soucier de ce qu'ont librement convenu les parties au contrat d'assurance, ont pris la fâcheuse habitude d'écarter les clauses qui n'étaient pas à leur goût ou qu'ils n'ont pas comprises¹¹⁶⁴. Cet arrêt a ainsi été considéré par la doctrine comme donnant « *les moyens aux juges du fond d'écarter les clauses qui leur déplaisaient au risque d'un arbitraire « détestable »*¹¹⁶⁵ et au mépris de la loi contractuelle »¹¹⁶⁶.

¹¹⁶² A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ « Droit des affaires », 1998, n° 1-199, p. 102.

¹¹⁶³ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1974, n° 73-12497, *Bull. Civ. I*, 1974, n° 253 ; *D.* 1975, p. 513, note C.-J BERRet H. GROUDEL ; *JCP G* 1975, II.18133, note J. BIGOT.

¹¹⁶⁴ En ce sens voir J. BIGOT, *in* *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 352, p. 167. Bien que censuré ensuite par la Cour de cassation (cass. 1^{re} civ. 8 déc. 1987, n° 86-14620), un tribunal d'instance avait osé écarter une clause d'exclusion de garantie au motif qu'elle « s'assimile à une clause léonine » (Nice 4 mars 1986).

¹¹⁶⁵ H. GROUDEL, « L'application erratique de l'article L. 113-1 du Code des assurances », *RCA* 1992, chron. 41.

¹¹⁶⁶ *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1730, p. 866.

La Cour de cassation a également été longtemps sous le feu des critiques du fait de l'application qualifiée d'« erratique »¹¹⁶⁷ qu'elle faisait de l'article L113-1 du Code des assurances dans le domaine de l'assurance « responsabilité civile produits livrés » en particulier, où la clause d'exclusion des dommages subis par le produit a été beaucoup malmenée. D'abord longtemps admise, elle sera rejetée dans les années 1990¹¹⁶⁸ avant d'être réadmise en 1993¹¹⁶⁹, puis de nouveau menacée¹¹⁷⁰ et ensuite validée¹¹⁷¹. « Il arrive parfois que les tribunaux, sous le couvert d'un prétendu manquement aux conditions de fond auxquelles l'article L. 113-1 subordonne la validité des exclusions, s'arrogent le droit – discutable – d'écarter une exclusion, pourtant exprimée clairement, au seul motif qu'elle leur semble inopportune »¹¹⁷². C'est ainsi que certains voient en l'exigence légale du caractère limité de la clause d'exclusion de garantie une ouverture « au juge des marges de manœuvre pour construire une jurisprudence à la fois finaliste et fluctuante (tant il est vrai que les buts : protéger les souscripteurs, faire prévaloir la loi contractuelle, peuvent varier au fil du temps) »¹¹⁷³. Pourtant l'exclusion de garantie est, et doit demeurer, un moyen d'encadrement de l'assurance en tant que contrat très répandu et rendu à ce jour le plus souvent obligatoire dans tous les domaines, mais aussi et surtout en tant qu'institution ayant un rôle majeur dans le développement de notre société. Utiliser l'exclusion de garantie à des fins autres qu'encadrer l'assurance, reviendrait à la détourner de son objectif, de sa raison d'être et donc de l'instrumentaliser.

¹¹⁶⁷ H. GROUDEL, « L'application erratique de l'article L. 113-1 du Code des assurances », *RCA* 1992, chron. 41.

¹¹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 3 juill. 1990, n° 87-17172 *RCA* 1990, comm. 353, 2^e esp., et chron. 20 par H. GROUDEL.

¹¹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ. 6 janv. 1993, n° 89-20730 et 89-21211, *RCA* 1993, comm. 104 et chron. 9 par H. GROUDEL.

¹¹⁷⁰ La Cour de cassation invoque la violation de l'article L113-1 du Code des assurances pour casser un arrêt de la cour d'appel qui appliquait la clause au motif que ladite clause vidait la garantie de sa substance (Cass. 2^e civ. 9 févr. 2012, n° 10-31057, *RGDA* 2012, p. 634, note J. KULLMANN ; *RCA* 2012, comm. 144, note H. GROUDEL.

¹¹⁷¹ Cass. com. 10 mai 2012, n° 08-22049. Sur ce point, voir la synthèse faite par H. GROUDEL sous Cass. 2^e civ. 9 févr. 2012, n° 10-31057, préc.

¹¹⁷² H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, « connaissance du droit », Dalloz, 2^e éd. 1997, p. 112.

¹¹⁷³ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1743, p. 875.

341. Protéger les assurés ou les victimes par l'effectivité de la garantie offerte¹¹⁷⁴ n'est pas critiquable en soit, car c'est avant tout la raison d'être et donc « l'essence même du contrat d'assurance »¹¹⁷⁵. « L'assurance est un parapluie qui doit s'ouvrir s'il pleut et quand il pleut »¹¹⁷⁶. Cependant, il n'est tout de même pas souhaitable de sacrifier les principes sur lesquels reposent la technique et le fonctionnement de l'assurance, par une politique consistant d'éviter à tout prix que les assurés se retrouvent sans garantie et donc, des victimes sans réparation. Pour garantir un avenir radieux à l'assurance, il convient donc de trouver le juste équilibre entre la légitime nécessité de protéger les assurés et les victimes, et celle aussi importante et légitime de préserver les principes sur lesquelles reposent la technique et le fonctionnement de l'assurance, à savoir outre le principe général de justice contractuelle, *la mutualité*¹¹⁷⁷, *le caractère aléatoire du risque, mais aussi et surtout la volonté des parties au contrat d'assurance (la loi contractuelle)*. Ainsi, tout risque même aléatoire qui a été clairement exclu de la garantie par une clause formelle et limitée de la police d'assurance, doit le demeurer. Les assurés et éventuelles victimes qui se retrouveront sans garantie du fait d'une exclusion, pourront à défaut d'avoir d'autres moyens d'indemnisation (on pense notamment aux fonds de garantie spécifiques), tenter si possible, une action en justice pour obtenir réparation du préjudice subi. Mais si malgré tout, des assurés ou des victimes se retrouvent sans garantie, ce serait tout simplement parce qu'ils sont face à la limite de l'assurance dont la technique et le fonctionnement ne permettent pas de couvrir tous les risques. En effet, comme il été déjà souligné, il y a des risques non garantis, soit parce qu'incompatibles avec la technique et le fonctionnement de l'assurance et donc légalement exclus¹¹⁷⁸, soit parce que simplement exclus par la volonté des parties contractantes à l'aide d'une clause insérée dans la police. Ce sont là les angles d'analyse souhaitable du contrat d'assurance et de son contenu.

¹¹⁷⁴ « Tout le droit du contrat d'assurance, d'ordre public sauf exception [...] est innervé par le souci constant de parvenir à l'effectivité de la garantie souscrite » : G. DURRY, « Propos introductifs sur la garantie d'assurance », in *La garantie d'assurance*, (Colloque du 28 juin 2016 à la Maison de la Chimie), (septembre 2016) n° 9 RCA, dossier 18, p. 6.

¹¹⁷⁵ « *La sécurité de l'assuré* est l'essence même du contrat d'assurance » : J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, op. cit. note 252, 1989, p. 3.

¹¹⁷⁶ J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, op. cit. note 252, p. 38.

¹¹⁷⁷ Voir *supra* (conclusion du titre 2 de la partie I).

¹¹⁷⁸ Il en est ainsi notamment du risque non aléatoire (ex : la faute intentionnelle) et du risque aux conséquences très élevées (ex : la guerre étrangère, les émeutes ou mouvements populaires).

C'est en tout cas la voie que semble aujourd'hui suivre la Cour de cassation qui depuis longtemps censure systématiquement les juges du fond qui se hasardent à mépriser la loi contractuelle¹¹⁷⁹. La validation des clauses d'exclusion des dommages subis par le produit s'inscrit également dans cette optique de mise en avant de la volonté des parties dans l'appréciation des clauses d'exclusion de garantie et de l'étendue de la garantie offerte par le contrat d'assurance. Cette volonté de mettre en avant la volonté des parties au contrat d'assurance n'est qu'une « remise en ordre »¹¹⁸⁰ ou du moins un premier pas vers la résolution des difficultés engendrées par le régime très strict et contraignant des clauses d'exclusion de garantie en droit français et québécois des assurances.

¹¹⁷⁹ C'est d'abord en 1987 que la Cour de cassation censure un tribunal d'instance qui a écarté une exclusion au seul motif qu'elle lui apparaissait léonine (Cass. 1^{re} civ. 8 déc. 1987, n° 86-14620, *RGAT* 1988, p. 372, note J. Kullmann.

¹¹⁸⁰ A.-F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ « Droit des affaires », 1998, n° 1-193, p. 100.

CONCLUSION DU TITRE 1

342. L'étude de la problématique de l'exclusion de garantie en droits français et québécois des assurances révèle deux difficultés principales, à savoir une difficulté liée à la notion même de l'exclusion qui rend délicat sa distinction avec les notions voisines et une difficulté liée à son régime juridique contraignant et généralisé sans prise en compte des différentes catégories d'assurés et leur besoin spécifique de protection. Toutefois, si ces difficultés que partagent les droits français et québécois des assurances se manifestent plus ou moins de la même façon dans les deux systèmes, les conséquences pratiques qu'elles engendrent sont plus visibles et donc, plus préoccupantes en droit français comme en témoignent les incertitudes et confusions jurisprudentielles déjà évoquées qui entourent la notion d'exclusion de garantie. Pourtant sur le plan théorique ni législateur français ni son homologue québécois ne définissent la notion d'exclusion de garantie, mais c'est seulement en droit français qu'il y a un houleux débat doctrinal et jurisprudentiel sur l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance. Cet aspect mérite amplement d'être analysé lorsque seront envisagées dans les lignes qui suivent, les solutions aux difficultés actuelles de la notion d'exclusion en droits français et québécois des assurances. Quant au régime contraignant et généralisé actuel de l'exclusion de garantie, c'est le souci de protection des assurés ou souscripteurs, supposées parties faibles de la relation d'assurance, qui a guidé les législateurs français et québécois dans son élaboration. Ainsi, ces conséquences néfastes qui se matérialisent par son inadaptation à la situation réelle des parties au contrat d'assurance et la caractérisation opportuniste de l'exclusion dont il est susceptible d'engendrer, sont tout aussi visibles et préoccupantes en droit français qu'en droit québécois des assurances. Sur ce point, il n'y a donc aucune différence entre les deux systèmes et ce, que ce soit sur le plan théorique que sur le plan pratique. Mais qu'il s'agisse de difficultés purement théoriques, ou théoriques et pratiques à la fois, une fois qu'elles sont connues, des perspectives de solutions doivent très logiquement être envisagées. Tel sera l'objet du second titre qu'il convient à présent d'aborder.

TITRE 2 – PERSPECTIVES DE SOLUTION AUX DIFFICULTÉS DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

343. Envisager une solution aux difficultés actuelles de l'exclusion de garantie est très ambitieux, tant la question est complexe et le débat doctrinal très houleux. Pourtant la réflexion fort intéressante qui existe doit se poursuivre et s'enrichir tant les enjeux sont importants. La problématique de l'exclusion de garantie occupant une part importante des litiges opposants assureurs et assurés, mettre en lumière les causes de ces litiges et envisager des solutions apportera sécurité juridique et justice contractuelle. Ainsi, sans prétendre mettre fin aux incertitudes et confusions jurisprudentielles qui ont été constatées en la matière, il est possible d'envisager des perspectives de solution aux difficultés engendrées à la fois par la notion d'exclusion de garantie qui rend difficile sa distinction avec les notions voisines, à savoir le problème notionnel de l'exclusion de garantie (chapitre 1), et son régime juridique actuel qui mérite d'être repensé, son caractère contraignant et généralisé qui vise à protéger l'assuré n'étant pas adapté à la situation de tous les assurés (chapitre 2).

CHAPITRE 1 – SOLUTION AU PROBLÈME NOTIONNEL DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

344. L'établissement de critères de qualification clairs et précis est l'une des meilleures façons pour résoudre la délicate distinction entre l'exclusion de garantie et les notions voisines. Pour ce faire, il aurait fallu simplement se tourner vers le législateur. La consécration de critères de distinction légaux permettra de pallier les limites des critères de distinction jurisprudentiels et la confusion qui s'y rapporte. Et faute de critères de distinction légaux en droit français et en droit québécois des assurances, la qualification donnée aux clauses dans la police d'assurance aurait pu être un excellent moyen de leur distinction, mais il est bien connu que le juge n'est pas lié par la qualification que les parties donne à leur convention, à tel point que toute clause qui est faussement nommée sera requalifiée et rétablie dans son exacte qualification juridique¹¹⁸¹. Ainsi face au problème notionnel de l'exclusion de garantie accentué par la confusion jurisprudentielle en droit français, il y a des perspectives de solutions classiques (section 1) auxquelles il est possible d'ajouter une nouvelle (section 2).

¹¹⁸¹ Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 03-10062 : *Bull. civ. II*, 2004, n° 129, *RGDA* 2004, p. 356, note L. MAYAUX ; *RCA* 2004, comm. 198, note H. GROUDEL. C'est ainsi qu'il a également été décidé que : « La clause qui stipule que la garantie s'applique en cas de vol subi par les marchandises confiées à l'assuré sous contrat de transport ou en cas de disparition desdites marchandises à l'occasion de certains événements de caractère accidentel qu'elle énumère, détermine l'étendue de la garantie même si elle précise, sous l'indication erronée qu'il s'agirait d'une exclusion, que la garantie ne s'étend pas aux autres disparitions n'ayant pas le caractère d'un vol » (Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 00-15.195 : *JurisData* n° 2003-018976 ; *Bull. civ.* 2003, I, n° 111 ; *RCA* 2003, comm. 246 et 247, 2^e esp ; *RGDA* 2003, p. 461, note L. MAYAUX ; *Gaz. Pal. Rec.* 2004, jurispr. p. 498, note M. PERIER).

SECTION 1 – PERSPECTIVES DE SOLUTIONS CLASSIQUES

345. Comme il a été souligné ci-dessus, le problème notionnel de l'exclusion de garantie renvoie essentiellement à la délicate distinction entre exclusion et condition de garantie d'une part (§ 1), et entre exclusion et la clause définissant le risque couvert d'autre part (§ 2).

§ 1 – SOLUTION À LA DÉLICATE DISTINCTION ENTRE EXCLUSION ET CONDITION DE GARANTIE

346. Pour mettre fin aux difficultés engendrées en pratique par la délicate distinction entre l'exclusion et la condition de garantie, deux positions s'opposent. Celle suggérant de renoncer à toute distinction entre les deux notions¹¹⁸² (I), et celle qui opte pour la recherche de critères de distinction¹¹⁸³(II).

I – RÉNONCEMENT À LA DISTINCTION ENTRE EXCLUSION ET CONDITION DE GARANTIE

347. Face aux difficultés telles que celles engendrées en pratique par la distinction entre l'exclusion et les notions voisines, la condition de la garantie et la clause définissant le risque couvert en particulier, il est très tentant d'opter pour la simplicité et la voie du renoncement en particulier. C'est ainsi que pour mettre fin à la délicate distinction entre exclusion et condition de garantie et la confusion jurisprudentielle qui s'y rapporte en droit français, d'aucuns ont proposé de renoncer à toute distinction entre les deux notions, pour soit recourir au droit commun des contrats ou à la législation sur les clauses abusives (A), soit faire un simple alignement de régime juridique (B).

¹¹⁸² L. BRUGUIER-CRESPY, *Essai de distinction entre les clauses définissant l'objet de la garantie et les clauses d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance*, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2001-2002 ; G. DURRY, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Études offertes* à H. Groutel, LexisNexis-Litec, 2006, p. 129 et s.

¹¹⁸³ S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », D. 2012, chron. 957 ; L. MAYAUX, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grande questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, pp. 91 et s. ; in *Traité de droit des assurances*, (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n°1704 et s.

A – RECOURS AU DROIT COMMUN OU À LA LÉGISLATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES

348. Il a en effet été soutenu que « rien, en l'état actuel, ne justifie plus le maintien de l'article L 113-1 du code des assurances, qui oblige à distinguer ce qui ne peut l'être, à savoir, les conditions et les exclusions de garantie, lesquelles ne sont en réalité que les deux composantes d'un même élément, le risque que l'assureur entend couvrir »¹¹⁸⁴. Ce qui justifierait l'abrogation de ce texte au profit du droit commun des contrats ou de la législation sur les clauses abusives prévue par le Code de la consommation¹¹⁸⁵. Mais outre le fait que l'auteur lui-même souligne que cette solution, bien qu'elle permette « d'y voir plus clair, ne fera que déplacer les difficultés plus qu'elle ne les résoudrait »¹¹⁸⁶, les exclusions et les conditions de garantie sont deux composantes d'un même élément certes, mais totalement distinctes tant par leur signification que par leur régime juridique légal actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances. En effet comme il a déjà été rappelé ci-dessus, seules les clauses d'exclusion sont soumises au régime contraignant des articles 2464 du Code civil du Québec (qui exige qu'elles soient « expressément et limitativement stipulées dans le contrat ») et L113-1 ; L112-4 du Code des assurances (qui exigent qu'elles soient « formelles, limitées et mentionnées en caractères très apparents »). Et alors que la charge de la preuve des conditions de garantie incombe à l'assuré, c'est à l'assureur qu'il appartient de prouver la réunion des éléments de faits qui caractérisent une exclusion de garantie qu'il invoque.

¹¹⁸⁴ L. BRUGUIER-CRESPY, *op. cit.*, note 1182, n° 11, p. 4.

¹¹⁸⁵ *Id.*, p. 5.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

B – L'ALIGNEMENT DE RÉGIME JURIDIQUE DES DEUX NOTIONS

349. Face à l'apport limité des critères jurisprudentiels, notamment la formule de l'arrêt du 26 novembre 1996 précité et la confusion jurisprudentielle qui résulte de la délicate distinction entre l'exclusion et la condition de garantie en droit français, un auteur propose un *alignement de régimes des deux notions* pour « trancher le nœud gordien »¹¹⁸⁷. Il s'agit de renoncer à la distinction infondée des deux notions et retenir la catégorie plus large des restrictions de garantie soumises à un régime juridique identique¹¹⁸⁸. C'est également dans ce même ordre d'idée qu'un autre auteur considère que « le caractère approximatif de l'usage fait de ces termes (exclusion, condition, non-assurance, etc.) serait sans inconvénient si toutes les exceptions relatives à la garantie étaient soumises au même régime »¹¹⁸⁹. Cette proposition d'alignement de régimes juridiques, bien que jugée « trop radicale et peu convaincante du point de vue conceptuel »¹¹⁹⁰, n'a pas pour seul mérite que « la simplicité »¹¹⁹¹, elle permettra également de mettre fin à l'intérêt qu'il y a à ce jour de distinguer les deux notions et donc la confusion jurisprudentielle qui s'y rapporte en droit français. En effet, si le régime juridique très contraignant des clauses d'exclusion de garantie traduit la volonté du législateur de « protéger les assurés contre les mauvaises surprises qui peuvent résulter de la rédaction des polices et faire que, alors qu'ils pouvaient se croire assurés, ils ne le sont pas, parce que la garantie est restreinte par rapport à ce qui serait normal »¹¹⁹², rien ne s'oppose à ce que ce même régime juridique soit exigé pour les clauses exigeant une condition de la garantie¹¹⁹³. La connaissance par le souscripteur du contrat d'assurance du contenu exact de la garantie offerte par la police d'assurance qui lui est proposée afin qu'il s'engage ou non en toute connaissance de cause, nécessite de porter clairement à sa connaissance toute clause susceptible de lui priver ou de restreindre ladite garantie.

¹¹⁸⁷ G. DURRY, *op. cit.* note 1182.

¹¹⁸⁸ *Id.*, p. 139.

¹¹⁸⁹ H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, « connaissance du droit », Dalloz, 2^e éd. 1997, p. 114.

¹¹⁹⁰ S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *op. cit.*, note 1183.

¹¹⁹¹ *Ibid.*

¹¹⁹² G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 138.

¹¹⁹³ V. en ce sens S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *op. cit.*, note 1183.

350. C'est ainsi que l'exigence par le législateur français de mentionner en caractères très apparents les clauses d'exclusion de garantie est considérée comme un procédé ayant ses limites de par sa nature même, car les clauses de la police admissibles à ce régime sont assez nombreuses en réalité¹¹⁹⁴. Et « on doute que l'assuré se donne la peine de les lire et, surtout, puisse distinguer de ce fatras ce qu'il pourrait faire pour échapper à tout ce qui le menace de ne pas être garanti »¹¹⁹⁵. Par conséquent, « s'il se donne la peine de lire sa police, l'assuré a besoin d'avoir son attention spécialement attirée sur les seuls actes qu'il ne dépend que de lui d'accomplir, ou de ne pas accomplir, pour être garanti »¹¹⁹⁶. Ce qui justifie sur ce point précis, l'alignement du régime de l'exclusion et de la condition de garantie, à l'image de ce qui a été fait en 1981 lorsque le régime des exclusions a été aligné sur celui qu'avait instauré, dès 1930, le législateur pour les déchéances, faites aussi pour sanctionner des manquements de l'assuré à des obligations précises, positives ou négatives que fait peser sur lui la police¹¹⁹⁷.

351. Il en est de même de la condition légale de fond exigeant que les exclusions soient formelles et limitées, rien ne justifie de l'imposer qu'aux seules exclusions. « Les conditions de la garantie sont tout aussi importantes et leur obscurité, non plus que leur caractère trop général qui pourrait avoir pour résultat de faire de la garantie de l'assureur une peau de chagrin, ne seraient pas admissibles. [...] il n'est pas tolérable de remettre aux assurés des documents, quels qu'ils soient, écrits en charabia. *A fortiori*, quand il s'agit de clauses aussi essentielles que celles qui précisent le contenu de la garantie ! »¹¹⁹⁸. Du point de vue de ces conditions légales de forme et fond rappelées ci-dessus, le professeur Durry estime ainsi avoir montré pourquoi il faut aligner les régimes juridiques des exclusions et conditions de la garantie.

¹¹⁹⁴ « A multiplier [...] les clauses justiciables de ce régime, les polices ne seraient plus qu'une suite de dispositions écrites en caractère, spéciaux certes, mais qui auraient bien du mal à ressortir du contexte [...] » : G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 139.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ *Ibid.*

¹¹⁹⁸ *Id.*, p. 139-140.

Ainsi, après avoir souligné que « la distinction entre condition de la garantie et exclusion est dépourvue et de réelle portée et de véritable justification »¹¹⁹⁹, il ajoute :

Elle n'en retrouverait que si le Code des assurances était modifié pour faire une catégorie à part – à laquelle on pourrait, si l'on y tenait, réserver le nom d'exclusion – des obligations précises pesant sur l'assuré et qui, seules, mériteraient d'être soulignées en caractère très apparents. L'on pourrait même prévoir que l'assureur aurait l'obligation de les regrouper en un paragraphe unique pour faciliter à l'assuré la consultation de ce qu'il lui est obligatoire de faire, ou de ne pas faire, s'il entend être garanti. [...] dans le même paragraphe, devraient figurer, pour identité de motifs, les clauses de déchéance. Nous verrions assez bien deux sous-rubriques : obligations avant sinistre et après sinistre, ce qui serait plus clair pour l'assuré et comporterait l'avantage supplémentaire, en assurance de responsabilité, de savoir immédiatement ce qui, sauf texte contraire, est inopposable à la victime¹²⁰⁰.

352. Il y a donc assez de bons arguments en faveur de l'alignement des régimes juridiques de l'exclusion et de la condition de garantie. Un alignement qui s'inscrit dans la logique des *Principes du droit européen des contrats* qui stipulent que « tous les documents fournis par l'assureur doivent être clairs et compréhensibles »¹²⁰¹. Ainsi, après avoir souligné enfin que la différence de régime entre les deux notions sur le terrain de la preuve « n'est pas un problème d'une importance pratique quotidienne »¹²⁰², le professeur Durry arrive à la conclusion que :

Une distinction claire entre les deux notions est impossible, car il s'agit toujours d'apporter une restriction à une garantie qui, sinon, pourrait être plus étendue. La distinction ne deviendrait opérationnelle que s'il existait une garantie de base, dont le contenu minimal serait fixé d'avance, par voie autoritaire. Cela ne se produit que dans les assurances obligatoires qui, si du moins elles sont bien conçues, comportent, comme assurance automobile ou en assurance construction, une liste, naturellement limitative, des restrictions permises. Celles-là, il n'est pas abusif de les baptiser exclusions, en ce qu'elles restreignent une garantie dont le contenu est lui-même défini avec précision par le législateur, aidé du pouvoir réglementaire.

Et, en ce domaine précis uniquement, la notion de condition de garantie peut avoir une véritable utilité, celle d'offrir une échappatoire qui permet à l'assureur de restreindre sa garantie, malgré le caractère limitatif des exclusions autorisées, lorsque le besoin s'en fait ressentir.

¹¹⁹⁹ G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 140.

¹²⁰⁰ *Id.*, p. 140-141.

¹²⁰¹ Art. 1 : 203.

¹²⁰² G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 141.

Toute la jurisprudence qui, en assurance construction, s'est édiflée autour de l'activité déclarée au contrat, en offre un exemple saisissant. [...] Nous appelons donc nos vœux une réforme législative très simple, qui consisterait, d'une part, à supprimer, ô sacrilège ! le fameux « sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police » qu'on doit à la loi de 1930. Cette disposition, fort utile à l'époque [...], l'est beaucoup moins aujourd'hui [...]. D'autre part, il conviendrait de récrire le dernier alinéa de l'article L. 112-4 pour préciser la notion d'exclusion dans le sens restrictif proposé : une exigence supplémentaire imposée à l'assuré pour être garanti et consistant dans un acte ou une abstention précis¹²⁰³.

353. Nul ne conteste le fait que ce soit la différence des régimes juridiques entre l'exclusion et la condition de garantie qui justifie l'intérêt de leur distinction. Nul ne conteste également la délicatesse de cette distinction et la confusion jurisprudentielle qu'elle engendre en droit français. Contrairement à l'idée selon laquelle « une distinction claire entre les deux notions est impossible à l'état actuel des choses »¹²⁰⁴, un auteur estime quant à lui que la distinction doit pourtant être maintenue sans restriction¹²⁰⁵. Mais l'idée d'aligner les régimes juridiques des deux notions, défendue ci-dessus, n'est pas totalement rejetée. C'est ainsi qu'on peut lire que : « si les régimes peuvent être rapprochés, un alignement total est difficile à concevoir »¹²⁰⁶ ou « si une unification du régime juridique de la validité est envisageable, la distinction de régime juridique est parfaitement fondée sur le terrain de la preuve, ce qui impose de rechercher des critères clairs de qualification »¹²⁰⁷.

¹²⁰³ *Id.*, p. 142-144.

¹²⁰⁴ *Id.*, p. 142.

¹²⁰⁵ H. GROUDEL, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, 2008, n° 453.

¹²⁰⁶ L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1712 à la note de bas de page n° 853 qui renvoie au paragraphe n° 1701.

¹²⁰⁷ S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *op. cit.*, note 1183.

II – RECHERCHE DE CRITÈRE DE DISTINCTION

354. Si la distinction entre exclusion et condition de garantie n'avait aucun intérêt à l'époque où on assimilait la condition de garantie à une clause d'exclusion indirecte¹²⁰⁸, ce n'est plus le cas aujourd'hui, car bien qu'ayant pour objet et effet commun de priver l'assuré de la garantie¹²⁰⁹, le régime juridique des deux notions se distingue clairement et ce, que ce soit en droit français¹²¹⁰ ou en droit québécois¹²¹¹ des assurances terrestres. Cette distinction est « l'une des plus confuse »¹²¹² et l'une « des grandes questions du droit des assurances »¹²¹³. Donc une distinction certes délicate, mais nécessaire. La distinction est encore plus délicate lorsque la clause litigieuse stipule des mesures de prévention. A ce propos, depuis que la Cour de cassation a dans son rapport de 1996 précité distingué « *les circonstances particulières de réalisation du risque (exclusion de garantie), aux clauses qui formulent une exigence générale pesant sur l'assuré (condition de la garantie)* », un auteur considère que le critère de distinction entre les deux notions « semble reposer sur la nature de l'événement visé dans la clause. Si celui-ci touche de près ou de loin au sinistre ou, si l'on préfère, s'il a trait aux circonstances particulières de réalisation de réalisation du risque, il tend à la délimitation de celui-ci et l'on a affaire à une exclusion. Si, au contraire, l'événement conditionnel est étranger à un sinistre, s'il constitue une condition permanente du risque garanti, on a affaire à une condition »¹²¹⁴. Autrement dit, à la différence de l'exclusion qui se rapporte à la survenance d'un sinistre et affecte l'obligation de règlement, la condition de la garantie est quant à elle étrangère au sinistre et désigne une modalité affectant l'obligation de couverture et elle seule¹²¹⁵.

¹²⁰⁸ V. en ce sens, M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, p. 119., cité par G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 129 et 130.

¹²⁰⁹ V. en ce sens A.-F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, note 1084, n° 1-176, p. 87.

¹²¹⁰ Art. L113-1 et L112-4, C. assur.

¹²¹¹ Art. 2464, C.c.Q.

¹²¹² S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *op. cit.*, note 1183.

¹²¹³ L. MAYAUX, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, pp. 91 et s.

¹²¹⁴ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1715, p. 855.

¹²¹⁵ *Id.*, n° 1713, p. 854.

Ainsi, en référence à la jurisprudence qui qualifie (ou devrait qualifier) *d'exclusion* « la clause qui vise le vol commis alors que le dispositif antivol n'était pas enclenché, alors que le véhicule n'était pas remisé dans un lieu clos et couvert, ou la détérioration de machines alors qu'elles étaient transportées dans un emballage inadapté, et de *condition* « la clause selon laquelle la garantie est due si tel dispositif d'alarme antivol a été installé, si l'immeuble assuré est habité plus d'un certain nombre de jour par an, si le pilote de l'avion assuré possède une licence », l'auteur distingue l'exclusion avec son critère de la concomitance ou le « alors que » de la condition avec son critère « si ». En d'autres termes, « le « si » de la condition s'oppose au « alors que » de l'exclusion »¹²¹⁶.

355. C'est dans cette optique qu'on considère que la clause « subordonnant la garantie à l'installation d'un système d'alarme ou à sa vérification périodique, doit être qualifiée de condition de la garantie »¹²¹⁷ ou que « la notion de condition de garantie devrait s'appliquer aux seules stipulations subordonnant l'exécution de la prestation de l'assureur à celle d'une obligation imposée à l'assuré n'ayant aucun lien avec les circonstances de réalisation du risque »¹²¹⁸. Et que doivent être qualifiées d'exclusion de garantie « les mesures de prévention affectant l'obligation de règlement du sinistre »¹²¹⁹. Mais, « dans ce vaste domaine des mesures de prévention, il faudrait distinguer la prévention *stricto sensu* et la précaution qui conduit à prendre certaines mesures (brancher le système d'alarme « antivol » de la maison, remisier le véhicule dans un garage fermé) lors de circonstances propres à favoriser le sinistre (comme le départ du propriétaire de la maison dans le premier exemple ou l'arrivée de la nuit dans le second). Le non-respect de ces mesures est sanctionné par une exclusion, car c'est seulement pour le temps où est survenu le sinistre que l'assuré n'a pas été précautionneux. En d'autres termes, elles sont concomitantes à la période du sinistre, alors que les mesures de prévention *stricto sensu*, érigé en condition de la garantie, concerne toute la période du risque »¹²²⁰.

¹²¹⁶ *Id.*, n° 1715, pp. 855-856.

¹²¹⁷ *Id.*, n° 1716, p. 856.

¹²¹⁸ A.-F. ROCHER et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, note 1084, n° 1-176, p. 89.

¹²¹⁹ Voir en ce sens S. ABRAVANEL-JOLLY, note sous Cass. 2° civ., 9 juill. 2009, n° 08-13780, *RGDA* 01 oct. 2009, n° 2009-04, p. 1162.

¹²²⁰ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1716, pp. 856-857.

356. Ce critère que semble retenir la jurisprudence, notamment lorsque par son arrêt de principe du 26 novembre précité, la Cour de cassation a décidé que « la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie des risques de vol en considération des circonstances particulières de réalisation du risque s'analyse en une clause d'exclusion »¹²²¹, serait également une clé pour mettre fin à la confusion pouvant résulter de la clause syndicale vol qu'on retrouve dans les assurances de vol de marchandises transportées. « Elle permet au sein de cette clause de faire la distinction entre ce qui est érigé en condition de la garantie (quand la clause impose la présence de certains éléments d'équipement antivol) et en exclusions (quand la clause subordonne la garantie au fait que les éléments d'équipement contre le vol aient été effectivement mis en œuvre au moment du vol »¹²²².

357. Toutefois, la Cour de cassation dans son de rapport pour 1996 précité n'a pas manqué de souligner à propos de l'arrêt de 1996 précité avec sa formule de principe que : « il serait sans aucun doute vain de croire qu'il permettra de résoudre toutes les difficultés de cette question. Du moins *fournit-il un critère qui devrait clarifier quelque peu le problème dans un nombre de cas non négligeable* »¹²²³. Ainsi, à ce critère jurisprudentiel « qui clarifie quelque peu le problème » de distinction entre l'exclusion et la condition de la garantie, s'ajoute ce critère doctrinal qui lui est inspiré. Ces deux critères (jurisprudentiel et doctrinal) réunis clarifient davantage le problème à défaut d'y mettre fin. A ce propos on peut lire : « ajoutés à la formule issue de l'arrêt de 1996, ces critères [doctrinaux] permettent de proposer une distinction que nous espérons plus complète : la condition est un événement permanent qui affecte l'obligation de couverture du risque et qui est extérieur à celui-ci. L'exclusion, circonstance particulière de réalisation du sinistre ou élément restrictif de la définition de celui-ci, affecte l'obligation de règlement. Mais, pour parfaire cette proposition, reste à dégager les critères de distinction entre exclusion et définition du risque (« fausse » condition) »¹²²⁴.

¹²²¹ *Id.*, n° 1716, p. 856.

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ V. p. 344 du rapport. (les italiques sont de nous).

¹²²⁴ S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *op. cit.*, note 1183.

§ 2 – SOLUTION À LA DÉLICATE DISTINCTION ENTRE EXCLUSION ET CLAUSE DÉFINISSANT LE RISQUE COUVERT

358. Pour distinguer l'exclusion de garantie de la clause définissant le risque couvert¹²²⁵, d'aucuns estiment que ce n'est non pas « dans le résultat final de l'opération [d'assurance] qu'il faut chercher la spécificité de l'exclusion et probablement son critère, mais dans la chronologie [des étapes ayant conduit à l'élaboration du contrat] »¹²²⁶. Cette approche doctrinale mettant en avant la chronologie des étapes dans l'élaboration du contrat d'assurance, peut être qualifiée de critère chronologique de distinction. A ce critère chronologique de distinction qui est purement doctrinal (A), s'ajoutent des critères inspirés de la jurisprudence (B).

A – LE CRITÈRE DISTINCTION CHRONOLOGIQUE : UN CRITÈRE PUREMENT DOCTRINAL

359. Face à la délicate distinction de l'exclusion de la clause définissant le risque couvert par « un critère objectif solide (sauf peut-être pour les assurances obligatoires où l'objet de la garantie étant légalement défini, il est plus facile de déterminer ce qui est dedans et ce qui est dehors, ce qui est exclusion interne prohibée et exclusion externe validée) »¹²²⁷, a été suggéré en doctrine que : « sans pour autant s'en tenir à la pure présentation des clauses, [...] de faire une place à la volonté des parties contractantes, en recherchant leurs intentions et le cheminement intellectuel présidant à l'élaboration de leur contrat »¹²²⁸. Un cheminement dans lequel « la clause qui définit l'objet de la garantie est première et l'exclusion intervient en second »¹²²⁹. C'est le critère de « *a priori* » qui consiste à rechercher ce qui est *a priori* couvert et ce qui est ensuite exclu¹²³⁰. Il s'agit de « rechercher le risque que les parties contractantes ont entendu couvrir, d'où l'on déduira ce qui est véritablement exclu et ce qui est simplement hors du champ de la garantie »¹²³¹.

¹²²⁵ L. BRUGUIER-CRESPY, *op. cit.*, note 1182.

¹²²⁶ L. MAYAUX, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2011, pp. 91 et s. ; in *Traité de droit des assurances*, préc. n° 1704 et s.

¹²²⁷ L. MAYAUX, *Les grandes questions du droit des assurances*, *op. cit.*, n° 151, p. 101.

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ *Id.*, n° 152 et s., pp. 101-103 ; *Traité du droit des assurances* (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1718, pp. 858-859.

¹²³⁰ *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1718, pp. 858.

¹²³¹ *Id.*, n° 152, p. 101. Pour la démonstration et les exemples donnés par l'auteur, voir n° 152 à 154.

360. Théoriquement ce critère de l'*a priori* est très séduisant, mais il convient de tempérer l'importance qu'il faut l'accorder, car si la démarche telle que décrite paraît simple, l'auteur lui-même n'a pas manqué de souligner le caractère très subjectif¹²³² et incertain du critère, mais aussi et surtout la délicatesse de sa mise en œuvre¹²³³. En effet, lorsque référence est faite à ce critère, « la même clause pourra recevoir des qualifications différentes selon l'objet du contrat où elle figure »¹²³⁴. Cependant, outre la logique qui le caractérise ce critère, « des tentatives d'objectivation sont possibles, certains contrats ne couvrant *a priori* pas certains risques. Par exemple une assurance contre les accidents ne garantit pas les pannes mécaniques et inversement un contrat garantissant les pannes mécaniques ne couvre pas *a priori* contre les conséquences d'un accident. Le critère de distinction repose ainsi sur cet *a priori*, essentiellement subjectif – qu'est-ce que les parties ont entendu couvrir *a priori*, avant que le travail de retranchement opéré par voie d'exclusion n'ait été opéré ? -, mais partiellement objectivé : qu'est-ce qu'un contrat de la nature de celui qu'elles ont conclu garantit *a priori* ? »¹²³⁵.

Il est naturel qu'une assurance de responsabilité civile couvre le risque de responsabilité contractuelle (ce qui fait que la non-garantie de cette dernière ne peut résulter que d'une exclusion, comme il devrait être naturel qu'il ne couvre pas la réparation ou le remplacement d'un produit qui relève de la garantie des vices cachés, laquelle n'est pas une responsabilité. Et, quand le contrat désigne tel risque couvert (par exemple tel bâtiment plutôt qu'un autre dont l'assuré est également propriétaire) ou quand à la souscription, l'assureur accepte de couvrir tel risque mais pas tel autre, éventuellement en sus de celui normalement couvert, il est naturel que le risque non garanti soit exclu en vertu d'une exclusion « externe ». Il constitue, en effet, un risque distinct de celui qui est garanti.

Et quand la clause se borne à préciser au sein de ce risque (en stipulant par exemple que seul est garanti le vol « par effraction »), il faut distinguer la précision de l'exclusion qui, pour sa part, introduit une restriction de garantie. On objectera que la différence entre précision et restriction n'est pas grande et que tout est question de point de vue. Mais précisément, le critère de l'*a priori* permet de donner un point de vue sur le contrat, celui des parties, mais aussi celui qui résulte de la nature même du risque couvert. Et, en donnant une orientation au contrat, il oriente pareillement l'interprète et le juge. C'est un critère de l'orientation contractuelle¹²³⁶.

¹²³² Même si d'autres voient en ce critère « une approche majoritairement objective s'agissant d'une succession temporelle » : S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *op. cit.*, note 1183.

¹²³³ *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 154, p. 103.

¹²³⁴ *Ibid.*

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Id.*, n° 1718, pp. 858.

Ainsi, faute de critère de distinction légal, ce critère doctrinal de l'« *a priori* », bien qu'imparfait, a le mérite d'exister. A défaut de résoudre la délicate distinction entre l'exclusion de la clause définissant le risque couvert, il atténue la difficulté et réduit de ce fait considérablement les effets néfastes qui s'y rapportent, notamment l'incertitude et la confusion jurisprudentielle en droit français.

361. S'inscrivant dans cette même logique de chronologie des étapes de la formation du contrat d'assurance mise en avant avec ce critère de l'« *a priori* », d'autres¹²³⁷ pour distinguer l'exclusion de la clause définissant le risque couvert, dissocient « les *exclusions externes ou exclusions du contrat* » qui tracent les contours de l'aire contractuelle, et « les *exclusions internes ou exclusions de garantie* » qui le trouent¹²³⁸. Ce sont deux clauses distinctes ayant pourtant le même objectif de délimitation de la garantie. Il s'agit de « déterminer l'objet du contrat par cette double opération complémentaire de la définition de l'aire contractuelle, qui implique la *non-assurance* de ce qui lui est extérieur et la garantie corrélative de ce qui lui est intérieur. Mais dans ce cercle interne, des exclusions de risque conventionnelles peuvent rejeter dehors certaines garanties »¹²³⁹. Autrement dit, une fois l'objet du contrat, qui cerne les conditions générales de la garantie déterminé par la définition de l'aire contractuelle, ne sont couverts que les seuls risques répondant à cette définition, et sont *ipso facto* et *a contrario* simplement non assurés tous les risques ne répondant pas à la définition ; et ce sans autre condition de forme (sans clause formelle et limitée en caractères très apparents)¹²⁴⁰. Et l'aire contractuelle ainsi déterminée, sera réajustée par des clauses qui excluent de la garantie de l'assureur les risques que ce dernier ne souhaite ou ne peut prendre en charge (« *exclusions internes* de risques qui trouent l'objet du contrat »¹²⁴¹). Ainsi, « l'intérieur de l'aire contractuelle des risques assurés, certains risques, bien qu'ayant vocation à relever de la définition des risques assurés, seraient expressément et directement exclus de l'assurance et feraient l'objet d'exclusions de risques »¹²⁴².

¹²³⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 3, n^{os} 464 et s., pp. 344-345.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ *Id.*, n^o 464.

¹²⁴⁰ *Id.*, n^o 465.

¹²⁴¹ *Id.*, n^o 466.

¹²⁴² J. BIGOT, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 14 février 1990, *RGAT* 1990, 611., cité par L. BRUGUIER-CRESPY, *op. cit.*, note 1182, n^o 16, p. 7.

362. Cette doctrine prônant « une conception extensive de la notion d'exclusion qui distingue les exclusions directes qui seraient situées à l'intérieur de l'aire contractuelle et les exclusions indirectes qui seraient à l'extérieur »¹²⁴³. Une conception qui, « à première vue, ne convainc pas »¹²⁴⁴. D'autant que la Cour de cassation bien qu'ayant une conception extensive de la notion d'exclusion, qualifie d'exclusion indirecte le fait notamment de déguiser une forme d'exclusion en condition de la garantie. En outre, cette doctrine a surtout la particularité « d'assimiler l'exclusion de sa conséquence directe qui est la non-assurance »¹²⁴⁵. Ce « flou terminologique » du terme exclusion dénoncé par ailleurs¹²⁴⁶ ne facilite pas sa distinction avec d'autres notions voisines. Conséquence de l'exclusion, *la non-assurance* peut aussi être la conséquence de l'absence d'une condition de la garantie ou d'une déchéance. Dans tous ces cas l'assuré se retrouve privé de garantie et donc sans assurance.

363. La limite de ces critères de distinction purement doctrinaux conduit à s'intéresser aux critères doctrinaux inspirés de la jurisprudence.

B – LES CRITÈRES DE DISTINCTION INSPIRÉS DE LA JURISPRUDENCE

364. Dans la recherche de critères de distinction entre exclusion et clause définissant le risque couvert, certains¹²⁴⁷ ont trouvé satisfaction dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1990¹²⁴⁸ par lequel les juges décident que : « *la clause litigieuse garantissant la réparation des désordres à la construction [...] donne une définition de la garantie et ne constitue pas une clause d'exclusion indirecte* »¹²⁴⁹.

¹²⁴³ L. BRUGUIER-CRESPY, *op. cit.*, note 1182, n° 16, p. 7.

¹²⁴⁴ *Ibid.*

¹²⁴⁵ J. ROUSSEL, « Remarques sur la notion d'exclusion en matière de contrat d'assurance : pour une définition restrictive », *Gaz. Pal.* 28 janvier 1984, Doctr. 50., cité par L. BRUGUIER-CRESPY, *op. cit.*, note 1182, n° 16, p. 7.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ J. BIGOT, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 14 février 1990, *op. cit.*, note 1146 ; L. BRUGUIER-CRESPY, *op. cit.*, note 1182, n° 19, p. 8.

¹²⁴⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 14 février 1990, *op. cit.*, note 1146.

¹²⁴⁹ La qualification de l'exclusion a également été rejetée au profit de la définition de garantie à propos d'une clause garantissant les désordres relevant de la responsabilité décennale : (Cass. 1^{ère} Civ., 14 février 1989, *RGAT* 1991.611, note J. BIGOT, *Gaz. Pal.* 1991, 1.jur.121, note J. ROUSSEL).

On voit en cet arrêt « une possible consécration définitive de la distinction entre non-assurance et exclusion indirecte »¹²⁵⁰ tout en posant la question de savoir : « au cas où la Cour entend désormais consacrer cette distinction, sur la base de quel critère précis et applicable en pratique entend-t-elle le faire ? »¹²⁵¹. C'est effectivement cette question de critère qui est au cœur de la problématique de distinction entre exclusion et clause de définition du risque couvert. D'autant que quelques mois plus tard la même formation (première chambre civile) de la Cour de cassation a rendu un arrêt qui a semé le trouble à propos d'une clause dont la formulation ne laisse pourtant aucun doute sur sa qualification d'exclusion. En effet, elle décide dans un arrêt du 13 novembre 1990¹²⁵² que : « *ne constitue pas une exclusion mais [une détermination du] champ d'application de la police, [la clause selon laquelle] demeurent exclus [...] les conséquences des fautes professionnelles ou de manquement professionnels assimilables à des fautes professionnelles que les assureurs ne pouvaient ignorer avant la date de souscription du contrat comme étant susceptibles de faire jouer les garanties de la police, en raison de reproches précis qui leur auraient été adressés par des tiers* ». Ainsi, faute de critère de distinction clair et précis consacré de façon définitive par la jurisprudence, la doctrine s'est inspirée de quelques arrêts pour en proposer.

365. De l'analyse de la jurisprudence portant sur la notion d'exclusion de garantie en matière d'assurance, a été considéré que « la privation de la garantie du risque visé par le contrat d'assurance est un critère qui permet de caractériser l'exclusion de garantie »¹²⁵³ bien qu'il soit « insuffisant pour distinguer cette notion de la condition de garantie »¹²⁵⁴. Ce critère de « privation de la garantie du risque visé par le contrat d'assurance » ne permet pas non plus de distinguer l'exclusion de la déchéance qui ont toutes deux cet effet privatif de la garantie du risque couvert (ou visé par le contrat).

¹²⁵⁰ J. BIGOT, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 14 février 1990, *op. cit.*, note 1247.

¹²⁵¹ *Id.*

¹²⁵² Cass. 1^{ère} Civ., 13 novembre 1990, *RGAT* 1991, 146, note J. KULLMANN., cité par L. BRUGUIER-CRESPY, *op. cit.*, note 1182, n° 20, p. 8.

¹²⁵³ P. FADEUILHE, « L'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : le contrôle de qualification exercé par la Cour de cassation », *Petites affiches*, 15 mars 2000, n° 53, p. 5.

¹²⁵⁴ *Id.*

C'est ainsi qu'en se référant à la fois à la doctrine et à la jurisprudence une auteure arrive à la conclusion que : « les notions d'exclusion, de condition et de définition du risque (ou « fausse » condition), suivent chacune un ordre chronologique et par conséquent, les critères plus complets permettant leur distinction pourraient être :

- Au moment de la conclusion du contrat (dès l'origine), il y a d'abord la définition du risque qui doit être couvert.

- Puis, une fois le contrat conclu, la garantie n'est due que si l'assuré réalise la condition, événement permanent qui affecte l'obligation de couverture du risque et qui est extérieur à celui-ci.

- Et enfin, la garantie peut être exclue a posteriori en fonction de circonstances inhérentes au sinistre, ou d'éléments restrictifs de celui-ci, qui affectent l'obligation de règlement »¹²⁵⁵.

366. A terme de l'analyse de ces perspectives de solutions classiques portant sur la délicate distinction entre l'exclusion et condition de garantie d'une part, et entre l'exclusion et la clause définissant le risque couvert (ou « fausse » condition) d'autre part, il y a un constat qui s'impose, à savoir la délicatesse de la question prouvée par la confusion jurisprudentielle en droit français et la divergence des différentes positions doctrinales, les uns proposant des critères de distinctions et d'autres un changement de régime juridique. Ainsi, malgré les efforts déployés par les auteurs et les juges afin d'atténuer la confusion pouvant y résulter faute de pouvoir mettre fin, la question demeure toujours d'actualité. D'où la nécessité d'explorer de nouvelles pistes.

SECTION 2 – PERSPECTIVES DE SOLUTIONS MODÈRNES

367. La résolution extrajudiciaire des litiges est un moyen efficace pour éviter l'engorgement des tribunaux. Bien que souvent utilisé dans la résolution des litiges opposants assureurs et assurés, à travers la médiation en particulier, ce mode alternatif de résolution des litiges a vraisemblablement peu de succès en France (où les procès liés notamment à la problématique de l'exclusion de garantie sont assez nombreux) par rapport au Québec (où les procès sont moins nombreux).

¹²⁵⁵ S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *op. cit.*, note 1183.

Pourtant avec un peu plus de succès de ce mode alternatif en France, ces procès diminueraient et donc la confusion jurisprudentielle liée à cette problématique d'exclusion de garantie également (§2). Quant à la fixation d'une garantie de base et l'énumération des exclusions autorisées, c'est une technique propre aux assurances obligatoires qui permet d'éviter les difficultés engendrées par la délicate distinction entre l'exclusion de garantie et les notions voisines dans les assurances non obligatoires. Donc une technique qui n'est pas nouvelle en soi. Il en est de même de son évocation comme solution aux difficultés ci-dessus, l'idée n'est pas nouvelle. Une solution qui ne peut donc être qualifiée de moderne *a priori*. Cependant, seule l'idée a été évoquée dans des études dont le cœur de la réflexion vise, pour l'une, à démontrer « la méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard de l'exclusion de garantie »¹²⁵⁶, et pour l'autre, la nécessité « d'aligner les régimes juridiques de l'exclusion et de la condition de garantie »¹²⁵⁷ pour mettre fin à aux difficultés engendrées par leur délicate distinction. Ainsi, en reprenant dans le cadre de la présente étude cette idée de fixation légale d'une garantie de base et l'énumération des exclusions autorisées et focalisant exclusivement la réflexion autour de celle-ci, il est tout à fait possible de qualifier la proposition de moderne, du moins dans ses moyens de mise en œuvre (§1).

§ 1 – FIXATION LÉGALE D'UNE GARANTIE DE BASE ET ÉNUMÉRATION DES EXCLUSIONS AUTORISÉES

368. La fixation à l'avance par le législateur ou le pouvoir réglementaire¹²⁵⁸ de la garantie de base obligatoire et les exclusions autorisées est une particularité des assurances obligatoires¹²⁵⁹. Une particularité qui « se traduit le plus fréquemment par l'édition réglementaire de clauses types ou de conditions minimales [auxquelles] le contrat souscrit par l'assuré doit être conforme »¹²⁶⁰. Ce qui, d'une part, interdit à l'assureur d'exclure de sa garantie des risques autres que ceux légalement autorisées et, d'autre part, l'oblige à informer l'assuré des risques réellement exclus parmi ceux légalement autorisés.

¹²⁵⁶ F. CHAPUISAT, « La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard de l'exclusion de garantie », *RGAT* 1983.

¹²⁵⁷ G. Durry, *op. cit.*, note 1182.

¹²⁵⁸ A ce propos, le titre de ce premier paragraphe aurait dû être « Fixation légale ou réglementaire d'une garantie de base et des exclusions autorisées ». Mais le titre et l'expression de « fixation légale » a été retenu (e) par souci de simplification et d'allègement du texte.

¹²⁵⁹ Sur cette question voir, *Risques*, n° 12.1992, numéro consacré aux assurances obligatoires et en particulier, J. KULLMANN, « Technique juridique des assurances obligatoires », *Risques*, n° 12.1992, p.79 et s. ; F. EWALD, « Politiques de l'assurance obligatoire », *Id.*, p. 59 et s.

¹²⁶⁰ J. KULLMANN, « Technique juridique des assurances obligatoires », *op. cit.* note 1259.

Même si cette fixation légale d'une garantie de base peut être vue comme « une réglementation excessive de l'industrie d'assurance et une solution quelque peu radicale par rapport aux problèmes diagnostiqués »¹²⁶¹, elle permettra au moins d'éviter (du moins on l'espère) tout litige lorsque arrivera le moment des réclamations en cas de sinistre. Généraliser cette mesure de bon sens qui de surcroît, n'est pas tout à fait nouvelle et fait déjà ses preuves dans le domaine des assurances obligatoires, est un gage de grande clarté qui, à défaut de mettre fin, va beaucoup apaiser le houleux débat que la délicate distinction entre l'exclusion de garantie et les notions voisines suscite en droit des assurances, et en droit français en particulier. C'est ainsi que le professeur Durry soutient que la distinction entre exclusion et condition de garantie « ne deviendrait opérationnelle que s'il existait *une garantie de base*, dont le contenu minimal serait fixé d'avance, par voie autoritaire. Cela ne se produit que dans les assurances obligatoires qui, si du moins elles sont bien conçues, comportent, comme en assurance automobile ou en assurance construction, *une liste, naturellement limitative, des restrictions permises* »¹²⁶². Et à la question de savoir si « le problème est si important qu'il justifie une telle intervention musclée du législateur au détriment de la liberté des parties contractantes ? »¹²⁶³, la réponse est : peut-être pas, c'est-à-dire que le problème n'est pas si important qu'il justifie une telle intervention musclée du législateur au détriment de la liberté des parties contractantes. Cependant, il convient pourtant de rappeler que cette intervention soi-disant musclée du législateur n'enlève en rien au fait que le contrat d'assurance *est et restera régi par le principe de la liberté contractuelle*. Même si elle peut se révéler comme une entorse faite au principe de la liberté contractuelle régissant la relation contractuelle en générale et celle de l'assurance en particulier, cette intervention du législateur aura au moins pour avantage de permettre « *de savoir d'une part, ce qui devrait être qualifié d'exclusion et d'autre part, les seules exclusions qui seraient valablement insérées dans les contrats* »¹²⁶⁴. De surcroît, l'entorse ainsi faite à la liberté contractuelle est à relativisée par la sélection des risques en amont et la possibilité pour l'assureur d'exclure de sa garantie certains risques figurants dans la liste des exclusions légalement autorisées.

¹²⁶¹ R. MORADINEJAD, « Rapport de pré lecture de la présente thèse », p. 8.

¹²⁶² G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 142 (nos italiques).

¹²⁶³ R. MORADINEJAD, « Rapport de pré lecture de la présente thèse », p. 8-9.

¹²⁶⁴ *Id* (nos italiques).

Mais aussi et surtout la liberté contractuelle des parties, notamment d'un contrat d'assurance, n'est pas et ne doit pas être sans limite en raison notamment des abus qu'elle a engendrés par le passé¹²⁶⁵ et qui ont tout naturellement conduit à amplifier l'intervention du législateur dans l'encadrement du contrat d'assurance. Ainsi, si elle peut sembler « excessive et radicale »¹²⁶⁶ et se pose aussi la question de son « impact sur le modèle d'affaires et les choix économiques des compagnies d'assurance »¹²⁶⁷, cette intervention du législateur par le biais de la fixation légale d'une garantie de base peut aussi être vue comme une limitation de plus de la liberté contractuelle, dans le but d'atténuer notamment les difficultés (incertitude jurisprudentielle et insécurité juridique) qui résultent de la difficile distinction entre l'exclusion de garantie et les notions voisines.

369. Il s'agit donc de généraliser le contrôle accru pratiqué dans le domaine des assurances obligatoires. Une idée qui avait déjà été avancée au tout début des années 80. D'abord par la professeure Chapuisat qui, dans son étude intitulée « la méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard de l'exclusion de garantie »¹²⁶⁸, se demandait si cette « méfiance ne devrait-elle pas inciter à aller jusqu'au bout du contrôle et dresser *une liste limitative des exclusions valables dans chaque type d'assurance*, comme on le fait dans les textes concernant les assurances obligatoires »¹²⁶⁹ ? [...] liste [qui] ne pourrait être intégrée dans le Code des assurances puisqu'il s'agit là d'un texte général et que la liste des exclusions autorisées devrait être adaptée à chacune des grandes catégories de contrats proposés au public »¹²⁷⁰.

¹²⁶⁵ A propos desquels, voir l'introduction de la présente thèse.

¹²⁶⁶ R. MORADINEJAD, « Rapport de pré lecture de la présente thèse », p. 8.

¹²⁶⁷ R. MORADINEJAD, « Rapport de pré lecture de la présente thèse », p. 9. Question à laquelle, seul un retour d'expérience de l'application de la réglementation permettra de répondre avec exactitude. Ce qui est sûr, l'application actuelle de la réglementation en matière d'assurance obligatoire donne bon espoir.

¹²⁶⁸ RGAT 1983.

¹²⁶⁹ F. CHAPUISAT, « La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard de l'exclusion de garantie », *op.*

cit.

¹²⁷⁰ *Id* (nos italiques).

Ensuite par la Commission des clauses abusives qui, dans son rapport annuel d'activité pour l'année 1985¹²⁷¹, a à propos de la recommandation n°85-04 concernant les contrats d'assurance « multirisques – habitation »¹²⁷² suggéré des mesures pour contrer « les restrictions abusives de garantie »¹²⁷³. « Outre la disparition de ces clauses floues » et la « normalisation de la terminologie », la commission propose une « constitution pour chaque branche de l'assurance d'une *liste unique et intégrale des exclusions et des limitations de garantie et des franchises* »¹²⁷⁴. Si la fixation légale de la garantie de base obligatoire et des exclusions autorisées interdit toute restriction de ladite garantie, elle n'interdit aucunement son extension conventionnelle. Et cette fixation légale doit impérativement se faire en conformité des règles et principes régissant la technique et le fonctionnement de l'assurance, à savoir le caractère aléatoire du risque, la mutualité et la proportion de la prime ou cotisation au risque couvert. Enfin, cette liste limitative des exclusions autorisées ne serait qu'un renforcement de l'obligation pour l'assureur « d'indiquer d'une façon précise ce qu'il veut exclure de sa police, afin que l'assuré connaisse quelle protection il obtient pour la prime qu'il est appelé à déboursier »¹²⁷⁵.

¹²⁷¹ BOCCRF du 7/11/86.

¹²⁷² BOCCRF, 6 décembre 1985 ; RGAT 1985, p. 9 ; comm. J. BIGOT, RGAT 1986, p. 9.

¹²⁷³ Qui « présentent plusieurs formes :

- Tantôt les 'termes principaux du contrat' sont définis de manière à exclure indirectement nombre de risques.
- Tantôt sont expressément prévues des limitations de garantie excessives : par exemple, remboursement de bijoux en métal précieux sur la base de la valeur du métal brut (voir liste de ces limitations de garantie en I-17);
- Tantôt l'assureur joue sur l'ambiguïté du terme 'valeur à neuf' » : (rapport annuel d'activité de la Commission des clauses abusives pour l'année 1985).

¹²⁷⁴ *Id* (nos italiques).

¹²⁷⁵ *Madill c. Lacoste (Succession de)*, (C.A., 1988-02-17), SOQUIJ AZ-88011362, C.A.P. 88C-168, [1988] R.R.A. 421. et *Bissonnette c. Venturelli*, (C.S., 2008-10-17), 2008 QCCS 5012, SOQUIJ AZ-50518351, J.E. 2008-2251, [2008] R.R.A. 1043, EYB 2008-150506.

370. Pour mettre donc en œuvre ce contrôle accru généralisé parla fixation légale « d'une garantie de base, dont le contenu minimal est fixé d'avance, par voie autoritaire »¹²⁷⁶ et l'énumération dans « une liste limitative des exclusions valables dans chaque type d'assurance, comme on le fait dans les textes concernant les assurances obligatoires »¹²⁷⁷, « on pourrait utiliser la technique des clauses-types imposée aux assureurs qui sont en charge de proposer les contrats au public, afin que chacun sache exactement ce à quoi il a droit en matière de garantie et ce qu'il faudra prouver pour pouvoir en bénéficier »¹²⁷⁸. Pour ce faire, il est possible de réadapter le support des polices-types à partir duquel sont conclus la quasi-intégralité des polices d'assurances¹²⁷⁹ pour y insérer deux nouvelles clauses-types obligatoires (qui peuvent être imposées par le législateur ou l'autorité administrative¹²⁸⁰), l'une fixant la garantie de base, l'autre énumérant les exclusions autorisées.

¹²⁷⁶ G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 142 (nos italiques).

¹²⁷⁷ F. CHAPUISAT, « La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard de l'exclusion de garantie », *op. cit.*

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ V. en ce sens, A. VIALARD, « Contrat-type et clauses manuscrites – Petit voyage dans le passé comme démonstration de la relativité restreinte », in *Études offertes* à H. GROUDEL, LexisNexis-Litec, 2006, p. 469 et s.

¹²⁸⁰ Art. L114-4, C. assur.

Ce support réadapté des polices-types peut prendre la forme suivante¹²⁸¹ :

Assurance.....

Garantie de base

Ce qui est garanti

- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....

Xxxxx.....

Exclusion de garantie

Liste des exclusions autorisées

- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....

Les exclusions prévues

(ce qui n'est pas garanti)

- Xxxxx.....

- Xxxxx.....
- Xxxxx.....
- Xxxxx.....

¹²⁸¹ Elle s'inspire du format du document d'information normalisé sur le produit d'assurance dont le modèle a été annexé au règlement d'exécution de la Directive européenne 2016/97 du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances. Transposée en France et cette Directive qui vise à renforcer la protection des consommateurs assurés est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018. Outre les informations générales sur l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire (art. L521-2, II, 2^o et L521-3 C. assur.), la Directive exige d'obtenir « auprès du souscripteur éventuel ou de l'adhérent éventuel, les exigences et les besoins de celui-ci et lui fournit des informations objectives sur le produit d'assurance proposé sous une forme compréhensible, exacte et non trompeuse afin de lui permettre de prendre une décision en toute connaissance de cause. Le distributeur conseille un contrat qui est cohérent avec les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ou de l'adhérent éventuel et précise les raisons qui motivent ce conseil » : (art. L521-4 al. 1 et 2, C. assur.) mais aussi que : « avant la conclusion d'un contrat d'assurance portant sur un risque non-vie, le distributeur fournit au souscripteur ou à l'adhérent un document d'information normalisé sur le produit d'assurance élaboré par le concepteur du produit, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État » : (art. L112-2 al. 4, C. assur.).

« Doivent donc disparaître les conditions générales et les conditions particulières avec leurs chevauchements sibyllins et leurs exclusions réciproques impénétrables »¹²⁸². Et tout contrat d'assurance sera réputé contenir de telles clauses nonobstant toute disposition contraire¹²⁸³. Et par conséquent, toute disposition contractuelle qui contredirait une de ces clauses-types doit très logiquement être réputée non écrite¹²⁸⁴ lorsqu'elle accorde à l'assuré moins de droits que ceux légalement prévus en réduisant la garantie de base ou en prévoyant des exclusions autres que celles légalement autorisées. Ce qui permettra le maintien du contrat avec la ou les clauses-types légalement exigées en lieu et place de la disposition contractuelle réputée non écrite et ce, conformément à la position très classique de la jurisprudence¹²⁸⁵.

371. Il s'agit donc de généraliser la pratique très répandue des contrats-types (contrats dont toutes les clauses, ou presque, sont standardisées) avec ces deux nouvelles clauses-types obligatoires à insérer dans chacune des catégories de police d'assurance¹²⁸⁶. A ce propos, la commission de clauses abusives ne s'est pas simplement contentée dans sa recommandation sur l'assurance multirisque-habitation précitée, de proposer « *une liste unique des exclusions et des limitations de garantie et des franchises et une normalisation de la terminologie* », pour arriver au but poursuivi (bien informer l'assuré), il suggère aussi la façon de communiquer efficacement ces informations. A savoir, « généraliser la pratique déjà assez répandue des *tableaux récapitulatifs des garanties, présentés autant que possible sur une seule page, et indiquant en trois colonnes la nature des garanties, leurs montants et les franchises* »¹²⁸⁷.

¹²⁸² Rapport annuel d'activité de la Commission des clauses abusives pour l'année 1985.

¹²⁸³ Comme c'est par exemple le cas de la garantie obligatoire des risques de catastrophes naturelles en Droit français (art. L125-3, C. assur.).

¹²⁸⁴ Cass. 1^{re} civ. 25 oct. 1989, *RGAT* 1990.351 ; CA Lyon 22 oct. 1987, *RGAT* 1988.58.

¹²⁸⁵ Cass. 1^{re} civ. 14 nov. 1979, *RGAT* 1980.353.

¹²⁸⁶ La différence entre contrats-types et clauses-types est que dans le premier cas, toutes les clauses du contrat, ou presque, sont standardisées, alors que dans le second cas, seules quelques clauses sont standardisées et qu'on qualifie de ce fait de clauses-types.

¹²⁸⁷ Voir considérant de la commission des clauses abusives à propos de la recommandation n°85-04 sur l'assurance multirisques-habitation, *op. cit.*, note 1181 (nos italiques) et n° 3 du III.- portant sur les règles de présentation matérielle des contrats.

Mais aussi de faire suivre la définition normalisée des risques, de deux listes, à savoir « *une liste unique d'exclusions* formulées en caractères très apparents et regroupant tous les cas dans lesquels la garantie est écartée ; et *une liste unique des limitations de garantie et des franchises* »¹²⁸⁸. Une proposition qui s'inscrit donc dans cette idée de contrats-types. Etablis « sous contrôle des autorités publiques »¹²⁸⁹, ces contrats-types que proposent les assureurs en fonction de la catégorie du risque et des besoins du souscripteur ne seront que sensiblement modifiés pour être conforme à la nouvelle réglementation qui sera adoptée. En outre, ce « recours aux contrats-types satisfait pleinement au besoin de rapidité dans la vie des affaires »¹²⁹⁰. « Ce besoin de rapidité (et d'ailleurs d'uniformisation des contrats de masse) est l'explication majeure du développement phénoménal de ces contrats-types dans la société contemporaine »¹²⁹¹. A titre d'illustration, contrairement aux autres domaines, en matière d'assurance-construction seules trois séries d'exclusions sont autorisées par le législateur français, à savoir la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ; la cause étrangère ; et les effets du défaut d'entretien, de l'usage ou l'usure normal de l'immeuble. Il en est de même en assurance automobile, les exclusions de garantie sont limitativement énumérées par la loi¹²⁹².

372. La généralisation de ces deux clauses-types de fixation de la garantie de base et d'énumération des exclusions autorisées dans chaque police d'assurance ne produira pleinement l'effet espéré (mettre fin au débat suscité par la délicate distinction entre l'exclusion de garantie et notions voisines et atténuer les difficultés qui en résultent en droit français) que si ces clauses-types sont rédigées sans ambiguïté et dans des termes particulièrement clairs et précis. Pour ce faire, il faudra une description détaillée du risque couvert (la garantie de base et éventuellement la garantie supplémentaire contractuellement accordée) assorti de la liste des exclusions prévues. Mais comme toute œuvre humaine, les normes législatives ou réglementaires ne sont pas à l'abri de toute ambiguïté.

¹²⁸⁸ Considérant, *op. cit.*, et n° 4.2 du III.- portant sur les règles de présentation matérielle des contrats.

¹²⁸⁹ A. VIALARD, *op. cit.*, p. 469.

¹²⁹⁰ *Id.*, 474.

¹²⁹¹ TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 6^e éd., p. 162, n° 194 (cité par A. VIALARD, *op. cit.*, p. 475, à la note 24.

¹²⁹² Art. R211-10 et R211-11, C. assur.

Ce qui peut nécessiter une intervention du juge pour interpréter toute clause-type qui serait ambiguë, une interprétation qui, en matière d'assurance se fait généralement en faveur de l'assuré. Même si en raison de l'objet de la clause type qui est « d'uniformiser les contrats qui doivent la contenir, sont théoriquement écartés tous les problèmes d'interprétation de clauses [(excepté le cas d'extension de garantie)] qui, bien qu'ayant le même objet, sont rédigées dans des termes différents »¹²⁹³. Cependant, si l'ambiguïté concerne la clause-type énumérant les exclusions autorisées, en droit français on appliquera simplement la jurisprudence désormais clairement établie, selon laquelle « n'est pas formelle et limitée » conformément aux exigences de l'article L113-1 du Code des assurances, toute clause d'exclusion qui nécessite une interprétation¹²⁹⁴. Ce qui aura pour conséquence de frapper de nullité toute la clause-type énumérant les exclusions autorisées qui serait ambiguë.

373. Ainsi, la Cour de cassation a, à propos de l'assurance obligatoire de responsabilité décennale des constructeurs, qualifié de non formelle et limitée en sens de l'article L113-1 précité, la clause-type d'exclusion des phénomènes naturels présentant un caractère catastrophique « tels que » tremblements de terre¹²⁹⁵. Et elle admet le caractère formel et limité d'une clause-type d'un contrat d'assurance garantissant la responsabilité d'un entrepreneur et selon laquelle : « l'assuré est déchu de tout droit à garantie en cas d'inobservation volontaire ou inexcusable par lui des règles de l'art, telles qu'elles sont définies par les réglementations en vigueur, les documents techniques unifiés ou les normes établis par les organismes compétents à caractère officiel ou dans le marché de travaux concerné »¹²⁹⁶. Pour la Cour, la clause litigieuse de cette police ne fait que « reproduire les termes de la clause-type libellée dans l'annexe I à l'article A241-1 du Code des assurances, termes qui sont suffisamment formels et limités pour que l'assuré puisse en comprendre la portée »¹²⁹⁷.

¹²⁹³ J. KULLMANN, « Technique juridique des assurances obligatoires », *op. cit.*, p. 82.

¹²⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2001, n° 99-10849, *RGDA* 2001, p. 944, note J. KULLMANN ; H. GROUDEL, « Feu interprétation des clauses d'exclusion », *RCA* 2001, chron. n° 19.

¹²⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 1989, n° 87-18391, *RGAT* 1990, p. 351, note A. D'HAUTEVILLE.

¹²⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1985, n° 84-11633, *RGAT* 1985, p. 546, note A. D'HAUTEVILLE. Voir également en ce sens Cass. 3^e civ., 6 mai 1998, n° 96-15120, *RGDA* 1998, p. 742, note A. D'HAUTEVILLE.

¹²⁹⁷ *Id.*

374. La même solution frappant de nullité les clauses-types ambiguës énumérant les exclusions autorisées aurait également due s'appliquer en droit québécois, car les caractères « exprès et limitatif » légalement exigés pour la validité des clauses d'exclusion de garantie¹²⁹⁸, ne semblent pas respectés en cas d'ambiguïté de la clause. Ce qui aurait dû entraîner la nullité de toute clause-type ambiguë. Mais contrairement à la jurisprudence française rappelée ci-dessus, en droit québécois les clauses d'exclusions ambiguës et donc nécessitant une interprétation, ne sont pas systématiquement frappées de nullité pour non-respect de l'exigence légale de stipuler expressément et limitativement les clauses d'exclusion de garantie dans le contrat¹²⁹⁹. La clause-type énumérant les exclusions autorisées qui serait ambiguë, peut faire objet d'interprétation en droit québécois, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*¹³⁰⁰ où elle interprète la clause-type d'exclusion concernant les malfaçons que l'on retrouve dans l'assurance chantiers. Au paragraphe 95 de l'arrêt on peut lire :

Comme je l'ai expliqué plus tôt, le libellé de la clause d'exclusion [selon laquelle : « La présente police ne couvre pas : [...] b) Les frais engagés pour remédier à une malfaçon, des matériaux de construction défectueux ou une conception défailante, à moins qu'il n'en découle des dommages matériels non autrement exclus par la présente police, auquel cas la présente police couvre ces dommages. »], lu à la lumière de l'ensemble de la police, ne fournit pas de réponse claire à la question qui nous a été soumise. Cela dit, les attentes raisonnables des parties, lesquelles reposent en grande partie sur l'objectif des polices d'assurance chantier, donnent à penser que l'exclusion fondée sur la malfaçon sert à soustraire à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail déficient. Cette interprétation s'accorde avec la réalité commerciale en plus d'être compatible avec la jurisprudence. [...] ¹³⁰¹.

¹²⁹⁸ Art. 2464, C.c.Q. (1991, c. 64).

¹²⁹⁹ *Id.*

¹³⁰⁰ 2016 CSC 37 (CanLII), [2016] 2 RCS 23. Voir également en ce sens *Aviva, compagnie d'assurances du Canada c. Henry Company Canada Inc.*, 2016 QCCS 4891 (CanLII).

¹³⁰¹ *Id.*

A cette interprétation selon l'attente raisonnable des parties dont il est question dans cet arrêt ou l'interprétation selon la théorie jurisprudentielle « des attentes légitimes » de l'assuré¹³⁰² qui est toujours d'actualité en droit québécois¹³⁰³, s'ajoute l'article 1432 du Code civil du Québec qui dispose que : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur ». C'est la règle d'interprétation « *contra proferentem* » dont il s'agit dans cette disposition légale. Une disposition à propos de laquelle une auteure souligne que, bien que le mot doute utilisé par le législateur « semble suggérer à première vue qu'il faille se référer au doute « subjectif » de l'assuré, il est plus probable que les tribunaux continuent d'y voir un critère objectif, cette disposition s'appliquant à tous les contrats et pas seulement au contrat d'assurance. D'autant que l'article 1019 C.c.B.-C. qui comprenait aussi l'expression « dans le doute », a été interprété en exigeant une ambiguïté. Néanmoins, que l'on parle de « doute » ou « d'ambiguïté », il n'en demeure pas moins que la vulnérabilité d'un assureur face à la règle d'interprétation « *contra proferentem* » pourra être amoindrie dans la mesure où l'assureur renseignera l'assuré avec diligence quant à l'étendue de la couverture dès les premiers instants de leur relation contractuelle en devenir »¹³⁰⁴. Mais outre ces mécanismes d'interprétation, le droit québécois donne également la possibilité de frapper de nullité la clause ambiguë. En effet, d'après l'article 1436 du Code civil du Québec, « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent ».

¹³⁰² C. BELLEAU, « L'interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l'assuré » (1992), *Assurance* 79, p. 85.

¹³⁰³ *Promutuel du Lac au Fjord, société mutuelle d'assurances générales c. Royal et Sun Alliance du Canada, société d'assurances*, 2013 QCCA 2014, par. 7 ; *Excellence (L'), compagnie d'assurance vie c. Desjardins*, 2005 QCCA 1035 ; *Sirois-Halléc. Bélair Cie d'assurances générales*, 2004 CanLII 39116(QC CA) ; *Larrivée c. SSQ Mutuelle d'assurance groupe*, 2000 CanLII 10180 (QC CA) ; *Société d'entraide et d'établissement du Québec Inc. Assurances Dumas & associés Inc.*, 1998 CanLII 12768 (QC CA) ; *Mealec. Zurich compagnie d'assurance*, 1998 CanLII 12767 (QC CA) ; *FirstcliffDevelopment Inc.c. Les Coopérants, société mutuelle d'assurance-vie*, 1993 CanLII 4036 (QC CA) ; *London life compagnie d'assurance-vie c. Berthiaume*, 1992 CanLII 2922 (QC CA).

¹³⁰⁴ S. CÔTÉ, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *op. cit.*, p. 29.

Certains craignent que cette disposition ne soit un moyen « permettant à l'assuré d'invoquer à outrance la moindre incompréhension des termes du contrat pour s'en défilier »¹³⁰⁵. C'est ainsi qu'on peut lire :

L'approche consumériste du code civil du Québec et la tendance analogue des tribunaux depuis quelques années ne sont pas de bon augure pour les assureurs. « Dans ce contexte, comment l'assureur peut-il se protéger ? Probablement en expliquant à chaque assuré la police de façon adéquate. Mais comment déterminer ce qui constitue des explications adéquates ? Et l'assureur est-il sensé distinguer la clause incompréhensible de l'assureur raisonnable de celle qui est claire et intelligible ? N'est-ce pas ici le champ de prédilection pour que l'obligation de l'assuré de lire sa police reprenne un rôle dynamique ? En effet, l'assuré raisonnable n'aurait-il pas dû poser des questions et indiquer les clauses qui lui sont incompréhensibles afin que l'assureur puisse lui fournir des explications adéquates ? Au surplus, comment l'assuré qui n'a pas lu sa police et n'a pas demandé d'explication pourrait-il après le fait, se plaindre qu'il ne comprend pas la clause et qu'on ne la lui a pas expliquée ? Car de deux choses l'une.

Ou bien l'assuré n'a jamais lu la police lors de la formation du contrat ou préalablement au sinistre, et alors on ne voit pas comment il pourrait soutenir avoir été induit en erreur par une clause « incompréhensible ». Ou bien il l'a lu et sa négligence à demander des explications constitue une fin de non-recevoir à son droit d'invoquer ultérieurement le caractère incompréhensible d'une clause. Il nous paraît donc que l'assuré devrait lire sa police et demander à l'assureur les explications pertinentes en cas de doute. Pouvons-nous espérer que l'article 1436 C.c.Q. soit interprété en respect de ces principes ? Une décision bien que rendue sous le régime de l'ancien code¹³⁰⁶, permet de croire qu'il ne faudrait pécher par excès d'optimisme en la matière¹³⁰⁷.

Les droits français et québécois regorgent donc de mécanismes très efficaces pour faire face à l'éventuelle ambiguïté des clauses-types fixant la garantie de base et les exclusions de garantie autorisées.

¹³⁰⁵ R. MOREAU, « *Le projet de réforme du code civil et l'assurance : critique de certaines dispositions* » (1991) assurance 211 à la p. 221 ; O. JOBIN-LABERGE et L. PLAMONDON, « *Les assurances et les rentes* » dans *la réforme du code civil*, Québec, P.U.L. 1993, p. 1093, aux n° 26 à 29., cité dans S. CÔTÉ, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *op. cit.*, p. 26.

¹³⁰⁶ *Téléson Électrique Inc. c. Seymour Alpec Inc.* (1991) R.R.A. 63 (C.S.).

¹³⁰⁷ S.CÔTÉ, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *op. cit.*, p. 26.

375. Ce mécanisme de clauses-types fixant une garantie de base et énumérant les exclusions autorisées dans toute police d'assurance, a amplement le mérite d'être exploré parmi les perspectives de solutions à envisager face au délicat problème notionnel de l'exclusion de garantie en matière d'assurance. La mise en place de ce mécanisme nécessite cependant une intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire qui, prendra nécessairement du temps. Toutefois, deux éléments risquent de rendre difficile l'acceptabilité de cette proposition en droit québécois. Le premier élément est une différence d'approche entre le législateur français et son homologue québécois qui se manifeste par le fait que, à la différence du premier (le législateur français), le second (le législateur québécois) n'a pas opté pour l'instauration d'une liste de clauses dans la lutte contre les clauses abusives. Le second élément est que : si la délicate distinction entre l'exclusion de garantie et les notions voisines est source de difficultés pratiques en droit français (incertitude et confusion jurisprudentielle), ce n'est pas le cas en droit québécois. Mais malgré sa difficile acceptabilité en droit québécois, cette proposition concerne aussi bien le droit français que le droit québécois. Il est également possible de se tourner vers d'autres mécanismes simples à mettre en œuvre et qui ont montré leur efficacité dans la résolution des litiges, notamment ceux pouvant résulter de la problématique d'exclusion de garantie entre assureur et assuré. Il en est ainsi du mécanisme de règlement extrajudiciaire des litiges.

§ 2 – RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES LITIGES

376. Dans le cadre de la présente étude comparative, pour démontrer en quoi le règlement extrajudiciaire des litiges avec ses différents modes que sont la conciliation, la transaction, la médiation¹³⁰⁸ ou l'arbitrage, constitue un outil pouvant permettre de faire face aux difficultés, notamment notionnelles, qui entourent la problématique de l'exclusion de garantie, il est nécessaire et voire même indispensable d'essayer d'abord de comprendre pourquoi le houleux débat doctrinal et la confusion jurisprudentielle qui résultent de cette problématique en droit français, n'existent pratiquement pas en droit québécois. Pourquoi les difficultés que la délicate distinction entre l'exclusion et les notions voisines engendre en droit français ne se retrouvent pas en droit québécois ? Répondre à cette question est un peu délicat, car théoriquement l'enjeu de la distinction est le même en droit français qu'en droit québécois.

¹³⁰⁸ D'après l'article L112-2 alinéa 2 du Code des assurances, le recours au processus de médiation dans le traitement des réclamations que l'assuré peut formuler au sujet du contrat, est une des informations que l'assureur doit communiquer avant la conclusion du contrat.

En effet, en raison de ses conditions de validité très contraignantes, le régime juridique de l'exclusion de garantie est plus favorable aux assurés. Si pour être valables la clause d'exclusion de garantie doit être « contenue dans la police [de façon] formelle et limitée »¹³⁰⁹ ou être « expressément et limitativement stipulée dans le contrat »¹³¹⁰, mais aussi, pour ce qui est du droit français, être mentionnée en caractères très apparents¹³¹¹, la condition de garantie n'est quant à elle soumise à aucune de ces conditions. A cela il faut aussi ajouter le fait que, s'il appartient à l'assureur de démontrer la réunion des conditions de fait de l'exclusion de garantie qu'il invoque¹³¹², c'est à l'assuré ou plus précisément au bénéficiaire qui réclame le bénéfice du contrat d'assurance qu'il revient d'établir que les conditions de la garantie sont réunies¹³¹³. Lorsqu'arrive donc le moment de vérifier la validité ou non d'une clause du contrat d'assurance, il est tout à fait intéressant pour l'assuré ou le bénéficiaire que ladite clause soit qualifiée d'exclusion de garantie plutôt que de condition, car dans ce cas la clause ne sera pas valable si elle ne remplit pas les conditions rappelées ci-dessus. Et inversement, il est plus intéressant pour l'assureur qu'elle soit qualifiée de condition de garantie qui a un régime est moins contraignant, plutôt que d'être qualifiée d'exclusion de garantie qui a un régime très contraignant. C'est cette différence de régime juridique entre exclusion et condition de garantie qui justifie la nécessité et l'intérêt de leur distinction. D'où la suggestion d'un alignement de leur régime juridique par le professeur Durry.

377. Il est donc étonnant de constater malgré le fait que sur le plan théorique l'enjeu de la distinction entre exclusion et condition de garantie soit le même en droit français qu'en droit québécois, sur le plan pratique seul le premier est gangrené par un houleux débat doctrinal et une confusion jurisprudentielle sur la question.

¹³⁰⁹ Art. L113-1 al. 1, C. assur.

¹³¹⁰ Art. 2464 al. 1, C.c.Q.

¹³¹¹ Art. L112-4, C. assur.

¹³¹² *Allianz Canada (Compagnie Canadian Surety) c. Entreprises Bon Conseil Inc.*, (C.A., 2008-05-13), 2008 QCCA 920, SOQUIJ AZ-50492472, J.E. 2008-1092, [2008] R.R.A. 337, EYB 2008-133424 ; *Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie c. Savary-Aubin*, (C.S. Can., 1979-05-31), SOQUIJ AZ-79111101, [1979] 2 R.C.S. 298 ; Civ. 2^e, 29 mars 2018, n^o 17-21.708 : RCA 2018, n^o 207 ; RGDA 2018. 315, note Asselain ; Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1999 : RCA 1999, n^o 160 ; 27 oct. 1981, n^o 80-15.076 P : D. 1983. IR 217, obs. Berr et Groutel ; 22 oct. 1980, n^o 79-15.003 P : RDI 1981. 523, obs. DURRY ; RGAT 1981. 51, note BESSON ; 15 oct. 1980, n^o 79-17.075 P : RDI 1981. 523, obs. DURRY ; RGAT 1981. 51, note BESSON.

¹³¹³ *9109-2916 Québec Inc. (Del-Cor (A & R)) c. L'Unioncanadienne, compagnie d'assurances*, (C.S., 2018-01-19), 2018 QCCS 435, SOQUIJ AZ-51467083, 2018EXP-627, EYB 2018-290350 ; *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*, (C.A., 2006-06-28), 2006 QCCA 887, SOQUIJ AZ-50380301, J.E. 2006-1358, [2006] R.R.A. 556, EYB 2006-107158 ; Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1992, n^o 90-19.483P : RCA 1992, n^o 432 ; Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 1989, n^o 86-19.154.

Est-ce parce que l'exclusion et condition de garantie sont tenues pour synonymes en droit québécois comme le faisait une doctrine classique du droit français¹³¹⁴ ? Pas si sûr, d'autant qu'il a été rappelé ci-dessus que l'enjeu de la distinction entre les deux notions (différence de régime juridique : conditions de validité contraignantes pour la clause d'exclusion de garantie, mais pas pour la condition ; et charge de la preuve incombant à l'assureur pour l'exclusion, mais à l'assuré pour la condition) est le même sur le plan théorique et ce, aussi bien en droit français qu'en droit québécois. Sans oublier le fait que, non seulement les arrêts des 15 et 22 octobre 1980 imposant la charge de la preuve de l'exclusion à l'assureur¹³¹⁵ et qui seraient révélateur du problème de la distinction entre exclusion et condition de la garantie¹³¹⁶ ont leur équivalent en droit québécois¹³¹⁷, mais aussi et surtout la protection des assurés contre les exclusions est une tendance que les juges français et québécois ont en commun depuis très longtemps¹³¹⁸.

378. A défaut donc d'une explication toute faite à donner à cette situation, il est possible de penser que, si malgré le fait que le problème de l'exclusion de garantie soit au cœur des litiges opposant assureurs et assurés, les juges québécois, à la différence de leurs homologues français, sont peu ou pas confrontés à des litiges liés à cette question particulière de la distinction entre exclusion et condition de garantie, c'est peut-être parce que, même si « dans l'immense majorité des cas, le règlement du sinistre s'effectue de manière amiable ; [...] ; *les pays anglo-saxons semblent, plus que la France, avoir recours à des systèmes intermédiaires de conciliation, de transaction, de médiation ou d'arbitrage qui constituent des modes de règlement non contentieux* »¹³¹⁹.

¹³¹⁴ En ce sens G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, pp. 129-130 et 142. En se référant au classique *Traité* de M. PICARD et A. BESSON, la dernière édition de 1982 en particulier, le Professeur DURRY arrive à la conclusion que « dans l'esprit de ces deux auteurs, exclusions et conditions de garantie sont synonymes, [...]. Donc, classiquement, condition de la garantie ou exclusion, c'était tout un [...] ».

¹³¹⁵ RGAT 1981, 91, obs. A. B ; JCP 1981, II, 19611, note BIGOT.

¹³¹⁶ G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 130.

¹³¹⁷ *Allianz Canada (Compagnie Canadian Surety) c. Entreprises Bon Conseil Inc.*, (C.A., 2008-05-13), 2008 QCCA 920, SOQUIJ AZ-50492472, J.E. 2008-1092, [2008] R.R.A. 337, EYB 2008-133424 ; *Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie c. Savary-Aubin*, (C.S. Can., 1979-05-31), SOQUIJ AZ-79111101, [1979] 2 R.C.S. 298.

¹³¹⁸ Il suffit de consulter la jurisprudence québécoise qui se rapporte à la question de l'exclusion de garantie pour s'en convaincre.

¹³¹⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE ET L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, note 3, n° 553, p. 402.

Ainsi, en privilégiant ces modes de règlement non contentieux dans le traitement des réclamations qui leur sont adressées et l'efficacité dont ils font vraisemblablement preuve en la matière¹³²⁰, les assureurs québécois se retrouvent finalement peu devant la justice. Ce qui par conséquent leur évite ce besoin et réflexe systématiques d'invoquer comme moyen de défense des clauses du contrat pouvant selon « l'humeur des juges »¹³²¹, être qualifiées de condition, engagement formel¹³²² ou d'exclusion de garantie. Alors que les assureurs français qui ont moins recours à ces modes de règlement non contentieux ou qui sont peu efficaces dans leur conduite et mise en œuvre, se retrouvent de ce fait le plus souvent devant la justice avec ce réflexe systématique de faire tout leur possible, notamment l'invocation de clauses susceptibles de les décharger de leur obligation de règlement. Dès lors, outre les efforts de clarté dont les assureurs français doivent continuer à faire preuve dans la rédaction des polices d'assurance, en s'inspirant de leurs homologues québécois pour recourir davantage aux modes de règlement non contentieux des réclamations avec une volonté d'octroyer des indemnités plus attractives et donc susceptibles d'être acceptées par les bénéficiaires, la confusion jurisprudentielle et le houleux débat doctrinal sur la distinction entre exclusion et condition de garantie susciteront bientôt peu d'intérêt pratique et finiront par être un lointain souvenir parmi les problèmes du droit français des assurances. D'autant que même en droit français cette distinction ne paraissait pas se poser avant de susciter tout d'un coup des développements, d'abord jurisprudentiels et ensuite doctrinaux¹³²³.

¹³²⁰ Si au Québec les procès sont rares sur la question, c'est parce que la voie du traitement non contentieux que privilégient les assureurs fonctionne bien, et si elle fonctionne bien, c'est sans doute parce que les assureurs font preuve d'efficacité en la matière. En effet, il ne suffit pas de privilégier cette voie du traitement non contentieux des réclamations, il faut aussi avoir le sens du compromis de façon à faire des offres d'indemnisations attractives et donc susceptibles d'être acceptées par les bénéficiaires.

¹³²¹ Pour reprendre le terme employé par le professeur BIGOT.

¹³²² En référence à la jurisprudence *Équitable (L'), compagnie d'assurances générales c. Entreprises Éramelle Inc.*, *op. cit.*, note 54.

¹³²³ En ce sens G. DURRY, *op. cit.*, note 1182, p. 129.

Il faut cependant préciser que ce recours au règlement extrajudiciaire ne vise non pas à faire disparaître l'éventuelle ambiguïté d'une clause comme peuvent le penser certains¹³²⁴. L'objectif est de mettre simplement le dialogue et le compromis au cœur de la résolution des litiges opposants assureurs et assurés pour ainsi éviter le plus possible de se retrouver devant la justice classique avec ce réflexe systématiques des assureurs d'invoquer comme moyen de défense des clauses du contrat pouvant selon « l'humeur des juges »¹³²⁵, être qualifiées de condition, engagement formel¹³²⁶ ou d'exclusion de garantie. Autrement dit, si on parvient le plus possible à résoudre par le dialogue et le compromis les litiges opposants assureurs et assurés, seront alors atténuées les effets (incertitude et confusion jurisprudentielle, et *in fine* l'insécurité juridique) qu'engendre la délicate distinction entre l'exclusion de garantie et les notions voisines.

379. Il en est de même pour la distinction entre l'exclusion et la clause définissant le risque couvert. La question est toujours de savoir comment expliquer que les difficultés qu'engendre la distinction de ces deux notions en droit français avec une jurisprudence encore hésitante¹³²⁷ ne se rencontrent tout simplement pas en droit québécois et ce, que ce soit en doctrine ou en jurisprudence ? Pourquoi malgré le grand enjeu que cette distinction représente à la fois en droit français et en droit québécois (différence de régime juridique : conditions de validité contraignantes pour la clause d'exclusion de garantie, mais pas pour celle définissant le risque couvert et, charge de la preuve incombant à l'assureur pour l'exclusion, mais à l'assuré pour la définition du risque couvert ; le constat de la délicate distinction des deux notions sur le plan théorique¹³²⁸), seules les juridictions françaises sont aujourd'hui encore confrontées à des litiges liés à cette problématique ? Faute de réponse officielle à cette autre question, les explications données à la précédente interrogation sont tout à fait transposables à ce niveau aussi. A savoir le recours aux modes de règlement non contentieux et l'efficacité dont font davantage preuve les assureurs québécois dans le traitement des réclamations d'assurance qui leur sont adressées.

¹³²⁴ R. MORADINEJAD, « Rapport de pré lecture de la présente thèse », p. 9.

¹³²⁵ Pour reprendre le terme employé par le professeur BIGOT.

¹³²⁶ En référence à la jurisprudence *Équitable (L'), compagnie d'assurances générales c. Entreprises ÉramelleInc.*, *op. cit.*, note 54.

¹³²⁷ Les dommages non accidentels sont parfois qualifiés d'exclusion indirecte (Cass. 1^{re} civ. 15 juin 2000, n° 98-21502, *RCA* 2000, comm. 311, note H. GROUDEL ; Cass. 1^{re} civ. 12 mars 1991, n° 88-12441 : *Bull. civ. I*, n° 87 ; *RGAT* 1991, p. 633, note R. BOUT) et parfois comme condition de la garantie (Cass. 2^e civ. 22 oct. 2009, n° 08-19565, préc. ; Cass. 1^{re} civ. 7 juill. 1998, n° 96-15984 : *Bull. civ. I*, n° 236 ; *RGDA* 1998, p. 753.

¹³²⁸ *Supra*, n° 276 et s.

Si cette explication s'avère exacte, il faudra s'en inspirer pour faire face aux difficultés notionnelles de l'exclusion de garantie et les fâcheuses conséquences juridiques qu'elles engendrent en droit français. Toutefois, il ne suffit pas de recourir à ces modes de règlement extrajudiciaire des litiges que la directive du 21 mai 2013¹³²⁹ impose d'ailleurs dans tous les secteurs de la consommation, mais surtout d'être très efficace dans leur conduite et mise en œuvre, de façon à parvenir au but poursuivi qui est la résolution définitive du litige sans passer par une juridiction. Pour ce faire, la bonne foi qui doit guider les parties contractantes et, l'assureur et l'assuré en particulier, doit être de mise. Les assurés doivent être justes et raisonnables et la « frilosité de la part de certains assureurs à délivrer la garantie due »¹³³⁰ doit cesser. A ce propos, après avoir fait état de cette frilosité dans son rapport de 2003, le médiateur de la Fédération Française des sociétés d'assurances (FFSA) le rappelait l'année suivante en constatant que *« les litiges où la mise en jeu d'une garantie de protection juridique, ou de défense recours a donné lieu à une saisine du médiateur, portent encore essentiellement sur la réticence de l'assureur à exercer une action pour le compte de son assuré »*¹³³¹. Et la réflexion d'ensemble dont étaient invités les professionnels a conduit à ceux adhérents à la FFSA a signé en juin 2005 « un engagement à caractère déontologique par lequel l'assureur de protection juridique s'engage, dans le cadre des garanties offertes par le contrat, à mettre en œuvre dans les meilleurs délais, les moyens amiables ou judiciaires permettant à l'assuré d'obtenir la solution la plus satisfaisante à son litige »¹³³². Mais un engagement, bien que déontologique, n'étant pas une loi, le législateur ne s'est pas contenté de cet engagement précité. C'est ainsi qu'il adopte la loi du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique¹³³³ dont l'article 2 complète l'article L127-3 du Code des assurances par une disposition impérative qui accorde désormais au seul assuré le pouvoir et « la liberté de choisir un avocat ou, s'il le préfère, une personne qualifiée pour l'assister, chaque fois que survient un conflit d'intérêt entre lui-même et l'assureur »¹³³⁴.

¹³²⁹ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC). Transposée en droit français (« titre V du livre 1^{er} du Code de la consommation) par : L'Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation ; la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (article 15) ; le décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation et le décret n° 2015-1607 du 7 décembre 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises.

¹³³⁰ Médiateur de la fédération Française des sociétés d'assurances, *Rapport annuel 2014/2015*, p. 8.

¹³³¹ *Id.*

¹³³² *Id.*

¹³³³ Loi n° 2007-210 du 19 février 2007.

¹³³⁴ Loi n°2007-210 du 19 février 2007 - art. 2 JORF 21 février 2007.

C'est pour intégrer cette disposition protectrice des intérêts de l'assuré que la nouvelle version de l'engagement précité, adoptée en 2011 « invite les assureurs à « *adopter un vocabulaire spécifique au contrat de protection juridique afin de répondre aux besoins de l'assuré en matière de transparence et de compréhension des garanties offertes* » ainsi qu'« à donner toutes informations utiles sur le contrat d'assurance à l'assuré »¹³³⁵.

380. Cet engagement à caractère déontologique dont le nombre ne cesse d'augmenter¹³³⁶, illustre l'effort et la volonté des professionnels d'assurances français de faire de ces modes de règlement amiable des litiges un succès. Mais malgré les avancées constatées, notamment en assurance de protection juridique, par le médiateur de la Fédération Française des sociétés d'assurances, tout laisse croire que le pari est loin d'être gagné quant à l'efficacité de ces moyens amiables dans la résolution des litiges, car est encore très élevé le nombre de litiges judiciaires portant sur la couverture d'assurance, et ceux liés au problème notionnel de l'exclusion de garantie qui gangrènent le droit français en particulier. Les assurés seraient les principaux responsables de cette situation en raison de leur réticence supposée de recourir à l'expertise amiable qui, est la clé du succès de ces modes de règlement non contentieux des litiges, notamment lorsque le litige porte sur une question technique et non purement juridique. En effet, dans son rapport annuel pour 2014/2015, le médiateur de la FFSA écrit : « si les assureurs ont rapidement compris l'intérêt d'y recourir [c'est-à-dire à l'expertise amiable] dans un souci d'efficacité mais aussi de transparence et de bonne foi, depuis quelque temps je fais le constat que la réticence vient désormais des assurés eux-mêmes. Alors qu'ils sont en désaccord avec les conclusions de l'expert de l'assureur, tout en maintenant leurs propres arguments, ils se refusent parfois à mettre en place une contre-expertise, souvent en raison de son coût »¹³³⁷. Toutefois, si c'est le coût de l'expertise qui dissuade les assurés d'y recourir, cela est tout à fait compréhensible dans la mesure où un sinistré qui sollicite la garantie de son assureur est déjà en difficulté financière dans la plupart des cas. Une attitude qui ne peut donc être assimilée à un refus de la part des assurés.

¹³³⁵ Médiateur de la Fédération Française des sociétés d'assurances, *Rapport annuel, op. cit.*, p. 8.

¹³³⁶ Pour le Recueil des engagements à caractère déontologique des membres de la Fédération Française de l'Assurance, voir : <https://www.ffa-assurance.fr/la-federation/publications/deontologie/recueil-des-engagements-caractere-deontologique-des> [consulté le 24/04/2020]

¹³³⁷ *Id.*, p. 11.

Il est cependant clair que le succès de ces modes de règlement amiable des litiges ne dépend pas que des seuls assureurs. Les assurés ont aussi leur part et doivent de bonne foi se prêter au jeu. A part ce problème de coût qui les dissuade et dont il faut résoudre¹³³⁸, ils n'ont aucun intérêt à être réticents au recours à l'expertise amiable en particulier et aux modes de règlement amiable des litiges en général.

¹³³⁸A ce propos, il arrive que des assureurs à travers une clause du contrat ou par simple geste commercial, proposent de rembourser une contre-expertise lorsque le résultat de celle-ci est favorable à l'assuré et contredit ainsi la première expertise.

CHAPITRE 2 – SOLUTION AUX DIFFICULTÉS DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

381. La solution aux difficultés du régime juridique de l'exclusion de garantie consistera à repenser le régime actuellement en vigueur dans les systèmes juridiques français et québécois pour mieux l'adapter aux règles et principes qui gouvernent la technique et le fonctionnement de l'assurance. Pour ce faire une réflexion sera menée sur la mise en place d'un régime juridique qui prendra en compte la situation réelle de l'assuré dont la protection est au cœur du régime juridique actuel. L'idée n'est absolument pas de supprimer le régime juridique actuellement en vigueur, mais simplement l'adapter à la situation réelle de l'assuré de façon à ne protéger ou n'accorder la protection particulière actuelle uniquement à ceux qui en ont réellement besoin. Cette adaptation du régime juridique de l'exclusion de garantie par la prise en compte de la situation réelle de l'assuré (section 1) s'inscrit non seulement dans l'esprit des textes qui établissent le régime actuel qui, ne visent qu'à protéger la partie faible du contrat d'assurance que ne sont pas tous les assurés. Mais elle permettra aussi et surtout de rétablir, d'une part, l'équité entre les différents assurés, et d'autre part, l'équilibre contractuelle entre assureurs et assurés (section 2).

SECTION 1 –ADAPTATION DU RÉGIME JURIDIQUE DE L’EXCLUSION À LA SITUATION RÉELLE DE L’ASSURÉ

382. De l’analyse du régime juridique de l’exclusion de garantie, a été constaté que les régimes actuellement en vigueur en droit français et droit québécois des assurances terrestres, sont des régimes protecteurs de l’assuré supposé partie faible du contrat d’assurance, et qui ont cette particularité d’être d’application générale sans prise en compte de la situation réelle des assurés qui ne se trouvent pourtant pas tous dans la même situation, notamment économique, selon qu’il s’agisse de l’assurance des grands risques ou de l’assurance des risques de masse. D’où la nécessité d’adapter ce régime juridique à la situation réelle des différents assurés de façon à réserver la protection particulière qu’il accorde aux seuls assurés qui le nécessitent. Cette adaptation du régime juridique de l’exclusion de garantie à la situation réelle de l’assuré peut se faire d’une part, par l’assouplissement du régime actuel pour « l’assurance des grands risques, qui ne requièrent pas une protection particulière [...] »¹³³⁹ (§1), et d’autre part, par le renforcement du régime actuel pour l’assurance des risques de masse, qui requièrent quant à eux, une protection particulière telle que celle consacrée ce régime actuel (§2).

§ 1 –ASSOUPPLISSEMENT DU RÉGIME ACTUEL POUR L’ASSURANCE DEGRANDS RISQUES

383. Dans l’assurance de grands risques souscrite par les professionnels qui ont les moyens des négociier pleinement leur contrat, il est tout à fait souhaitable et justifié d’assouplir le régime juridique de l’exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois. Un assouplissement qui consiste à supprimer les conditions très contraignantes et protectrices de l’assuré que les législateurs français et québécois exigent pour la validité des clauses d’exclusion de garantie à travers le régime juridique actuel (I). Quant à la preuve de l’exclusion de garantie, le régime actuel est tout à fait adapté et mérite donc d’être préservé même dans l’assurance des grands risques (II).

¹³³⁹ J. BIGOT, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 352, p. 167.

I – SUPPRESSION DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU RÉGIME ACTUEL

384. Dans son appréciation de la notion de « déséquilibre significatif » au détriment du consommateur qui permet d'apprécier le caractère abusif d'une clause, la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) prend justement en compte la situation dudit consommateur. Dans son arrêt du 14 mars 2014¹³⁴⁰ confirmé par un autre en janvier 2017¹³⁴¹, la Cour décide que cette notion « doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une *situation juridique* moins favorable [...]. De même, il apparaît pertinent, à ces fins, de procéder à un examen de la *situation juridique* dans laquelle se trouve ledit consommateur au vu des moyens dont il dispose, selon la réglementation nationale, pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives ». La CJUE ajoute que « l'existence d'un déséquilibre significatif ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la *situation juridique* dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales »¹³⁴².

¹³⁴⁰ CJUE 14 mars 2014, C 415/11, *Mohamed Aziz contre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragonai Manresa (Catalunyacaixa)*.

¹³⁴¹ CJUE 26 janv. 2017, C-421/14, *Banco Primus* (nos italiques).

¹³⁴² CJUE 16 janv. 2014, C-226/12, *Constructora Principado*.

385. Par ces décisions, la CJUE nous enseigne donc que l'évaluation des droits et obligations des parties contractantes qui permet d'apprécier le caractère abusif d'une clause et donc, le caractère équilibré ou non de la relation contractuelle, nécessite un examen de la situation réelle dans laquelle se trouve chacune des parties. Outre la situation juridique envisagée dans ces arrêts de la Cour, cet examen doit aussi porter sur la situation économique dans certains contrats comme le contrat d'assurance. D'où la nécessité de prendre en compte la situation réelle de l'assuré, qu'elle soit juridique (consommateur, non-professionnel ou professionnel) ou économique (souscripteur d'une assurance des grands risques ou d'une assurance des risques de masse) dans l'élaboration des règles aussi protectrices de l'assuré que ces conditions de validité de fond des exclusions de garantie exigées par les régimes juridiques de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois. D'autant qu'il a été rappelé ci-dessus que, si ces régimes contraignants et protecteurs de l'assuré sont justifiés dans l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs et les non-professionnels, ce n'est absolument pas le cas pour l'assurance des grands risques souscrite par les professionnels (grandes entreprises).

386. La solution serait donc de prendre en compte la situation réelle de ces deux catégories d'assurés, à savoir ceux à l'égard desquels le régime actuel des clauses d'exclusion est justifié (les assurés souscripteurs de contrat d'assurance des risques de masse) et ceux à l'égard desquels il n'est pas justifié (les assurés souscripteurs de contrat d'assurance des grands risques). Ce qui dans cette seconde catégorie, justifie pleinement un assouplissement de ces régimes juridiques actuels. Le but est d'adapter la réglementation de l'assurance, notamment les règles protectrices dont font parties ces conditions de validité de fond des exclusions de garantie, aux différentes catégories d'assurés en distinguant ceux qui ont besoin d'une protection particulière de ceux qui ne le sont pas. Pour ce faire, contrairement à l'état du droit positif actuel qui fait une application généralisée du régime juridique de l'exclusion de garantie, il convient de prendre en compte la situation réelle de l'assuré. Ainsi, les assurés ne se trouvant pas dans la même situation juridique et/ou économique, et n'ayant de ce fait, pas le même besoin de protection, ne doivent pas bénéficier des mêmes règles protectrices. La protection de l'assuré telle que celle qu'accorde à ce jour le régime juridique de l'exclusion de garantie doit être réservée uniquement à ceux qui en ont réellement besoin, à savoir les assurés souscripteurs de contrat d'assurance des risques de masse que sont les consommateurs et les non-professionnels.

Est ici pris en compte la distinction entre d'une part, les assurés profanes obligés ou n'ayant pas d'autre choix que d'adhérer aux contrats d'assurances qui leur sont proposés sans pouvoir réellement négocier le contenu fixé à l'avance par l'assureur, et d'autre part, les assurés avertis capables de négocier le contrat d'assurance avec toute l'expertise nécessaire dont ils disposent ou peuvent s'offrir. Le législateur applique d'ailleurs cette idée de distinction du régime applicable aux assurances des risques de masse et aux assurances des grands risques, avec un allègement de l'obligation d'information de l'assureur pour ces dernières. En effet, outre les nombreuses règles protectrices des consommateurs et les non-professionnels que regorge le droit européen, la directive du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurance¹³⁴³, après avoir exigé dans ses articles 18, 19, 20, 29 et 30 toute une liste d'informations à fournir aux clients avant la souscription d'un contrat d'assurance, l'article 22.1 de ladite directive dispose que « Il n'est pas nécessaire de fournir les informations visées aux articles 18, 19 et 20 lorsque le distributeur de produits d'assurance exerce des activités de distribution en rapport avec la couverture des grands risques¹³⁴⁴. Les États membres peuvent prévoir que les informations visées aux articles 29 et 30 de la présente directive ne doivent pas nécessairement être fournies à un client professionnel au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 10), de la directive 2014/ 65/UE ».

¹³⁴³ Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (refonte) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

¹³⁴⁴ « Les grands risques au sens de l'article 13, point 27), de la directive 2009/138/CE » précise l'article 2.16 de la directive (UE) 2016/97, *op. cit.*, (à savoir : « a) les risques classés sous les branches 4, 5, 6, 7, 11 et 12 de l'annexe I, partie A ; b) les risques classés sous les branches 14 et 15 de l'annexe I, partie A lorsque le preneur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale et que les risques sont relatifs à cette activité ; c) les risques classés sous les branches 3, 8, 9, 10, 13 et 16 de l'annexe I, partie A, pour autant que le preneur dépasse les limites chiffrées d'au moins deux des critères suivants : i) un total de bilan de 6 200 000 EUR ; ii) un montant net du chiffre d'affaires, au sens de la troisième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (1) JO L 222 du 14.8.1978, p. 11. (1), de 12 800 000 EUR ; iii) un nombre de 250 employés en moyenne au cours de l'exercice. Si le preneur fait partie d'un ensemble d'entreprises pour lequel des comptes consolidés sont établis conformément à la directive 83/349/CEE, les critères énoncés au premier alinéa, point c), sont appliqués sur la base des comptes consolidés. Les États membres ont la faculté d'ajouter à la catégorie visée au premier alinéa, point c), les risques assurés par des associations professionnelles, des coentreprises ou des associations momentanées ».

Il en est de même en droit français, après avoir énuméré à l'article L112-2¹³⁴⁵ les documents d'information dont l'assureur doit, au titre de son obligation légale d'information, obligatoirement remettre à l'assuré avant la conclusion du contrat, le Code des assurances précise à son article R112-2 que, outre quelques catégories de contrats d'assurance souscrits pour trois mois au plus et non renouvelables¹³⁴⁶, cette obligation de l'assureur n'est pas applicable aux contrats garantissant les grands risques¹³⁴⁷. Ces dispositions légales illustrent donc parfaitement la logique de réserver aux seuls assurés dont la situation le justifie réellement, les règles protectrices du droit des assurances, dont font partie les conditions de validité des exclusions de garantie exigées par les régimes juridiques actuellement en vigueur en droits français et québécois des assurances terrestres. D'où la pertinence d'assouplir ces régimes juridiques dans le domaine de l'assurance des grands risques souscrite par les professionnels ou organismes publics.

387. Un assouplissement qui peut se matérialiser par la soumission de « l'assurance des grands risques, qui ne requièrent [donc] pas une protection particulière, à un régime plus libéral que celui des risques de masse »¹³⁴⁸ avec la suppression de ces conditions de validité de fond exigées à ce jour par les législateurs français et québécois. A ce propos le professeur Bigot souligne que c'est « l'exigence du caractère limité des exclusions de garantie qui permet aux juges d'écarter les clauses qui leur déplaisent ou qu'ils n'ont pas comprises, au risque de compromettre l'équilibre du contrat »¹³⁴⁹.

¹³⁴⁵ En particulier les alinéas 1 et 2 selon lesquels : « L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat. Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré. Les documents remis au preneur d'assurance précisent la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat et de recours à un processus de médiation dans les conditions prévues au titre V du livre I^{er} du code de la consommation (1), sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture. Avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité, l'assureur remet à l'assuré une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation, ainsi que les conséquences de la succession de contrats ayant des modes de déclenchement différents ».

¹³⁴⁶ Art. R112-2 al. 2, C. assur.

¹³⁴⁷ « Les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 112-2 du Code des assurances [*supra*, note 1245] ne sont pas applicables aux contrats garantissant les risques définis à l'article L. 111-6 [c'est-à-dire les grands risques] » : art. R112-2 al. 1, C. assur.

¹³⁴⁸ J. BIGOT, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 352, p. 167.

¹³⁴⁹ *Ibid.*

C'est pourquoi il suggère de « supprimer » par conséquent ladite exigence dans le domaine de l'assurance des grands risques¹³⁵⁰. Cependant, cette suppression ne doit pas se limiter à la seule exigence légale du caractère limité des exclusions de garantie. Elle doit s'étendre à la fois à l'exigence du caractère « formel » du droit français, mais aussi aux caractères « exprès et limitatif » du droit québécois. Car en plus d'être à l'origine de nombreux litiges entre assureurs et assurés, comme il a été déjà souligné, toutes ces conditions contraignantes et protectrices de l'assuré supposé partie faible du contrat d'assurance s'appliquent indistinctement à l'assurance des risques de masse et à l'assurance des grands risques, alors que ces conditions ne sont absolument pas nécessaires dans cette seconde catégorie d'assurance.

388. Il est donc possible d'envisager qu'en matière d'assurance des grands risques, l'exigence légale du caractère « formel et limité » des exclusions de garantie en droit français laisse place à la seule obligation légale de les mentionner en « caractères très apparents »¹³⁵¹. Il en est de même en droit québécois, l'exigence légale du caractère « exprès et limitatif » des exclusions de garantie peut céder la place à la même obligation légale de les mentionner simplement en caractères très apparents comme l'exige à ce jour le législateur français pour toute clause d'une police « édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions »¹³⁵². Et l'instauration de ce régime plus libéral et donc moins contraignant que celui des risques de masse¹³⁵³ est tout à fait envisageable sans que, comme le redoute le Professeur Mayaux¹³⁵⁴, la sécurité offerte par l'assurance dont a aussi besoin l'assuré grands risques soit compromise, car en plus d'être conforme à l'esprit des règles protectrices de l'assuré prévues par le droit des assurances, ce régime n'enlèvera en rien la capacité de ce dernier de négocier son contrat et de « savoir immédiatement, et sans ambiguïté possible, ce qui n'est pas couvert par son contrat ».

¹³⁵⁰ *Id.*

¹³⁵¹ Art. L112-4 *in fine* C. assur.

¹³⁵² *Id.*

¹³⁵³ J. Bigot, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 352, p. 167.

¹³⁵⁴ In *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1701, p. 847, à la note 800.

389. Le régime juridique des exclusions de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois étant cependant prévu par des textes de lois à caractère impératif, son assouplissement pour l'assurance des grands risques passe nécessairement par une intervention du législateur qui, on le sait, n'est absolument pas une mince affaire. Outre le temps nécessaire pour y arriver, de nombreux obstacles peuvent se présenter et parmi lesquels il est possible d'envisager le fait que tous les souscripteurs d'assurance de grands risques ne ne soient pas logés à la même enseigne du point de vue de leur poids économique vis-à-vis de l'assureur.

II – MAINTIEN DU RÉGIME ACTUEL DE LA PREUVE DE L'EXCLUSION

390. Tout comme les conditions de validité de l'exclusion de garantie, le régime de sa preuve est clairement prévu par le législateur. En droit français ce n'est pas le Code des assurances, mais le Code civil qui dans son article 1353 (ancien article 1315 du même code) énonce deux règles dans deux alinéas successifs. Après avoir prévu dans son alinéa premier que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. », le texte ajoute dans son second alinéa que « *réciiproquement, celui qui se prétend libérer doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* »¹³⁵⁵. Et en droit québécois, c'est l'article 2803 du Code civil qui à son tour, après avoir prévu dans un premier alinéa que « celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. », dispose dans son second alinéa que « *celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée* »¹³⁵⁶.

391. C'est conformément à ces dispositions légales des droits français et québécois, que la jurisprudence, devenue classique, prévoit que c'est à l'assureur « qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion »¹³⁵⁷.

¹³⁵⁵ Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016, art. 4, en vigueur le 1^{er} oct. 2016 (nos italiques).

¹³⁵⁶ 1991, c. 64, a. 2803 (nos italiques).

¹³⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 oct 1980, n° 79-17075 et 22 oct. 1980, n° 79-15003, *RGAT 1981. 51*, note BESSON; *JCP G 1981, II, 19611*, note J. BIGOT; Cass. 2^e civ., 29 mars 2018, n° 17-21.708:RCA2018, n° 207; *RGDA 2018. 315*, note Asselain; *Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie c. Savary-Aubin*, (C.S. Can., 1979-05-31), SOQUIJ AZ-79111101, [1979] 2 R.C.S. 298; *Allianz Canada (Compagnie Canadian Surety) c. Entreprises Bon Conseil Inc.*, (C.A., 2008-05-13), 2008 QCCA 920, SOQUIJ AZ-50492472, J.E.2008-1092, [2008] R.R.A. 337, EYB 2008-133424.

Ainsi, une fois que l'assuré a prouvé l'existence d'un contrat d'assurance valide, la survenance d'un sinistre couvert et l'étendue des dommages découlant du sinistre¹³⁵⁸, il appartiendra à l'assureur qui lui oppose une exclusion de garantie de prouver, lorsqu'il s'agit d'une exclusion conventionnelle, qu'elle est non seulement prévue par le contrat d'assurance¹³⁵⁹ et acceptée par l'assuré¹³⁶⁰, mais aussi que les conditions d'application (et donc de validité) de ladite exclusion sont remplies. A défaut de ces éléments de preuve, l'assureur ne peut opposer à l'assuré l'exclusion invoquée. Et lorsqu'il s'agit d'une exclusion légale de garantie, l'assureur n'a pas à rapporter ces éléments de preuve. Il suffit pour cela de se référer simplement à la loi que nul n'est censé ignorer.

392. Enfin, que l'exclusion de garantie soit conventionnelle ou légale ou qu'elle soit directe ou indirecte¹³⁶¹, l'assureur pour prouver « *la réunion des conditions de fait de l'exclusion* » qu'il invoque, doit clairement démontrer que « les circonstances de l'espèce [correspondent exactement] à celles visées dans la clause¹³⁶² ou la loi. A ce propos, il a été soutenu que soumettre l'exclusion indirecte à ce régime de preuve tel que décrit ci-dessus, n'est pas conforme à la règle fixée au premier alinéa des articles 1353 et 2803 précités¹³⁶³, car cela « revient, en fait, à dispenser l'assuré, de faire la preuve que le sinistre dont il revendique la prise en charge, entre effectivement dans la définition du risque couvert. La définition de l'objet du contrat ainsi que les définitions inhérentes à la délimitation du risque couvert sont vues comme autant d'exclusions. Ce changement d'optique [qui] a pour effet d'inverser la charge de la preuve de telle sorte que la première règle énoncée par l'article 1315 [devenu 1353] s'est réduite comme peau de chagrin »¹³⁶⁴.

¹³⁵⁸ *Poirier c. Axa Assurances Inc.*, (C.Q., 2005-03-08), SOQUIJ AZ-50305441, B.E. 2005BE-583, [2005] R.L. 144, 2005 CanLII 9262 ; *Beauchemin Lesage c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, (C.Q., 2012-11-30), 2012 QCCQ 13667, SOQUIJ AZ-50920666, 2013EXP-84, J.E. 2013-43, EYB 2012-215274 ; *Macedoni Leathers Inc. c. Excess Insurance Co.*, (C.S., 2002-03-01), SOQUIJ AZ-50115324, B.E. 2006BE-26, [2002] R.L. 343.

¹³⁵⁹ Cass. 2^e civ., 25 oct. 2012, n° 11-25490, *RGDA* 2013, p. 305, note A. PÉLISSIER.

¹³⁶⁰ Cass. 2^e civ., 29 mars 2012, n° 11-12948.

¹³⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1981, *Bull. civ. I*, n° 306 ; *D.* 1983, *IR* 217, obs. BERR et GROUDEL ; 27 oct. 1982, *RGAT* 1982.87 ; *JCP* 1982.II. 19711, note BAUDOIN ; 16 nov. 1982, n° 81-13916, *RGAT* 1985, p. 234 ; 8 nov. 1988, *RGAT* 1989.99, note J.-L. AUBERT.

¹³⁶² L. MAYAUX, in *Traité de droit des assurances*, (ss.dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1749, pp. 879-880.

¹³⁶³ A.-F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, note 1084, n° 1-177, p. 91.

¹³⁶⁴ A.-F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, note 1084, n° 1-177, p. 91.

Toutefois, outre l'existence d'un contrat d'assurance valide et l'étendue des dommages, le fait pour l'assuré d'apporter la preuve de « la survenance d'un sinistre couvert »¹³⁶⁵ ou d'établir l'existence du sinistre, « objet du contrat »¹³⁶⁶ ou « survenu dans des circonstances de fait conformes aux prévisions de la police »¹³⁶⁷, suppose nécessairement « faire la preuve que le sinistre dont il revendique la prise en charge, entre effectivement dans la définition du risque couvert », dans la mesure où on ne peut parler de sinistre couvert lorsque le sinistre dont la prise en charge est revendiquée n'entre pas dans la définition du risque couvert, contrairement à ce qu'on peut lire ci-dessus¹³⁶⁸. Et si l'expression « établir l'existence du sinistre revient à renforcer la présomption de garantie dont bénéficie l'assuré ou la victime exerçant l'action directe »¹³⁶⁹, cela est tout à fait normal et ce, pour deux raisons principales.

393. La première est que, en droit français la disposition du droit des assurances réglementant la déclaration du sinistre ne fait peser sur l'assuré qu'une obligation « de donner avis à l'assureur de *tout sinistre de nature à entraîner la garantie* »¹³⁷⁰. Il en est de même en droit québécois, le législateur n'impose à l'assuré qu'une obligation de « déclarer à l'assureur tout sinistre de nature à mettre en jeu la garantie »¹³⁷¹. A travers ces deux dispositions légales il ressort donc clairement que l'obligation qui pèse sur l'assuré n'est non pas de déclarer *un sinistre entraînant avec certitude la garantie de l'assureur*, mais plutôt *tout sinistre de nature à entraîner* ou « à mettre en jeu » la garantie ». Et l'expression de « nature à entraîner la garantie » du droit français tout comme celle de « nature à mettre en jeu la garantie » du droit québécois, expriment davantage une présomption qu'une certitude. Sans changer le sens de la phrase, le mot « nature » peut être remplacé par « susceptible » pour donner en droit français l'expression « *tout sinistre susceptible d'entraîner la garantie de l'assureur* » et en droit québécois l'expression « *tout sinistre susceptible de mettre en jeu la garantie* ».

¹³⁶⁵ *Poirier c. Axa Assurances Inc.*, (C.Q., 2005-03-08), SOQUIJ AZ-50305441, B.E. 2005BE-583, [2005] R.L. 144, 2005 CanLII 9262 ; *Beauchemin Lesage c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, (C.Q., 2012-11-30), 2012 QCCQ 13667, SOQUIJ AZ-50920666, 2013EXP-84, J.E. 2013-43, EYB 2012-215274 ; *Macedoni Leathers Inc. c. Excess Insurance Co.*, (C.S., 2002-03-01), SOQUIJ AZ-50115324, B.E. 2006BE-26, [2002] R.L. 343.

¹³⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1980, *Bull. Civ.I*, n° 258 ; RGAT 1981.51 ; 16 nov. 1982, RGAT 1985.235.

¹³⁶⁷ CA Nancy, 1^{er} oct. 2002, *Gaz. Pal.*, 13 fév. 2003, n° 44, p. 9.

¹³⁶⁸ A.-F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, note 1084, n° 1-177, p. 91.

¹³⁶⁹ *Id.*

¹³⁷⁰ Art. 113-2, C. assur.

¹³⁷¹ Art. 2470, C.c.Q.

En outre à travers ces deux expressions, le sinistre visé est bien évidemment « celui qui, selon l'assuré, est susceptible d'engager l'assureur ; autrement dit, est *a priori* sinistre ce que l'assuré estime comme tel [et cette] déclaration initiale emporte présomption de garantie »¹³⁷². Et par conséquent, il appartient à l'assureur qui s'estime non tenu ou libéré de ladite présomption de garantie d'en apporter la preuve et ce, conformément au second alinéa des articles 1353 et 2803 précités.

394. La seconde raison est qu'en matière d'assurance, du moins à chaque fois qu'on est dans la catégorie du risque couvert, la garantie est le principe (donc présumée) et « l'exclusion qui, opérant par soustraction à l'intérieur de la garantie, constitue par sa nature même une exception, que le débiteur de la garantie (l'assureur) doit établir puisqu'il est bien celui qui se prétend libéré »¹³⁷³. Autrement dit, « pour les fins de l'assurance, on devra constamment rester sensible du fait que la véritable nature de l'assurance est d'abord de *garantir* et non d'*exclure* »¹³⁷⁴. Ainsi, à titre d'illustration, un assuré automobile est présumé garanti en cas d'accident de la route et il est de ce fait, tout à fait logique qu'il déclare à son assureur tout événement qui, selon lui, est un accident de la route et donc, « un sinistre de nature à entraîner la garantie ». Il en est de même d'un assuré pour perte d'exploitation ou d'un assuré contre le vol, étant présumés garantis contre ces risques pour lesquels ils ont souscrit un contrat d'assurance, il est tout à fait logique qu'ils déclarent à l'assureur tout événement qui, selon eux, est un « sinistre de nature à entraîner la garantie ». La déclaration de l'assuré est donc avant tout fondée sur sa propre appréciation des faits. Pour exécuter son obligation de déclarer le sinistre, l'assuré doit donc s'assurer « d'une part, qu'un événement se soit réalisé, et, d'autre part, que cet événement soit susceptible de mettre en jeu [ou entraîner] la garantie d'assurance. [...] Et c'est à l'assuré qu'il revient de déterminer si l'événement survenu correspond à la définition du risque garanti »¹³⁷⁵. Cependant, contrairement à ce qu'on peut penser, cette présomption de garantie au bénéfice de l'assuré ne le libère aucunement du fardeau de la preuve qui l'incombe. Pour bénéficier effectivement cette garantie présumée, il doit, comme il a été déjà rappelé ci-dessus, *prouver l'existence d'un contrat d'assurance valide, la survenance d'un sinistre couvert et l'étendue des dommages découlant du sinistre*. Ce qui est plutôt conforme au premier alinéa des articles 1353 et 2803 précités.

¹³⁷² A.-F. ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, op. cit., n° 1-177, p. 90.

¹³⁷³ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, op. cit., note 246, n° 415, p.169.

¹³⁷⁴ J.-G. BERGERON, *Précis de droit des assurances terrestres*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1996, p. 15.

¹³⁷⁵ S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, op. cit., note 246, n° 598, p. 246.

395. D'autres bien que regrettant le caractère impératif de la jurisprudence imposant à l'assureur la charge de « démontre la réunion des conditions de fait de l'exclusion de garantie », estiment que « malgré les fortes raisons [des critiques] la solution contraire, qui prévaut en jurisprudence, paraît préférable pour trois raisons souvent rencontrées en matière d'attribution du fardeau probatoire »¹³⁷⁶. A savoir, « le fait que l'assuré a une moins grande aptitude à la preuve que l'assureur. [...] ; [le fait que] l'exclusion correspond à une situation exceptionnelle, « anormale », au sens où elle est contraire à la normalité contractuelle. [...] ; [et enfin, le fait qu'] une exclusion, même indirecte, constitue une exception que l'assureur soulève pour échapper à la garantie. [...] »¹³⁷⁷.

396. Incombant légalement à l'assureur, la charge de la preuve de l'exclusion de garantie ne peut donc être inversée par une clause du contrat¹³⁷⁸. Toutefois, la Cour de cassation déclare abusive la clause qui transfère la charge de la preuve incombant légalement à l'assureur sur le bénéficiaire de l'assurance non-professionnel ou consommateur¹³⁷⁹. En se référant à cet arrêt, il est possible d'imaginer que seule en matière d'assurance des risques de masse souscrite par le consommateur ou non-professionnel, la clause inversant la charge légale de preuve sera déclarée abusive, mais pas dans le domaine de l'assurance des grands risques souscrites par les professionnels. Toutefois, tel n'est pas la position du droit positif actuel, car bien que le régime de la preuve de l'exclusion de garantie soit conforme au droit commun de la preuve, c'est « à l'opposé de ce qu'enseigne la théorie générale de la preuve, selon laquelle les règles sur l'attribution du fardeau probatoire ont un caractère supplétif »¹³⁸⁰ que le classique « dogme jurisprudentiel selon lequel la preuve des conditions de fait d'une exclusion pèse toujours sur l'assureur, interdisant toute convention contraire mettant cette preuve à la charge de l'assuré »¹³⁸¹ et ce, sans aucune distinction entre l'assurance de risques de masse souscrite par les consommateurs ou les non-professionnels et l'assurance des grands risques souscrite par les professionnels ou pouvoirs publics.

¹³⁷⁶ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1750, pp. 880-881.

¹³⁷⁷ *Id.*

¹³⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1997, n° 95-13928, *Bull. civ.* 1997, I, n° 112 ; *RGDA* 1997, p. 737, note M.-H. MALLEVILLE.

¹³⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698 P : D. 2017. 375, obs. MEKKI ; *RGDA* 2016. 363, note LANDEL.

¹³⁸⁰ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 648., cité par L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1749, p. 880, à la note 1084.

¹³⁸¹ L. MAYAUX, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 1701, p. 864, à la note 782.

397. Tel que décrit ci-dessus, le régime de la preuve de l'exclusion de garantie consacré par la jurisprudence française et québécoise est tout à fait conforme au droit commun de la preuve prévu par les articles 1353 et 2803 précités. De surcroît, contrairement aux conditions de validité de l'exclusion de garantie, son régime de preuve actuel n'est pas dicté par la protection de l'assuré. Etant donc un régime conforme au droit de la preuve et juridiquement fondé¹³⁸², mais aussi et surtout adapté à la pratique de l'assurance, rien ne justifie sa modification et ce, même dans le domaine de l'assurance des grands risques souscrite par les professionnels. D'où la nécessité de le maintenir en l'état.

§ 2 – RENFORCEMENT DU RÉGIME ACTUEL POUR L'ASSURANCE DES RISQUES DE MASSE

398. Pour l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs et les non-professionnels, le renforcement du régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement prévu par les législateurs français et québécois passe, d'une part, par le maintien des conditions de validité et le régime de la preuve actuellement en vigueur (I), et d'autre part, par l'instauration d'une obligation légale de mentionner les exclusions de garantie dans un document séparé de la police d'assurance et qui sera adressé périodiquement à l'assuré en guise de rappel (II).

I – MAINTIEN DES CONDITIONS DE VALIDITÉ ET LE RÉGIME DE PREUVE ACTUELS

399. L'obligation légale de mentionner l'exclusion de garantie dans la police d'assurance de façon formelle et limitée en droit français ou formellement et limitativement en droit québécois, vise à garantir aux assurés une information éclairée sur l'étendue de la garantie offerte par leur police d'assurance. En assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs et les non-professionnels, ces conditions de validité de fond qui protègent les assurés contre les clauses d'exclusion ambiguës ou qui vident la garantie offerte de sa substance, jouent un rôle très important dans le processus de rétablissement de l'équilibre contractuel entre assureurs et assurés.

¹³⁸² En ce sens S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, *op. cit.*, note 246, n° 415, p. 170.

D'où la nécessité de leur maintien dans cette catégorie d'assurance des risques de masse. Mais pour que les caractères formel et limité ou formel et limitatif éclairent effectivement les assurés sur l'étendue de la qui leur est offerte, encore faut-il qu'ils prennent la peine de lire leur police d'assurance. C'est toute la limite de ces conditions de validité de fond des clauses d'exclusion de garantie, puisqu'il est de notoriété publique que les assurés ne lisent pratiquement pas leur police d'assurance. C'est ainsi que, outre ces deux conditions de validité de fond, le législateur français exige que les clauses d'exclusion soient aussi mentionnées en « caractères très apparents »¹³⁸³. Cette condition de validité de forme exigée par le législateur français a pour but d'attirer facilement l'attention des assurés qui se contentent le plus souvent de survoler leur police d'assurance. Avec cette condition de forme qui, en plus de compléter les deux conditions de fond précitées, pallie leur limite liée à la non-lecture de la police par les assurés, le régime juridique de l'exclusion de garantie prévu par le législateur français est, comparé à celui prévu par son homologue québécois, plus à même de garantir aux assurés une information éclairée sur l'étendue de la garantie offerte par leur police d'assurance. Il est donc tout à fait souhaitable que le législateur québécois adopte à son tour cette condition de validité de forme des clauses d'exclusion de garantie en complément des deux conditions de fond précitées.

400. Puisque le législateur français étend aux « clauses édictant des nullités ou des déchéances » cette condition de validité de forme des clauses d'exclusion de garantie, rien ne s'oppose de l'appliquer également aux clauses édictant des conditions de garantie et celles définissant le risque couvert. Le but serait d'attirer l'attention de l'assuré sur toutes les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exonérer l'assureur de son obligation de règlement. Ainsi, du moins en assurance des risques de masse, il est tout à fait envisageable d'étendre cette condition de validité de forme à ces cinq catégories distinctes de clauses, à savoir : les exclusions, les nullités, les déchéances, les conditions de garantie et la définition du risque couvert. Et l'article L112-4 *in fine* du Code des assurances qui dispose que « les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents », intégrera les deux nouvelles clauses en disposant que « les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances, des exclusions, des conditions ou définissant le risque ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents ».

¹³⁸³ Art. L112-4 *in fine* C. assur.

En appliquant cette condition de forme à toutes ces clauses, le périmètre des clauses sur lesquelles l'attention de l'assuré doit être attirée devient plus large. C'est la réponse à la question de savoir pourquoi le législateur français n'exige cette condition de validité de forme que pour « les clauses édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions », qui permettra de dire si cet élargissement de périmètre est justifié ou pas. D'autant qu'il a été rappelé qu'à l'origine seules les clauses édictant des nullités ou des déchéances devaient être rédigées en caractères très apparents pour être valables en droit français¹³⁸⁴. Ce n'est qu'en 1981 que cette condition de forme a été exigée pour la validité des clauses d'exclusion de garantie¹³⁸⁵. Dans le projet de loi du 13 juillet 1930, c'est l'emploi trop fréquent de petits caractères dans la rédaction du contrat d'assurance qui a été invoqué pour justifier cette obligation légale de mentionner en caractères très apparents les clauses édictant des nullités ou déchéances afin que « l'attention de l'assuré soit être attirée tout particulièrement sur ces clauses qu'il a le plus grand intérêt à bien connaître »¹³⁸⁶. Mais pourquoi l'assuré a le plus grand intérêt à bien connaître, d'abord les clauses édictant des nullités ou déchéances et ensuite celles édictant des exclusions ? Si c'est parce que ces trois clauses privent l'assuré de garantie, alors cet élargissement de périmètre est tout à fait justifié, car sur ce point il n'y a aucune différence entre ces trois clauses et les deux autres précitées. Mais si c'est une volonté de limiter au strict minimum les clauses sur lesquelles il faut attirer l'attention de l'assuré, alors le périmètre actuel est tout à fait justifié.

401. Quant au régime de la preuve de l'exclusion imposant à l'assureur qui « invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion »¹³⁸⁷, il est juridiquement fondé. D'où la nécessité de le maintenir. Ce qui pourrait d'ailleurs expliquer que sur ce point, il n'y a aucune différence entre le droit français et le droit québécois. Ainsi, tout comme l'assurance des grands risques, il n'y a aucune raison de modifier ce régime de preuve actuel dans l'assurance des risques de masse.

¹³⁸⁴ Article 9 *in fine* de la Loi du 13 juillet 1930 (devenu art. L112-4 *in fine* du Code des assurances).

¹³⁸⁵ Loi n° 81-5 du 7 janvier 1981 sur les assurances.

¹³⁸⁶ Exposé des motifs sous l'article 9 du projet de loi du 13 juillet 1930.

¹³⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 oct 1980, n° 79-17075 et 22 oct. 1980, n° 79-15003, *RGAT 1981. 51*, note A. BESSON ; *JCP G 1981, II, 19611*, note J. BIGOT ; Cass. 2^e civ., 29 mars 2018, n° 17-21.708 : *RCA2018, n° 207*; *RGDA 2018. 315*, note Asselain ; *Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie c. Savary-Aubin*, (C.S. Can., 1979-05-31), SOQUIJ AZ-79111101, [1979] 2 R.C.S. 298 ; *Allianz Canada (Compagnie Canadian Surety) c. Entreprises Bon Conseil Inc.*, (C.A., 2008-05-13), 2008 QCCA 920, SOQUIJ AZ-50492472, J.E.2008-1092, [2008] R.R.A. 337, EYB 2008-133424.

Et les explications données pour justifier le maintien de ce régime de preuve dans l'assurance des grands risques¹³⁸⁸ peuvent être transposées ici sans difficulté.

II – MENTION DES EXCLUSIONS DANS UN DOCUMENT SEPARÉ ADRESSÉ À L'ASSURÉ

402. Appelée à se prononcer sur le caractère abusif ou non d'une clause limitative de garantie insérée dans un tableau annexé aux conditions générales d'une police d'assurance multirisques-habitation, la cour d'appel de Montpellier a conformément à la recommandation précitée, décidé que : « en droit et de façon générale, sont abusives les clauses qui n'apparaissent pas clairement et en toutes lettres très apparentes dans le contrat spécifique de l'assuré, le seul qui l'intéresse et qui définit les modalités particulières de son contrat. En l'espèce, [... l'assureur] aurait dû, pour se prévaloir effectivement de la limitation de la garantie qu'elle invoque, faire figurer celle-ci dans un document unique et personnalisé signé par les deux parties »¹³⁸⁹. Cette décision confortait ainsi l'idée d'exigence un document unique et personnalisé signé des deux parties, même si sa consécration fut par la suite rejetée par la Cour de cassation qui, pour censurer la cour d'appel décide que :

Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que, dans les conditions particulières de la police, l'assuré avait reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexés à celles-ci et alors que le renvoi fait dans les conditions particulières de la police au conditions générales ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé¹³⁹⁰.

Cependant, comme il a été rappelé que c'est sur le caractère abusif ou non de la clause de renvoi dont il était question dans ces deux arrêts, ce n'est aucunement l'idée du document personnalisé évoqué par la cour d'appel qui a été rejetée par la Cour de cassation. Cette dernière rejette simplement ici le caractère abusif de la clause litigieuse, comme en témoigne le passage de sa décision qui a été rappelé ci-dessus.

¹³⁸⁸ Voir *supra*, n° 371 et s.

¹³⁸⁹ CA. Montpellier, 16 mars 1996.

¹³⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, *UAP c./CAZALIS* (*Juris-Data* n° 001506) ; *Argus* 10 mai (p. 8), 24 mai (p. 8) et 31 mai (*Dossier juridique et technique*) 1996 ; *RCA* 1196, comm. 186, obs. G. COURTIEU ; *Dalloz affaires* 1996, n° 24, p. 739., cité dans L.VILLEGAS, *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, *op. cit.*, note 745, pp. 124-125.

D'autant que, face à la pratique des clauses de renvoi aux conditions générales que les assureurs inséraient systématiquement dans les conditions particulières, seules signées par l'assuré, la commission des clauses abusives dans sa recommandation numéro 85-04 relative aux contrats d'assurance « *multirisques-habitation* ») précitée¹³⁹¹, après avoir suggéré la « *remise au preneur d'assurance, au moment de la souscription, d'un document écrit et personnalisé, signé des deux parties* [et la] disparition des conditions générales et les conditions particulières avec leurs chevauchements sibyllins et leurs exclusions réciproques impénétrables »¹³⁹², elle propose en outre « que ce document soit *renouvelé et remis à jour au moins tous les trois ans*. [Et] Qu'un tableau en trois colonnes récapitule la nature des garanties, leur montant et les franchises »¹³⁹³. Ainsi, dans l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs et les non-professionnels, il est tout à fait envisageable d'imposer à l'assureur de mentionner dans un document séparé toutes les exclusions de garantie que contient la police d'assurance. Ce qui serait un renforcement du régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois.

403. Ce renforcement répond non seulement à « la nécessité d'informer l'assuré avec davantage de précision et surtout davantage de clarté »¹³⁹⁴, mais il est aussi et surtout conforme au besoin de protection particulière de la partie faible du contrat d'assurance. Ne lisant que très rarement leur contrat¹³⁹⁵, « *les assurés semblent découvrir les conditions de garantie ou les exclusions de couverture au moment du sinistre. Simplement, ils reprochent alors à l'assureur un manquement à son obligation d'information et de conseil* »¹³⁹⁶.

¹³⁹¹ BOCCRF, 6 décembre 1985 ; RGAT 1985, p. 9 ; comm. J. BIGOT, RGAT 1986, p. 9.

¹³⁹² *Id* (nos italiques).

¹³⁹³ *Id* (nos italiques).

¹³⁹⁴ Rapport d'activité de la Commission de clauses abusives, *op. cit.*, note 1181.

¹³⁹⁵ « Le site américain de comparateur de contrats d'assurance Tin Leg a savoureusement illustré cette absence de lecture en offrant à une assurée la somme de 10.000 dollars pour avoir simplement lu jusqu'au bout les conditions générales de sa police d'assurance » : La Médiation de l'assurance (LMA), Rapport d'activité 2018, p. 11. Il en est de même de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (*Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.* (C.A., 1992-09-03), SOQUIJ AZ-92011896, J.E. 92-1432, [1992] R.R.A. 959) qui rejette l'application d'une clause d'exclusion de garantie à l'égard d'un assuré qui s'est contenté de lire la seule page frontispice, alors que lecture de l'ensemble de la police l'aurait permis de se rendre compte de l'exclusion invoquée par l'assureur. La Cour décide : « un assuré raisonnable prenant connaissance de la page frontispice de la police d'assurance pouvait faire autrement que de déduire qu'il était protégé contre ce risque. Ainsi, il pouvait s'abstenir de prendre connaissance des pages suivantes ».

¹³⁹⁶ Écrit L'institut national de la consommation (L'INC) lorsqu'il présente sur son site internet (<https://www.inc-conso.fr/content/rapport-annuel-2018-du-mediateur-de-l-assurance>) [consulté le 20/04/2020] les grandes lignes du rapport d'activité 2018 du médiateur de l'assurance ; Et voir aussi la page 11 dudit rapport.

Et s'il est possible de considérer que « le devoir d'information et de conseil de l'assureur trouve sa limite dans l'obligation de l'assuré de prendre connaissance des dispositions de son contrat »¹³⁹⁷, pour déterminer l'étendue exacte de sa garantie, ce dernier se doit d'être en mesure de comprendre toutes les dispositions de son contrat. Il doit d'abord et avant tout saisir le sens et la portée la portée de la définition positive du risque couvert avec les exclusions indirectes qui en résultent. Saisir ensuite le sens et la portée des exclusions directes, mais aussi des conditions de garantie. Puis il faudra enfin avoir une connaissance exacte du montant de la garantie avec les limitations et franchises qui sont prévues. Force est donc de constater que, « pour se faire une idée exacte des événements contre lesquels il est assuré, le consommateur doit confronter plusieurs séries de dispositions qui se trouvent très éloignées les unes des autres dans les conditions générales de sa police d'assurance ; [... mais] même la lecture la plus attentive et la plus minutieuse de la définition positive du risque et des différentes listes d'exclusions ne suffit pas à mettre l'assuré à l'abri de toutes les surprises »¹³⁹⁸. Cela montre donc combien de fois il est difficile pour les consommateurs et les non professionnels qui souscrivent l'assurance des risques de masse de saisir l'étendue exacte de la garantie offerte par leur police d'assurance. Une difficulté qui s'accroît davantage dans l'assurance multirisques-habitation dans la mesure où la confrontation des différentes « séries de dispositions qui se trouvent très éloignées les unes des autres dans les conditions générales de sa police d'assurance, [doit se faire] dans chacune des branches pour lesquelles il a opté (incendie et dégâts des eaux, vol, responsabilité civile et éventuellement autres risques) »¹³⁹⁹. Et même si elle contribue beaucoup, « l'amélioration de la présentation et de la rédaction de ces contrats [à savoir les contrats d'assurance] ainsi que la remise de documents de synthèse ne suffisant pas »¹⁴⁰⁰ pour pallier la complexité des contrats d'assurance qui peut en partie expliquer cette absence de lecture du contrat par l'assuré et les nombreux litiges qui en résultent. C'est ainsi que certains estiment que « l'urgence demeure de développer des solutions – outils informatiques d'aide à la décision, [...] *legal design* à l'anglo-saxonne, ou encore le paraphe de chaque page du contrat, jusqu'au *Pay to read* ! – pour garantir l'adéquation des garanties souscrites aux véritables besoins du consommateur »¹⁴⁰¹. Cette solution vise surtout à éclairer l'assuré lors de la souscription afin qu'il choisisse au mieux et en toute connaissance de cause le contrat qui lui convient le plus.

¹³⁹⁷ La Médiation de l'assurance (LMA), Rapport d'activité 2018, p. 11.

¹³⁹⁸ Voir considérant de la recommandation n°85-4 sur les contrats multirisques-habitation, *op. cit.*, note 1186.

¹³⁹⁹ *Id.*

¹⁴⁰⁰ L'INC, *op. cit.* ; LMA, Rapport d'activité, 2018, p. 11.

¹⁴⁰¹ LMA, Rapport d'activité, 2018, p. 11.

404. Malgré cette apparente clarté de cette première phase du contrat d'assurance, sa seconde phase qui est l'exécution est souvent l'occasion de découvrir que les choses n'étaient pas aussi claires qu'on l'imaginait. L'assureur et l'assuré pouvant avoir une analyse différente des véritables besoins et les garanties accordées en conséquent. D'où les nombreux litiges relatifs à la couverture d'assurance. L'assureur ne doit donc pas se contenter des informations et conseils¹⁴⁰² dont l'assuré a pu bénéficier lors de la souscription du contrat, s'il souhaite éviter les nombreux litiges relatifs à l'étendue de la garantie qui sont susceptibles de naître ultérieurement. Sa « vocation est d'être en permanence au service de l'assuré en étant présent avant, pendant et après la souscription des contrats »¹⁴⁰³, car « l'assurance est un contrat de bonne foi [ou plutôt d'extrême ou haute bonne foi] à l'étape de la formation et de l'exécution »¹⁴⁰⁴. Par conséquent, le devoir d'information tout comme « le devoir de conseil pesant sur l'assureur ne se limite[nt] pas [ou du moins ne doivent pas se limiter] à la souscription du contrat et perdure[nt] [ou doivent perdurer] tout au long de la relation contractuelle »¹⁴⁰⁵. Il doit à la première occasion divulguer tout motif connu d'exclusion de garantie, sous peine de ne pouvoir l'invoquer plus tard¹⁴⁰⁶. C'est dans ce même ordre d'idée qu'un auteur propose :

- D'« Identifier le plutôt possible les éléments qui sont susceptibles de faire l'objet d'un refus de couverture totale ou partielle ;
- Aviser l'assuré le plutôt possible de cette constatation faite ;
- Si la chose est possible, tenter d'en arriver à un accord sur les aspects de la couverture [...] ;
- Coucher cet accord par écrit »¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰² « Il importe de ne pas confondre l'obligation de renseigner à l'obligation de conseiller. La première, obligation accessoire, vise uniquement la communication au contractant éventuel de faits pertinents à sa prise de décision et qui peuvent avoir sur l'adhésion au contrat un impact déterminant. La seconde, qui peut d'ailleurs former l'obligation principale de certains contrats, va plus loin, puisqu'elle oblige son débiteur, non seulement à la communication de l'information, mais aussi à une présentation objective de l'ensemble des renseignements obtenus, à l'évaluation des différentes décisions que le contractant peut prendre, et même éventuellement à l'émission d'une opinion sur l'opportunité pour lui de conclure l'engagement » : J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Y. BLAIS, Cowansville, 4^e éd., 1993, n° 275.

¹⁴⁰³ F. COULBAULT, C. ELIASHBERG et M. LATRASSE, *Les grands principes de l'assurance*, op. cit., note 1293, p. 43.

¹⁴⁰⁴ C. DUBREUIL, « L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution » (1992) 37 R.D. McGill 1087, p. 1098 et ss.

¹⁴⁰⁵ *Id.*, p. 35.

¹⁴⁰⁶ *Murphy c. Berlin*, (C.S., 2013-04-29), 2013 QCCS 1738, SOQUIJ AZ-50960637, 2013EXP-2102, J.E. 2013-1123, EYB 2013-221356.

¹⁴⁰⁷ P. BOYER, « Commentaires sur les obligations de défendre et d'indemniser de l'assureur en responsabilité civile, au cas de litige sur la couverture d'assurance », Institut Canadien, Conférence du 10 fév. 1994 sur le refus de couverture dans les réclamations d'assurance.

Avec une telle clarté avant tout sinistre, il n'y a plus de place pour les surprises concernant la couverture du risque et ce, malgré l'absence de lecture du contrat par l'assuré. Cette proposition serait donc un excellent moyen pour limiter les litiges sur la couverture d'assurance, car engendrés essentiellement par les surprises que l'assuré peut avoir sur le risque effectivement couvert par sa police. En se référant à cette proposition, il est possible d'envisager qu'en plus des exclusions, d'imposer légalement à l'assureur l'obligation d'identifier et mentionner dans un document séparé adressé à l'assuré tous « les éléments qui sont susceptibles de faire l'objet d'un refus de couverture totale ou partielle ». L'idéal serait que l'assureur et l'assuré parviennent à un accord sur la couverture de tous ces éléments identifiés. Mais comme il a été déjà rappelé que tout n'est pas assurable en raison des limites techniques (l'inassurabilité des risques non aléatoires, à coûts très exorbitants, etc.) mais aussi et surtout légale (l'inassurabilité de la faute intentionnelle de l'assuré), sans oublier le principe de la liberté contractuelle (bien que limité en matière d'assurance obligatoire) permettant à l'assureur de choisir librement les risques qu'il accepte de couvrir, il est évident qu'il ne peut y avoir d'accord sur la couverture de tous les éléments susceptibles de faire l'objet d'un refus de couverture totale ou partielle, notamment sur les risques techniquement et/ou légalement inassurables ou, bien qu'assurables, que l'assureur ne souhaite ou ne peut simplement prendre en charge. D'où la nécessité et l'importance d'adresser périodiquement (chaque trois mois de préférence) en guise de rappel, ce document séparé dans lequel ne figure que les exclusions de garantie et les autres éléments susceptibles de faire l'objet d'un refus de couverture totale ou partielle. Pour plus de clarté, ce document adressé périodiquement à l'assuré aura deux rubriques distinctes, l'une comportant exclusivement les exclusions de garantie et l'autre les autres éléments susceptibles de faire l'objet d'un refus de couverture totale ou partielle. Pour ce faire, inutile de rappeler que ce document doit être irréprochable dans sa présentation, il doit être rédigé de façon claire et dans des termes facilement compréhensibles par le grand public.

405. Il s'agit à travers ce document d'information, de leur communiquer uniquement les informations essentielles. Le principe étant la couverture du risque objet du contrat, et l'exclusion ou tout autre motif d'absence de couverture étant l'exception, le fait de communiquer à l'assuré les éléments susceptibles de faire l'objet d'un refus de couverture totale ou partielle, est plus important que tout le reste.

En souscrivant un contrat d'assurance contre le vol, on s'attend naturellement à être indemnisé par l'assureur en cas de vol, objet du contrat souscrit (c'est le principe). Mais si une catégorie, un aspect ou une circonstance de réalisation du vol ne sont pas couverts, comme c'est généralement le cas, il est primordial d'en informer l'assuré tout en s'assurant qu'il a très bien pris conscience de cette absence de couverture totale ou partielle qui, constitue une exception au principe de couverture du vol dans un contrat d'assurance vol. Cette exception à la couverture est donc l'information la plus importante à lui communiquer pour éviter toute surprise. Il en est de même en assurance de responsabilité, l'assuré souhaitant se prémunir contre son éventuelle responsabilité s'attend tout naturellement à être couvert lorsque sa responsabilité, objet du contrat souscrit, est engagée. S'assurer qu'il est parfaitement informé de la catégorie, l'aspect ou la circonstance de réalisation du risque (responsabilité) non couverts, est la chose la plus importante à faire par l'assureur. L'exemple peut ainsi être multiplié à toute catégorie d'assurance.

406. Avec la simplicité de ce document d'information par rapport au contrat global et son importance capitale pour les assurés, il y a plus de chance qu'il soit systématiquement lu par les assurés. Il est d'ailleurs possible de les y obliger en leur envoyant deux exemplaires du document (l'un destiné à l'assureur et l'autre à l'assuré) qu'ils doivent lire et approuver par une signature. Cette démarche s'inscrit pleinement dans la préoccupation constante de protéger et améliorer l'information du consommateur qui anime à la fois les législateurs français et québécois mais aussi tout autre organisme (commissions, conseils, etc.)¹⁴⁰⁸ appelé à émettre des avis ou recommandations de bonnes pratiques.

SECTION 2 – LES MÉRITES D'UN RÉGIME D'EXCLUSION ADAPTÉ À LA SITUATION DE L'ASSURÉ

407. L'adaptation du régime juridique de l'exclusion de garantie à la situation réelle de l'assuré par la distinction des assurés à l'égard desquels le régime contraignant actuel est justifié et ceux à l'égard desquels il n'est pas justifié, a non seulement pour mérite d'être conforme à l'esprit des textes régissant le régime juridique actuel (§ 2) et permet de rétablir un réel équilibre contractuel entre les assureurs et les assurés souscripteurs de contrat couvrant les grands risques (§ 1).

¹⁴⁰⁸ En France on peut notamment citer le Conseil national de la consommation, la commission des clauses abusives, le médiateur de l'assurance, etc.

§ 1 – UN RÉGIME RÉTABLISSANT L'ÉQUILIBRE DU CONTRAT D'ASSURANCE

408. En soumettant l'exclusion de garantie à un régime juridique très contraignant, les législateurs français et québécois ont simplement voulu protéger l'assuré face à son cocontractant (l'assureur) rédacteur du contrat d'assurance qui avait cette habitude d'y insérer des clauses très défavorables aux assurés¹⁴⁰⁹ notamment des clauses d'exclusion de garantie qui avaient la particularité d'être souvent ambiguës à tel point que les assurés ne savaient pas exactement dans quels cas ils n'étaient pas couverts, ou vidaient simplement la garantie offerte de sa substance. Rédigé entièrement à l'avance par l'une des parties qui de surcroît n'hésite pas d'abuser de ce droit, le contrat d'assurance se révèle comme symbole du déséquilibre contractuel. Un déséquilibre que faisait d'ailleurs remarquer la jurisprudence lorsque dès 1855 la Cour d'appel d'Amiens pour inviter les juges à interpréter le contrat d'assurance en équité, soulignait que : « *les stipulations de polices [sont] rédigées d'avance par les compagnies, et souscrites la plupart du temps par l'assuré, sans avoir été en situation d'en débattre les termes et même d'en bien comprendre toujours la portée* »¹⁴¹⁰. Quelques années plus tard, Hémard soulignait à son tour ce déséquilibre du contrat d'assurance lorsqu'il écrit :

Les conditions générales [du contrat d'assurance] ne donnent pas lieu à une discussion entre les parties contractantes, elles doivent être acceptées en bloc par l'assuré, de telle sorte que dans le contrat d'assurance, il n'y a pas concours des volontés, il y a adhésion d'une volonté à une volonté préétablie [...]. La discussion des parties, et notamment la manifestation de la volonté de l'assuré, ne portait que sur les conditions de fait de l'assurance à contracter, sur la durée du contrat, le montant de la somme assurée et parfois sur la prime¹⁴¹¹.

Puis Justin Godart fera le même constat. D'abord il écrit :

La convention contenue dans la police, de quelle nature est-elle exactement ? Les deux parties, assureurs, d'une part, assurés, d'autre part, y participent-elles sur le "même pied d'égalité" ? Non. L'assureur impose en quelque sorte ses conditions à l'assuré : ce sont les conditions générales du contrat : l'assuré n'est pas admis à les discuter ; tout ce qu'il peut faire, c'est obtenir l'adjonction de conditions particulières. Il n'a qu'à adhérer purement et simplement aux conditions générales de sa police ; sa volonté n'est donc pas libre.

¹⁴⁰⁹ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 1982, *op. cit.*, note 7, n^{os} 3 et 37, pp. 6 et 57.

¹⁴¹⁰ Cour d'appel d'Amiens, 1^{er} janvier 1855, *Dalloz jur. Gén.*, 1855, II, p.153.

¹⁴¹¹ J. HEMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, tome I : la notion, l'évolution, la science de l'assurance terrestre, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1924, p.478.

Mais il y a plus ; ces conditions générales, imprimées en caractères serrés et très fins, l'assuré ne les lit pas ; et quand il les lit, il ne les comprend pas souvent ! Il y a là bien établi en faveur de l'assureur, qui redoute, à bon droit d'ailleurs les fraudes, tout un réseau de limites apportées à la garantie, de règles compliquées telle que la règle proportionnelle en matière de règlement de sinistre d'incendie, de déchéances dont le jeu n'apparaîtra hélas ! À l'assuré qu'après le premier sinistre ! Que sait généralement de son contrat l'assuré moyen ?

Le montant de la prime ! La somme assurée ? Il croit la connaître, mais le jeu d'une clause ou d'une règle qu'il ignore lui montrera, dans toute la déception qu'entraîne après soi une telle révélation, qu'il avait trop présumé de la véritable étendue de ses droits. Comment dans ces conditions, s'étonner de la mentalité de l'assuré à l'égard de l'assureur faite généralement de méfiance et de crainte ?¹⁴¹²

Ensuite il ajoute :

La coutume de l'assurance était donc, il faut le reconnaître, fâcheuse : " l'assuré, c'est-à-dire tout le monde " ne comprenait pas la police ou récriminait contre l'assureur ; cette atmosphère trouble s'était quelque peu dissipée sous l'influence bienfaisante de la doctrine et de la jurisprudence ; mais tout ceci n'en demeurait pas moins insuffisant¹⁴¹³.

L'équité dont prônaient les juges était donc une façon de compenser le déséquilibre du contrat d'assurance en permettant aux juges de ne pas s'arrêter uniquement à la lettre des polices lorsqu'ils interprètent un contrat d'assurance. Cette idée de la jurisprudence française de recourir à l'équité pour rétablir l'équilibre du contrat d'assurance était surtout due à l'absence d'une loi générale réglementant l'assurance terrestre. Ce qui rendait encore plus urgent la nécessité d'une telle loi en France et dont réclamait sans cesse la doctrine qui soulignait que :

Les avantages que le système des assurances terrestres offre à la propriété, au commerce, à l'industrie, ont été compris : les biens assurés par les compagnies s'élèvent à une valeur de plusieurs milliards ; les contrats d'assurance se multiplient chaque jour, provoqués par une concurrence active entre les assureurs ; aussi est-on en droit de s'étonner de ne la voir régie par aucune loi spéciale. Les assurances maritimes ont, depuis longtemps, leur législation : l'ordonnance de 1681 y avait pourvu, et le Code du commerce en a reproduit les dispositions, en les modifiant d'après l'état actuel des affaires.

¹⁴¹² J. GODART et A.PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des assurances, commentaire pratique et complet de la Loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance avec, en appendice, le droit fiscal de l'assurance*, Librairie des juris-classeurs, Ed. Godde, Paris, 1930, Avant-propos, p.15 et 16., cité par C. BELLENGER, *L'histoire de l'assurance de dommages en France*, Thèse, Panthéon-Assas, 2011, pp. 214-215.

¹⁴¹³ *Id.*, p. 19., cité par C. BELLENGER, *L'histoire de l'assurance de dommages en France*, op. cit., p. 215.

Quant aux assurances terrestres, on a dû suppléer au silence de la loi en établissant, dans les polices, la loi de chaque contrat ; mais les conventions des parties ne peuvent pas tout prévoir, et n'ont pas de puissance régulatrice sur les intérêts des tiers : elles ne disent rien sur les difficultés que leur exécution peut faire naître. Il faut, dans ces divers cas, recourir à des analogies puisées dans la loi maritime ; les contractants, les arbitres, les tribunaux ne trouvent à s'appuyer que sur une jurisprudence qui, sur bien des points, est encore incertaine¹⁴¹⁴.

Puis le législateur français qui n'est pas resté indifférent à ce constat de déséquilibre du contrat d'assurance et la nécessité de le régler pour y remédier, ne manquera pas l'occasion avec l'adoption de la loi tant attendue qui intervint finalement en 1930¹⁴¹⁵. C'est de cette loi que remonte le régime contraignant de l'exclusion de garantie (dont abusaient déjà les assureurs qui s'en servaient pour vider la garantie offerte de sa substance) en droit français, puisque c'est son article 12 *in fine* (devenu l'article L113-1 du Code des assurances) qui consacre les conditions de fond précitées exigées pour la validité des clauses d'exclusion de garantie contenues dans les polices d'assurance. Pour ce qui est de la condition de validité de forme prévue à ce jour à l'article L112-4 *in fine* du Code des assurances, elle n'a été consacrée que plus tard avec la loi de 1981¹⁴¹⁶. Il en est de même en droit québécois, on retrouve le régime actuel de l'exclusion de garantie à l'article 2563 du Code civil du Bas-Canada issu de la première grande réforme du droit des assurances de 1976¹⁴¹⁷ (devenu article 2464 du Code civil du Québec) qui fixe les conditions précitées exigées pour la validité des clauses d'exclusion. Comme la majeure partie des dispositions régissant le contrat d'assurance¹⁴¹⁸, ces dispositions adoptées par les législateurs français et québécois visaient donc à rétablir l'équilibre du contrat d'assurance par la protection de l'assuré.

¹⁴¹⁴ Rép. méth. Dalloz, Paris, 1847, p. 325.

¹⁴¹⁵ Loi du 13 juillet 1930, *supra*, n° 2.

¹⁴¹⁶ Loi n°81-5 du 7 janv. 1981 relative au contrat d'assurance et aux opérations de capitalisation – Art. 30.

¹⁴¹⁷ *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976).

¹⁴¹⁸ Article 2414 C.c.Q. et L111-2 C. assur. Ces dispositions qui fixent le contenu minimum du contrat d'assurance, sont généralement d'ordre public relatif en ce qu'elles interdisent toute clause contraire, sauf si elle est favorable à toute personne intéressée au contrat, autre que l'assureur (art. 2414 al. 1 C.c.Q.).

409. Toutefois, comme il a été déjà souligné, le déséquilibre du contrat d'assurance auquel les législateurs français et québécois ont souhaité mettre fin à travers le régime contraignant de l'exclusion de garantie, est essentiellement dû au fait que « les conditions générales [du contrat d'assurance] ne donnent pas lieu à une discussion entre les parties contractantes, elles doivent être acceptées en bloc par l'assuré, de telle sorte que dans le contrat d'assurance, il n'y a pas concours des volontés, il y a adhésion d'une volonté à une volonté préétablie [...]»¹⁴¹⁹. Autrement dit, c'est essentiellement en raison de la rédaction du contrat d'assurance par l'assureur avec l'abus que cela a engendré par le passé et l'adhésion de l'assuré sans possibilité de négociation, que ce contrat est considéré comme déséquilibré et que le législateur décide d'intervenir pour y remédier. Mais lorsque l'on sait que ce ne sont pas tous les souscripteurs de contrat d'assurance qui adhèrent au contrat rédigé d'avance par l'assureur sans possibilité de négocier les termes (on pense ici aux grandes entreprises souscriptrices d'assurance couvrant les grands risques où « les termes du contrat sont négociés ou parfois même rédigés par l'assuré lui-même »¹⁴²⁰), le déséquilibre supposé du contrat d'assurance se doit d'être relativisé et par conséquent, toutes les dispositions protectrices de l'assuré adoptées pour rétablir l'équilibre du contrat d'assurance. En effet, si en matière d'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs ou les non-professionnels, ces dispositions protectrices de l'assuré, comme celles régissant à ce jour le régime juridique de l'exclusion de garantie en droits français et québécois, rétablissent effectivement un certain équilibre contractuel entre assureurs et assurés, en matière d'assurance des grands risques souscrite par les grandes entreprises, appliquer ces dispositions produit l'effet contraire, à savoir un déséquilibre du contrat en faveur cette fois-ci de l'assuré qui se trouve « favorisé à l'excès ». Dès lors, pour parvenir à rétablir un véritable équilibre du contrat d'assurance, rien de mieux que de réserver les dispositions protectrices du droit des assurances aux seuls assurés qui le nécessitent. Ainsi, en limitant à l'assurance des risques de masse l'application du régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois, et en dotant « l'assurance des grands risques, qui ne requièrent pas une protection particulière, d'un régime plus libéral »¹⁴²¹, l'équilibre tant souhaité du contrat d'assurance serait enfin effectif, du moins en théorie.

¹⁴¹⁹ J. HEMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, *op. cit.*

¹⁴²⁰ S.CÔTÉ, « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », *op. cit.*, pp. 23.

¹⁴²¹ J. BIGOT, in *Traité du droit des assurances* (ss. dir.) J. BIGOT, *op. cit.*, note 4, n° 352, p. 167.

Autrement dit, le caractère contraignant et protecteur des assurés du régime juridique de l'exclusion de garantie, compense le fait qu'en matière d'assurance des risques de masse, les termes du contrat rédigés d'avance par l'assureur sont imposés à l'assuré. C'est cette compensation qui rétablit l'équilibre entre assureurs et assurés de risques de masse. Et en matière d'assurance des grands risques, « doter l'exclusion de garantie d'un régime plus libéral »¹⁴²², compense le fait que le contrat est librement négocié et donc, *a priori* équilibré. Un équilibre qui à ce jour est mis en mal par l'application à l'assurance des grands risques du régime juridique de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois. Un régime qui, comme il a été maintes fois souligné, est contraignant et protecteur de l'assuré.

410. C'est tout l'intérêt d'un régime juridique de l'exclusion de garantie prenant en compte la situation réelle de l'assuré pour distinguer d'une part, le régime contraignant et protecteur de l'assuré applicable à l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs et les non-professionnels, et d'autre part, « le régime plus libéral » traitant équitablement assureurs et assurés, applicable à l'assurance des grands risques souscrite par les grandes entreprises. A ce propos, on parlera de double régime de l'exclusion de garantie qui, rétablit un véritable équilibre du contrat d'assurance et ce, conformément à l'esprit du droit de l'assurance terrestre en générale, et les dispositions consacrant le régime actuel de l'exclusion de garantie en particulier.

¹⁴²² *Ibid.*

§ 2 – UN RÉGIME CONFORME À L'ESPRIT DE LA LOI

411. Même si « la réglementation du contrat d'assurance était réclamée par la doctrine, les magistrats et les assurés par [l'intermédiaire] des chambres de commerce [sans que] les assureurs [ne soient] hostiles [...], [outre la] sécurité juridique[et la] simplification des conditions générales des contrats, *une meilleure protection de l'assuré face à la toute-puissance de l'assureur* [était le principal] argument qui plaide en faveur d'une loi »¹⁴²³. En effet, « *le législateur a un devoir impérieux que ne peuvent remplir les tribunaux pour lesquelles la convention fait la loi des parties. Il faut que la loi remplisse une sorte de mission sociale, qu'elle intervienne pour protéger le faible contre le fort, l'assuré contre l'assureur, en prohibant certaines clauses ou en imposant certaines autres* »¹⁴²⁴. C'est cette idée de protection de la partie faible du contrat d'assurance face la partie puissante qui animait les législateurs français et québécois lorsqu'ils règlementent le contrat d'assurance terrestre et l'exclusion de garantie en particulier. Autrement dit, le but étant de rétablir l'équilibre contractuel entre assureurs et assurés, c'est n'est non pas « l'assuré en tant que tel » que le législateur a voulu protéger en règlementant le contrat d'assurance, mais « la partie faible » laquelle est certes l'assuré dans la plupart du temps mais pas exclusivement pour les raisons rappelées ci-dessus. L'inapplication à l'assurance des grands risques des dispositions protectrices du droit de la consommation qui fait pourtant « partie aujourd'hui des sources générales du droit du contrat d'assurance »¹⁴²⁵ et de certaines règles protectrices de l'assuré prévues par le droit spécial des assurances, illustrent parfaitement cet *esprit de la loi de ne protéger que le faible contre le fort*. Le législateur n'a certainement pas voulu et n'a aucune raison de vouloir protéger un assuré qui ne serait pas en position de faiblesse vis-à-vis de l'assureur. Ainsi, lorsque « les magistrats se montrent favorables à l'assuré dans l'interprétation du contrat d'assurance lorsque celui-ci a été contracté avec un particulier, et nuancent plus leurs jugements lorsque les contrats sont conclus avec des professionnels, plus à même d'en discuter le contenu »¹⁴²⁶, ils ne font que confirmer cet esprit qui anime les législateurs français et québécois.

¹⁴²³ C. BELLENGER, *L'histoire de l'assurance de dommages en France*, Thèse, *op. cit.*, p. 213 (nos italiques).

¹⁴²⁴ LYON-CAEN, *Projet de loi relatif au contrat d'assurance présenté par Trouillot, ministre du Commerce*, JORF, Doc. AN., session ordinaire, 4-13 juillet 1904, annexe n°1918, p. 920., cité par Claire Bellenger, *L'histoire de l'assurance de dommages en France*, *op. cit.* p. 214.

¹⁴²⁵ M. BRUSCHI, « L'élimination des clauses abusives dans le contrat d'assurance », in *Études offertes à H. Groutel*, LexisNexis-Litec, 2006, p. 71.

¹⁴²⁶ C. BELLENGER, *L'histoire de l'assurance de dommages en France*, Thèse, *op. cit.*, p. 240.

412. C'est cet esprit (de protection de la seule partie faible qui contrat d'assurance) de la Loi qui est mis en avant à travers ce régime d'exclusion de garantie prenant en compte la situation réelle des assurés pour distinguer l'assurance des grands risques souscrite par les grandes entreprises de l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs ou les non-professionnels.

CONCLUSION DU TITRE 2

413. La mise en lumière des difficultés engendrées par la notion d'exclusion de garantie et ses régimes juridiques semblables actuellement en vigueur en droit français et en droit québécois des assurances terrestres, a permis d'envisager des solutions. Ainsi, pour la difficulté purement notionnelle rendant difficile la distinction entre l'exclusion de garantie aux notions voisines (condition de garantie et clause définissant le risque couvert) et ce, aussi bien en droit français qu'en droit québécois, a été envisagé des perspectives de solutions modernes (*un renforcement du règlement extrajudiciaire des litiges pour le droit français en particulier ; puis la fixation légale d'une garantie de base et l'énumération des exclusions autorisées aussi bien en droit français qu'en droit québécois*) pour compléter les solutions classiques (*recours à la législation sur les clauses abusives, recherche de critères de distinction ou alignement de régime juridique des différentes notions*) proposées en droit français. A défaut de mettre fin à cette difficulté notionnelle rendant délicat la distinction de l'exclusion aux notions voisines, la combinaison de ces perspectives de solutions classiques et modernes permettra au moins d'avoir les idées un peu plus claires sur ce qu'il faut entendre par « exclusion de garantie en matière d'assurance ». Devenue théoriquement plus lisible, elle suscitera dorénavant peu de difficultés (du moins on l'espère), dans la pratique jurisprudentielle française en particulière.

414. Quant aux difficultés engendrées par les régimes juridiques de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droit français et en droit québécois des assurances terrestres (un régime contraignant et généralisé, source de nombreux litiges), c'est l'adaptation du régime juridique l'exclusion à la situation réelle de l'assuré qui a été envisagée comme solution. Cette adaptation se matérialisera par un assouplissement du régime actuel pour l'assurance des grands risques souscrite par les grandes entreprises et son renforcement pour l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs et les non-professionnels. Adapté à la situation réelle de ces deux catégories d'assurés, ce nouveau régime juridique de l'exclusion de garantie est conforme à l'esprit de la réglementation du contrat d'assurance terrestre qui, en France tout comme au Québec, vise à protéger non pas l'assuré en tant que tel, mais la partie faible du contrat d'assurance afin rétablir un équilibre contractuel dans ce contrat généralement déséquilibré en faveur de l'assureur.

Pertinent et juridiquement fondé, ce régime juridique de l'exclusion de garantie adapté à la situation de l'assuré permettra aussi et surtout d'atténuer les nombreux litiges engendrés par le caractère contraignant et généralisé des régimes juridiques semblables actuellement en vigueur en droits français et québécois.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

415. Cette seconde partie de la présente étude a été l'occasion de mettre non seulement en lumière les difficultés qu'engendrent à ce jour la notion et le régime juridique de l'exclusion de garantie en matière d'assurance, mais aussi et surtout d'envisager des solutions. Mais contrairement au droit français, faute de débat doctrinal et de confusion jurisprudentielle autour de la notion d'exclusion en droit québécois, il est possible d'affirmer que sur le plan pratique, la notion d'exclusion de garantie ne pose pas difficulté particulière en droit québécois. Cette absence de difficulté particulière de la notion d'exclusion en droit québécois semble s'expliquer par le pragmatisme et l'efficacité dont font preuve les assureurs québécois dans le traitement non-contentieux des réclamations d'assurance, dans la mesure où tout comme son homologue français, le législateur québécois ne définit pas à son tour la notion d'exclusion. C'est ainsi que, outre la recherche critères de qualification de l'exclusion, le recours au règlement extrajudiciaire des litiges opposants assureurs et assurés a été suggéré parmi les solutions à la difficulté notionnelle de l'exclusion de garantie. Quant au régime juridique de l'exclusion, les difficultés qu'il suscite se rencontrent à la fois en droit français et en droit québécois, à savoir un régime contraignant et généralisé qui protège l'assuré sans prendre en compte sa situation réelle pour distinguer les assurés qui nécessitent une telle protection particulière de ceux qui ne le nécessitent pas. D'où la nécessité d'abandonner ce régime commun de l'exclusion de garantie actuellement en vigueur en droits français et québécois, au profit d'un double régime distinguant l'assurance des risques de masse souscrite par les consommateurs et les non-professionnels et l'assurance des grands risques souscrites par les grandes entreprises.

416. De ce qui précède, force est de constater que mise à part les incertitudes et confusions jurisprudentielles constatées uniquement en droit français, il n'y a aucune différence entre les droits français et québécois sur la notion d'exclusion de garantie et son régime juridique. On constate dans les deux systèmes, une absence de définition légale de la notion d'exclusion de garantie et sa délicate distinction avec les notions voisines. Il en est de même du régime juridique qui, dans les deux systèmes, se révèle contraignant, généralisé et inadapté à la situation réelle des différents assurés. Ce point de convergence entre les droits français et québécois s'explique certainement par le fait que les deux systèmes ont en commun les règles et les grands principes régissant l'assurance terrestre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

417. Faire une étude de droit comparé peut paraître anodin quand les droits à comparer sont du même système juridique comme le sont le droit français et le droit québécois des assurances terrestres relevant de la tradition civiliste du système romano-germanique. Et cela d'autant plus quand il s'agit de comparer le droit des assurances terrestres dont la similarité de celui en vigueur dans différents États est telle qu'il est possible de parler de droit international des assurances. Telle est l'impression qu'il est possible d'avoir à propos d'un sujet de thèse comme celui de la présente étude intitulée « l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : étude comparative des droits français et québécois ». Toutefois, les recherches ayant nécessité la réalisation de la présente étude montrent que, les droits français et québécois des assurances terrestres sont certes semblables mais pas identiques, notamment sur cette problématique de l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance. Si la technique et le fonctionnement de l'assurance terrestre, mais aussi les règles et grands principes qui les régissent sont théoriquement les mêmes en France et au Québec, les deux systèmes ont beaucoup de divergences quant à l'acception et la réglementation de certaines notions comme la notion d'exclusion de garantie, objet de la présente étude.

418. De cette étude comparative apparaît clairement que l'exclusion de garantie est une nécessité pour la technique et le bon fonctionnement de l'assurance qui rendent impossible la couverture de certains risques et ce, que ce soit en droit français ou en droit québécois. A ce propos, on parle de l'inassurabilité technique ou légale de risque. Outre l'universalité du mécanisme de fonctionnement de l'assurance qui repose sur la statistique et la mutualisation des risques aléatoires semblables, ce point de convergence des deux systèmes sur la raison d'être de l'exclusion de garantie (une nécessité pour la technique et le fonctionnement de l'assurance) et son admission légale, s'explique non seulement par le principe de la liberté contractuelle, mais aussi et surtout par la limite de l'assurabilité liée à la nature même du contrat d'assurance qu'on qualifie d'aléatoire ou plutôt la nature du risque susceptible de faire l'objet d'un contrat d'assurance. Quant à la convergence des deux systèmes sur le caractère très contraignant du régime actuel de l'exclusion de garantie, elle s'explique par la nécessité de rétablir l'équilibre du contrat d'assurance en protégeant l'assuré, supposé partie faible du contrat d'assurance et en empêchant que la garantie qui lui est offerte ne soit vidée de sa substance.

Il s'agit pour les législateurs français et québécois de trouver le juste équilibre pour concilier d'une part, la nécessité que l'exclusion de garantie représente pour la technique et le bon fonctionnement de l'assurance, et d'autre part, la nécessité de protéger les assurés ou les bénéficiaires de la garantie d'assurance. Autrement dit, le but est de *garantir le fonctionnement de l'assurance sur des bases saines et d'équilibre contractuel, sans pour autant remettre en cause sa principale raison d'être, « protéger l'assuré »*.

419. Avec la limite de l'assurabilité et la liberté contractuelle qui se traduisent par les exclusions de garantie que comporte toute police d'assurance, il est donc possible d'affirmer que : *il n'est point d'assurance sans exclusion de garantie, ni d'assurance avec des exclusions illimitées ou dont l'assuré ignore l'existence*. L'exclusion de garantie serait donc un « *mal nécessaire* ». Un mal en ce qu'elle conduit à la non-couverture de l'assuré et éventuellement des victimes sans réparation. Et nécessaire en ce qu'elle est indispensable à la technique et au bon fonctionnement de l'assurance. Ce qui confirme notre hypothèse de recherche de départ selon laquelle, l'exclusion de garantie est à la fois un effet de la technique d'assurance et une nécessité pour son bon fonctionnement, mais dont le régime juridique actuellement en vigueur en droits français et québécois mérite d'être repensé de façon à prendre en compte la situation réelle de l'assuré et y adapter sa protection. Ainsi, pour les assurés ayant la possibilité de négocier leur contrat (grandes entreprises) et qui se trouvent de ce fait, favorisés à l'excès par le régime juridique très protecteur actuellement en vigueur en droit français et en droit québécois, un régime juridique plus libéral serait mieux adapté à leur situation. Quant aux assurés qui ne peuvent que se contenter d'adhérer au contrat pré-rédigé par l'assureur (consommateurs et non-professionnels), le régime juridique actuel est tout à fait justifié et mérite même d'être renforcé par la mention des exclusions de garanties dans un document séparé qui leur est adressé périodiquement en guise de rappel. En plus de rétablir un réel équilibre du contrat d'assurance, conformément à l'esprit du droit des assurances terrestres en général et les dispositions consacrant le régime actuel de l'exclusion en particulier, ce double régime juridique de l'exclusion de garantie permettra enfin de *garantir un véritable fonctionnement de l'assurance sur des bases saines et équilibrées, sans remettre en cause sa principale raison d'être*.

420. Mais même si les litiges liés à la problématique d'exclusion de garantie sont assez nombreux en France et au Québec, la notion d'exclusion en tant que telle ne fait l'objet d'aucun débat doctrinal ou jurisprudentiel en droit québécois et ce, contrairement au droit français qui connaît un débat doctrinal très houleux alimenté par une confusion jurisprudentielle fort remarquable autour de la notion. Outre le fait que le droit français privilégie une conception sociale de l'assurance et le droit québécois une conception plutôt économique, l'absence de difficulté particulière de la notion d'exclusion de garantie en droit québécois peut avoir deux explications. La première, c'est le pragmatisme et l'efficacité dont font davantage preuve les assureurs québécois dans le traitement non contentieux des réclamations qui leurs sont faites par les assurés. De sorte que les tribunaux qui sont davantage soucieux par la volonté de protéger les assurés ou les victimes par l'effectivité de la garantie offerte pour éviter qu'ils se retrouvent sans garantie et donc sans réparation, sont peu sollicités pour que les juges en s'appuyant notamment sur les conditions de validité des exclusions de garantie, aient l'occasion de trouver la possibilité d'écarter toute clause susceptible de rendre non effective ladite garantie. La seconde, est l'orientation du droit québécois vers une politique juridique plus conciliatrice des intérêts en présence dans un contrat d'assurance, à savoir la protection des assurés et le respect de la loi contractuelle¹⁴²⁷. Donc une politique juridique davantage respectueuse des règles régissant la technique et le fonctionnement de l'assurance.

421. Inversement, la difficulté notionnelle de l'exclusion de garantie en droit français peut, d'une part, s'expliquer par le contentieux auquel débouchent systématiquement les réclamations d'assurance en raison du réflexe quasi-systématique des assureurs de ne pas honorer ou minorer leur obligation de règlement. Et d'autre part, par l'orientation du droit français vers une politique juridique davantage soucieuse par la protection des assurés et éventuelles victimes, et qui de ce fait, innerve le droit du contrat d'assurance par ce souci constant de parvenir à l'effectivité de la garantie souscrite.

¹⁴²⁷A titre d'illustration, les tribunaux québécois décident que « certains événements ne présentent pas suffisamment de distance ou de détachement entre l'acte et le résultat, de sorte que la volonté de l'un emporte celle de l'autre » (*Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q 335, 372 (C.A.), ou qu'« il est assez difficile de prétendre que le fait de mettre intentionnellement le feu à la maison n'implique pas la destruction de l'automobile garée tout à côté » (*Banque de Nouvelle-Écosse c. Bélair, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A 125 (C.S.)), Cité par J.G. BERGERON, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1996, p. 171 (ci-après : « J.G. BERGERON (1996) »). Et avec la conception française, la faute intentionnelle serait tout simplement écartée dans ces espèces. Alors qu'on constate l'inverse ici en droit québécois.

Permettant ainsi aux juges peu soucieux de la loi contractuelle, de compromettre l'équilibre du contrat en écartant par tout moyen des clauses d'exclusion qui n'ont pour tort que d'empêcher cette effectivité de la garantie et donc de déplaire aux juges. Ainsi, bien que les droits français et québécois convergent sur cette nécessité de l'exclusion de garantie pour la technique et le bon fonctionnement de l'assurance, mais aussi sur l'application généralisée de son régime juridique très contraignant, seul le droit français connaît des difficultés particulières dans la mise en œuvre de la notion. Mais à défaut d'une définition légale de la notion d'exclusion, les difficultés qu'elle engendre à ce jour en droit français seront considérablement réduites si les tribunaux sont moins sollicités dans le règlement des litiges opposants assureurs et assurés, mais aussi et surtout en optant pour une politique juridique qui privilégie le juste équilibre entre la nécessité de protéger assurés et victimes d'une part, et le respect de la loi contractuelle d'autre part. Conforme aux règles et grands principes régissant la technique et le fonctionnement de l'assurance, ce juste équilibre aura également pour mérite de pérenniser l'assurance en garantissant son développement sur des bases saines.

422. Outre la détermination de la raison d'être la raison d'être de l'exclusion de garantie en matière d'assurance, cette étude comparative des droits français et québécois des assurances terrestres a permis de mettre en lumière ses difficultés pour lesquelles les solutions envisagées permettent au moins d'avoir les idées plus claires.

PROPOSITIONS DE THÈSE

A l'issue de cette étude comparative des droits français et québécois portant sur « *l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance* », il est possible de relever dix propositions susceptibles de pallier aux difficultés que la notion d'exclusion de garantie et son régime juridique engendrent à ce jour en droits français et québécois des assurances terrestres.

1. Fixation légale d'une garantie de base et énumération des exclusions autorisées dans toute police d'assurance ;
2. Mention des exclusions dans un document spécifique adressé à l'assuré au moment de la signature du contrat ;
3. Rappeler périodiquement (chaque trois ou six mois) à l'assuré les exclusions contenues dans sa police d'assurance ;
4. Inciter les assureurs et assurés français à recourir davantage aux modes de règlement extrajudiciaire des litiges ;
5. Retenir en droit français la même définition que le droit québécois donne à « la faute intentionnelle de l'assuré », à savoir : « *la volonté de causer le dommage [ou plus précisément le sinistre] survenu* » et non « la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu » que retient actuellement le droit le droit français.
6. Conserver un régime de l'exclusion stricte et contraignant pour l'assurance des risques de masse souscrites par les consommateurs ou les non-professionnels ;
7. Assouplir le régime de l'exclusion actuellement en vigueur en droits français et québécois pour l'assurance des grands risques souscrite par les grandes entreprises ;
8. Employer l'expression « assurance à garantie maximale » en lieu et place d'« assurance tous risques » ;
9. Éviter de protéger les assurés au détriment de l'équilibre contractuel ;
10. Sensibiliser davantage les assurés profanes sur les limites de l'assurabilité et les assureurs sur la nécessité d'éviter d'avoir systématiquement le réflexe de minimiser leur obligation de règlement à défaut de s'en libérer.

BIBLIOGRAPHIE

1. DROIT FRANÇAIS

1.1 TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- **ANCEY C.,**
 - *L'assurance, sa technique et son mécanisme*, Paris, LGDJ, 1933.
- **ABRAVANEL-JOLLY S.,**
 - *Droit des assurances*, Paris, Ellipses, 3^e éd. 202.
 - *Droit des assurances*, Paris, Ellipses, 2^e éd. 2017.
- **ABRAVANEL-JOLLY S. et ASTEGIANO-LA RIZZA A.,**
 - *Un an de jurisprudence en droit des assurances (juin 2012-juin 2013)*, LexisNexis, 2014.
 - *Droit des assurances*, Paris, LexisNexis, 5^e éd., 2016.
- **BESSON A.,**
 - « Le contrat d'assurance », in Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 2^e éd., t. XI, 1954.
- **BEIGNIER B et BEN HADJ YAHIA S.,**
 - *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, coll. « Domat - Droit privé », 3^e éd., 2018.
- **BERR C.-J. et GROUTEL H.,**
 - *Droit des assurances*, Dalloz, « Mémento », 2008.
 - *Les grands arrêts du droit des assurances*, Paris, Sirey, 1978.
- **BIGOT J (ss. dir.),**
 - *Traité de droit des assurances. Le contrat d'assurance*, t. 3, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2014.
 - *Traité de droit des assurances. Les assurances de personnes*, t. 4, Paris, LGDJ, 2007.
- **BONNARD J.,**
 - *Droit des assurances*, Paris, LexisNexis, 5^e éd., 2016.
 - *Droit des assurances*, Paris, Litec, 3^e éd., 2009.
- **BESSON A et M. PICARD.,**
 - *Les assurances terrestres*, t. 1 « Le contrat d'assurance », 5^e éd. par BESSON A., Paris, LGDJ, 1982.
- **COUILBAULT F., COUILBAULT – DI TOMMASO S., HUBERTY V.,**
 - *Les grands principes de l'assurance*, Paris, Argus, 14^e éd., 2019.

- **CHAPUISAT F.,**
 - *Le droit des assurances*, Paris, PUF, 1995.
- **CHAPPORIP.-A.,**
 - *Risques et assurances*, Paris, Flammarion, coll. « Dominos », 1997.
- **CORNU G (dir.),**
 - *Vocabulaire juridique*, Paris, 13e éd., 2020.
- **CHAGNY M et PEDRIX L.,**
 - *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2018.
 - *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2014.
- **CHARRÉ-SERVEAU M et LANDEL M.,**
 - *Lexique juridique et pratique des termes d'assurance*, Paris, L'Argus de l'assurance, 2003.
- **DE MULLER-LUTZ H.,**
 - *Dictionnaire d'assurance* (allemand, anglais, français, espagnol), 1977.
- **EWALD F.,**
 - *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.
- **EWALD F et LORENZI J.-H. (dir.),**
 - *Encyclopédie de l'assurance*, Paris Economica, 1998.
- **FOURASTIÉ J.,**
 - *Les assurances au point de vue économique et social*, Payot, 1946.
- **GALLIX L.,**
 - *Il était une fois l'assurance*, Paris, Argus, 1985.
- **GELOT B.,**
 - *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, LGDJ, 2003.
- **GRYNBAUM L (dir.),**
 - *Assurances. Droit et pratique*, Paris, Argus, 2020/2021.
- **GROUTELH (dir.),**
 - *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, Litec, 1^{re} éd., 2008.
- **HÉMARD J.,**
 - *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Sirey, 2^e vol., 1924-1925.
- **JACOB J.,**
 - *Les assurances*, Paris, 3^e éd., Dalloz, 1982.

- **KULLMANNJ (dir.),**
 - *Lamy Assurances*, éd. Lamy 2011.

- **KRAJESKI D.,**
 - *Droit des assurances*, Paris, Montchrestien (Focus droit), 2^e éd., 2008.

- **LARROUMET C (dir.),**
 - *Traité de droit civil. Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, Paris, 3^e éd., ECONOMICA, 2016.

- **LARGUÈZE B.,**
 - *Le livre de l'assurance*, 1977.

- **LAMBERT-FAIVRE Y et LEVENEUR L.,**
 - *Droit des assurances*, Paris, Précis Dalloz, 14^e éd., 2017.

- **MARLYP.-G.,**
 - *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2013.

- **NICOLAS V.,**
 - *Droit des contrats d'assurance*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2012.

- **POTHIER R. J.,**
 - *Traité des contrats aléatoires*, 1777.

- **ROUSSEAUJ.-J.,**
 - *Du contrat social ou principes du droit politique*, Genève, 1972.

- **ROCHEX A. F. et COURTIEU G.,** *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1998.

- **RIALS S et ALLAND D (dir.),**
 - *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

- SAINT-JOURS Y (dir.),**
 - *Traité de sécurité sociale*, Tome V, Paris 1990.

1.2 OUVRAGES SPÉCIAUX, MÉLANGES, MÉMOIRES ET THÈSES

- **ALKHALFAN I.,**

- *La protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance*, Thèse, Montpellier I, (ss. dir.) A. PELISSIER, 2012.

- **AUBERTJ.-L.,**

- *L'assurance vie et les assurances de personnes*, PUF, coll. Que sais-je ? 1983, n° 2061.

- **BECK U.,**

- *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2003.

- **BELLENGER B.,**

- *L'histoire de l'assurance de dommages en France*, Thèse, Panthéon-Assas, 2011.

- **BRUGUIER-CRESPY L.,**

- *Essai de distinction entre les clauses définissant l'objet de la garantie et les clauses d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance*, Mémoire, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines 2002.

- **BERR C.-J. et GROUTEL H.,**

- *Les assurés face aux assureurs dans le monde contemporain*, Paris, Sirey, 1983.

- **BESSON A.,**

- *Mélanges*, Paris, LGDJ, 1976.

- **BIGOT J.,**

- *Mélanges*, Paris, LGDJ, 2010.

- **CHIAPPORI P.-A.,**

- *Risques et assurance*, Paris, Flammarion, 1997.

- **CANDEILLE N. H.-C.,**

- *Du risque assurable au risque garanti en assurance terrestre*, thèse Paris II, 1999.

- **CHAINAIS C.,**

- *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Thèse, Paris 2, 2005.

- **CHARBONNIER J.,**

- *Le Risque management*, Éd., L'argus de l'assurance, coll. « Plus », 2007.

- **DALLOZB.,**
 - *L'intention, essai sur la notion en droit civil*, th. Lyon III, 2009 (s. dir.) de H. CROZE.
- **DEMONT B.,**
 - *L'aléa dans le contrat d'assurance*, th. Paris II, 2012 (dir.) L. LEVENEUR, Institut Universitaire Varenne, collection thèses, 2013, n° 129.
- **DACUNHA-CASTELLE D.,**
 - *Chemins de l'aléatoire. Le hasard et le risque dans la société moderne*, Flammarion, 1996.
- **EWALD F.,**
 - *Histoire de l'État providence. Les origines de la solidarité*, Paris, Grasset, Bibl. Essais, 1996.
- **ELIASHBERG C.,**
 - *Risques et assurances de responsabilité civile*, Paris, 4^eéd., L'Argus de l'assurance, 2002.
- **FAVRE-ROCHEX A et COURTIEU G.,**
 - *Le droit des assurances obligatoires*, Paris, LGDJ, 2000.
- **FABRE-MAGNAN M.,**
 - *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, th., Paris 1, 1991 (s. dir.) J. GHESTIN.
- **FIN-LANGER L.,**
 - *L'équilibre contractuel*, Bibliothèque de Droit Privé tome 366, LGDJ, 2002.
- **GHAFOU-RIAN A.,**
 - *Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français*, th. Paris II, 1977.
- **GROUTEL H.,**
 - *Mélanges*, Paris, Litec 2006.
- **GROUTEL H (dir.),**
 - *Juris-classeur – Responsabilité civile et assurances*, Vol. 6 et 7, n° 500 à 651.
- **GROUTEL H.,**
 - *Le contrat d'assurance*, Dalloz, 2^e éd., 1997.
- **GRYNBAUML.,**
 - *Assurances, Contrat et marché du particulier*, L'argus de l'assurance.
- **GUESMIJ. A.,**
 - *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, thèse. Toulon, 1997.

- **GROS F.,**
 - *L'assurance, son sens historique et social*, Paris, 1920.

- **GRETZ F et PICHOT C.,**
 - *Connaître et comprendre la loi sur le contrat d'assurance terrestre*, Lamy, 16^e éd., 1997.

- **GODARD O [et al].,**
 - *Traité des nouveaux risques : précaution, crise, assurances*, Paris, Gallimard, 2002.

- **GUINCHARD S et CHAPUISATF (dir.).,**
 - *Pratique des assurances du particulier*, Paris, Litec, 2003.

- **HAMON G.,**
 - *Histoire générale de l'assurance*, Paris, L'Assurance moderne, 1897.

- **KAUF E.,**
 - *Jeu des polices d'assurances*, REP, 1980.

- **KHAN R.,**
 - *La notion d'aléa dans les contrats*, Thèse, Paris, 1924.

- **LE GALLOU C.,**
 - *La notion d'indemnité en droit privé*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 486, préf. A. SERIAUX, 2007.

- **LAMBERT-FAIVRE Y et LAMBERT D.-C.,**
 - *Mélanges*, Dalloz, 2002.

- **LAMBERT-FAIVRE Y et PORCHY-SIMON S.,**
 - *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2009.

- **LE TOURNEAU Ph.,**
 - *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2008/2009, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2014.

- **MAYAUX L.,**
 - *Les grandes questions du droit des assurances*, Paris LGDJ, 2011.

- **MISSOL A.,**
 - *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, Thèse, Lyon, 1934.

- **MILLET F.,**
 - *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A.BENABENT et A. LYON-CAEN, P.U.F.D.C.F – LGDJ, 2001.

- MALEVILLE-COSTEDOAT M.-H.,

- *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1995.

- MOUTERDE R.,

- *Le consensualisme et la détermination des risques garantis dans le contrat d'assurance*, Thèse Lyon III, 1992.

- MORIN A.,

- *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, LGDJ, PU de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1998.

- NICOLAS. V.,

- *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 267, préf. J. HERON, 1996.

- PARETTI-WATEL P.,

- *La société du risque*, Paris, La Découverte, 2011.
- *Sociologie du risque*, Paris, Amand Colin, 2003.

- POUILLOUX D.,

- *Mémoires d'assurances : recueil des sources françaises sur l'histoire des assurances du XVI^{ème} au XIX^{ème} siècle*, Paris, Seddita-Risques, 2011.

- PARIS LE CLERC L.,

- *La nature juridique du contrat d'assurance*, Thèse, Paris, 1932.

- G. RIPERT.,

- *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949.

- RUSSO C.,

- *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe : contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, Paris, Dalloz, 2001.

- REVAH O.,

- *Quelles chances de survie pour l'État post-conflit ?* Éd., L'Harmattan, 2010.

- RENARD E.,

- *Des devoirs de l'assuré par rapport aux risques dans le contrat d'assurance*, Thèse, Caen, 1907.

- SEFTON-GREEN R.,

- *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 336, préf. J. Ghestin, 2000.

- STEFANI G.,

- *De l'assurance des fautes*, Paris 1923.

- **SICOT L et MARGEAT H.,**

- *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, préf. de Gabriel Cheneau de Leyritz, 4^o éd., entièrement refondue du commentaire de la loi du 13 juillet 1930, Paris, L.G.D.J., 1962.

- **SICHEL L.,**

- *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. Paris I, 2011.

- **TAISNEJ. J.,**

- *La notion de condition dans les actes juridiques*, Thèse, Lille, 1907.

- **TEMPELAERE A.,**

- *Les mutuelles d'assurance en France e et dans le monde*, Paris, Éd. ECONOMICA, coll. Mieux Connaitre, 2001.

- **TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRY CAPITANT.,**

- *La vérité et le droit*, Journées canadiennes de Montréal et Québec, t. XXXVIII, Paris, Economica, 1988.

- **VAILLIER P.,**

- *Les limites de l'assurance*, Éd., Tribune de l'assurance, 2001.

- **VIGNON-BARRAULT A.,**

- *L'intention et responsabilité civile*, préf. D. MAZEAUD, PUAM, 2004.

- **VINEY G, JOURDAIN P et CARVAL S.,**

- *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013.

- **VINEY G.,**

- *Mélanges*, Paris, LGDJ, 2008.

- **VOIDEY N.,**

- *Le risque en droit civil*, PUAM, 2005.

1.3 ARTICLES DE DOCTRINES, COLLOQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- **ASSELAIN M.,**

- « La violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction », *RCA* 2009, Etudes n° 6.

- **ALBERT A.,**

- « Le rôle économique et social de l'assurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 5.

- **ALBERT M.,**

- « L'avenir de l'assurance : Modèle alpin ou modèle maritime ? », *Risques*1991, n° 5, p. 181.

- **ANCEY C.,**

- « L'assurance, sa technique, son mécanisme », 1933.

- **ALEA ET CONTRAT D'ASSURANCE.,**

- (Colloque du 31 janvier 2014) (mars 2014) 3 *RCA*, dossier 1 à 11.

- **ALQUEZAR J.,**

- « Le risque et le passé », *RGDA*2002, n° 4, p. 1128.

- **AUBERTJ.L.,**

- « Commentaire de la loi n° 85-608 du 11 juin 1985 améliorant l'information des assurés et la transparence des contrats d'assurance vie et de capitalisation », *RGAT*1985, p. 349.
- « L'aléa et l'assurance sur la vie », in *Études offertes à Hubert Groutel, Responsabilité civil et assurance*, Paris, Litec, 2006, p. 13 et s.

- **ABRAVANEL-JOLLY S etASTEGIANO-LA RIZZAA.,**

- « Plaidoyer pour une nécessaire dualité de la faute intentionnelle », in *Lamy Assurances*, Bull. act., n° 181, mars 2011.
- « La faute intentionnelle, le caractère mouvant de la jurisprudence est-il intentionnel ? www.actuassurance.com2014, n° 36, RAC.

- **ABRAVANEL-JOLLY S.,**

- « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.*, 2012. 957.
- « Notion de faute intentionnelle en assurance : une nécessaire dualité », www.actuassurance.com 2009, n° 10-11, Analyses.
- « Maintien regrettable d'une conception unitaire de la faute intentionnelle », www.actuassurance.com 2011, n° 20, Analyses.

- BAKOUCHE D.,

- « *La faute dolosive exclusive de garantie* », *RCA* 2013, étude 8.

- BLONDEAU J.,

- « Définition et principes généraux de la réassurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, (ss. dir.) F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Paris, ECONOMICA, 1998, p. 1328.

- BERTOLASO S.,

- « *L'aléa en droit des assurances : état des lieux et perspectives* », *RGDA* 2009, p. 431.

- BELORGEY J. M.,

- « Contre la discrimination ou l'exclusion en raison de la santé, quelles stratégies ? », *Risques* 2001, n° 45, p. 55.

- BIGOT J.,

- « Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable », *RGAT* 1978.
- « Pour une modernisation du Code des assurances », *JCP G* 2011, doct. 1370.

- BEIGNIER B.,

- « Secret médical et assurances de personnes », *D.* 1999, chron. p. 469
- « Incendie volontaire, faute intentionnelle et chose jugée au pénal », *RCA* 1996, chron. 17
- « Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie », *RCA* 1997, chron. 5.
- « La loi du 3 décembre 2001 : la couverture des prêts immobiliers, par une assurance en cas de suicide », *Dr. famille* 2002, chron. 13.

- BERNOULLI D.,

- « Exposé d'une nouvelle théorie de la mesure du risque », *Risques* 1997, n° 31, p. 75.

- BESSON A.,

- « Le contrat d'assurance et la morale », in *Mél. Ripert*, t. 2, p. 178.
- « La notion de déchéance en matière d'assurance », *RGAT* 1936, p. 227
- « L'exclusion des risques de guerre dans les assurances de dommages », *JCP G* 1942, I. 286.
- « Le risque de guerre devant la jurisprudence », *D.* 1944. Chron. 6
- « Réflexion sur l'article 13 de la loi du 13 juill. 1930 », *RGAT* 1943. 5

- BENAYOUN C.,

- « Réflexion sur le devoir d'information en matière de risques thérapeutiques », *RCA* 1999, chr. n° 9.

- BRIERE DE L'ISLE G.,

- « La faute intentionnelle ou cent fois sur le métier... », *D.* 1993, chron. 75.
- « La faute dolosive : tentative de clarification », *D.* 1980, chron. 133.

- BIDAN P.,

- « Le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles a-t-il un avenir ? », *RGDA* 2001, n° 2, p. 243.

- COURTIEU G.,

- « Secret médical : "secret défense" ou "secret de polichinelle" ? », *RCA* 1999, chron. 13.
- « Un suicide raté ou lorsque le législateur se tire une balle dans le pied », *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 1998. p. 2.

- COUSY H.,

- « Les différents cadres juridiques de l'assurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 207-234.

- CHAPUISAT F.,

- « La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard de l'exclusion de garantie », *RGAT* 1983, P.5.

- CORONE S.,

- « Respect des lois et règlements : quand il est interdit à l'assurance de garantir », *Argus* 20 avr. 2001, p. 38.

- DIESSE F.,

- « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archive. Phil. Droit* 1993, n° 43, p. 259-302.

- DIONNE G.,

- « Les nouveaux enjeux de la théorie des risques », *Risques* 2001, n° 47, p. 147.

- DEFRANCE G.,

- « L'ordre public de l'assurance », *Argus* 21 fév. 1992, p. 16.

- DURRY G.,

- « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque : une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien », in *Études offertes à H. Groutel*, LexisNexis-Litec, 2006, p. 129 et s.
- « La place de la morale dans le contrat d'assurance », *Risques* 18/94, p. 47.
- « L'obligation précontractuelle d'information : deux coups d'arrêts salutaires », *Risques* 2000, n° 43, p. 122.

- « Contrat d'assurance et clauses abusives », *Risques* 2002, n° 51, p. 117.
- « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien », in *Mél. H. Groutel*, Paris, Litec 2006, p. 129-144.
- « Le régime général du contrat d'assurance », *Risques* 1990, n° 2, p. 215.
- « Le nouveau régime général du contrat d'assurance », *Risques* 1991, n° 4, p. 215.
- « La sélection de la clientèle par l'assureur : aspects juridiques », *Risques* 2001, n°45, p. 65.
- « Coup de vent sur la garantie tempête », *Risques* 2004, n°60, p. 108.
- « Réflexion sur le rôle de la Cour de cassation à partir des arrêts de la chambre mixte du 23 novembre 2004 », *Risques* 2005, n° 64, p. 117 et s.

- D'HAUTEVILLE A.,

- « L'indemnisation des dommages subis par les victimes d'attentats », *RGAT* 1987, p. 329.
- « Plaidoyer pour une réforme des clauses de déchéance en droit des assurances », in *Mél. J. Calais-Auloy, D.* 2004, p. 495.

- DELPOUX C.,

- « Le risque et le futur », *RGDA*2002, n° 4, p. 1136.

- DE RAVEL D'ESCLAPON Th.,

- « Exclusion de garantie en cas d'émeute ou de mouvement populaire : notion », *Dalloz Actualité*, 30 novembre 2016.

- DUBUISSON B.,

- « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions », in *Mélanges Jean Bigot*, Paris, LGDJ, 2010, pp. 105-123.

- DURAND R. & AURELLY F.,

- « Réalités et croyances », *Risques* 2012, n° 92 [en ligne].

- EWALD F.,

- « Les valeurs de l'assurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica 1998, p. 416.
- « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, n° 3, p. 539-555
- « Quel cadre politico-juridique pour l'assurance ? », *Risques* 2005, n° 63, p. 77.
- « La naissance du risque social », *Risques* 2010, n° 81, [en ligne].
- « Responsabilité, Solidarité, sécurité », *Risques* 1992, n° 10, p. 9-24.
- « Les causes de l'insécurité juridique », *RGDA* 1998, n° 3, p. 435.

- FAVRE-ROCHEX A.,

- « Le silence et l'assureur », *GP* 1995, 1^{er} sem., doc., p. 231.

- FERRY L.,

- « De la peur comme nouvelle passion démocratique : vers la « société du risque » », *Risques* 2001, n° 48, p. 72.

- Graujeman E.,

- « Comment interpréter l'exclusion du suicide », *Trib. ass.*, n° 24, mai 1999, p. 35.

- GHESTIN J.,

- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1.
- « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2005, I, 111.

- GHESTIN J et BILLIAU M.,

- « Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2001, I, 329.

- GUETTIER Ch.,

- « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque », *RGDA* 1997, n° 3, p. 672.

- GOLLIER Ch.,

- « La solidarité sous l'angle économique », *RGDA* 2002, n° 3, p. 824.
- « Analyse économique de l'assurabilité », *Risques* 2003, n° 54, p. 75.

- GOLLIER Ch.,

- « Psychologie et économie du risque : vers de nouveaux paradigmes de comportement face au risque ? », *Risques* 2006, n° 67, p. 71.

- GUERRREAU A.,

- « L'Europe médiévale : une civilisation sans la notion de risque », *Risques* 1997, n° 31, p. 11.

- GROUTEL H.,

- « La faute intentionnelle vue par la chambre criminelle et la 1^{re} chambre civile, confirmation d'une divergence », *RCA* 1990. Chron. 16.
- « De la nullité du contrat à la nullité de l'assurance dans les polices tous risques », *RCA* 1992, chron. 28.
- « Quand la 2^e chambre civile repeint (mal !) la façade de la faute intentionnelle », *RCA* 2012. Etude 6.

- « L'appréciation de l'aléa et de la faute intentionnelle dans le contrat d'assurance », *RCA2000*, chron. 24.
- « Faute intentionnelle, assurance de responsabilité et réglementation sur les victimes d'infraction », *RCA 95*, Chron. 15.
- « Incendie volontaire, faute intentionnelle et chose jugée au pénal », *RCA 1996*, chron. 17.
- « L'office du juge à l'égard de la réduction proportionnelle de l'article L. 113-9 du Code des assurances », *RCA1993*, chron. 36.
- « Le devoir de conseil de l'assuré », *Risques*, 1990, n° 22, p. 2.
- « Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie », *RCA 1997*, chron. n° 7 ; *D.* 1997. 1
- « Revirement de la Cour de cassation au sujet du silence de l'assureur », *RCA 1994*, chron. n° 37.
- « L'assurance responsabilité civile produits en péril », *RCA 1990*, chron. n° 20.
- « L'assurance responsabilité civile produits : vers la fin du péril », *RCA 1993*, chron. n° 9.
- « L'assurance responsabilité civile produits : la fin du péril confirmée », *RCA 1993*, chr. n° 24.
- « La déclaration inexacte et ses éclipses », *RCA 1990*, chron. n° 21.
- « La mise en œuvre du délai de déclaration du sinistre à l'assureur », *RCA 1989*, chron. 14.
- « L'exclusion de la rixe dans les assurances de responsabilité civile générale », *RCA 1990*, chron. n° 26.
- « Un nouveau risque d'instabilité des clauses d'exclusion », *RCA 1991*, chron. n° 16.
- « Feu interprétation des clauses d'exclusion de garantie dans les polices d'assurances », *RCA 1989*, chron. 19.
- « Feu interprétation des clauses d'exclusion de garantie dans les polices d'assurance ? », *RCA 2001*. Chron. 17.
- « L'article L. 121-2 du Code des assurances poursuit son chemin », *RCA 1992*, chr. n° 21.
- « Irrésistible ou résistant ascension de l'article L. 121-2 du Code des assurances ? », *RCA 1994*, chron. n° 19.
- « Un arrêt au sujet de l'article L. 121-2 du Code des assurances », *RCA 1995*, chron. n° 37.
- « L'application erratique de l'article L. 113-1 du Code des assurances », *RCA 1992*, chron. n° 41.
- « A propos de l'application de l'article L. 113-1 du Code des assurances », *RCA 1993*, chron. n° 15.
- « Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie », *RCA1997*, chron. n° 5.

- « Exclusion, manquement de l'assuré à une obligation et charge de la preuve », *RCA* 1991, chron. 12.
 - « Le suicide de l'assuré : choisir le bon moment », *RCA* sept. 1998, *Repères*
 - « L'information et le conseil », *RGDA* 1998, p. 583.
 - « L'intensité de l'aléa : sa représentation par l'assureur », in *Aléa et contrat d'assurance*, *RCA* n° 3, déc. 2014, dossier 6.
- JOUHAUD Y.,**
- « La loyauté dans les contrats d'assurance », rapport de la Cour de cassation pour 1985, p. 9.
- KESSLER D.,**
- « L'état du monde de l'assurance », *Risques* 2003, n° 53, p. 11.
- KNETSCH J.,**
- « L'État face à l'inassurabilité des risques. Étude sur les limites de l'assurance à partir de l'exemple de la responsabilité civile médicale », *RGDA* 2012, p. 937.
- KISS A.,**
- « Droit et risque », *Archives de philosophie du droit* 1991, n° 36, p. 49.
- KULLMANN J.,**
- « Les techniques juridiques des assurances obligatoires », *Risques* 1992, n° 12, p. 85.
 - « La détermination de la garantie d'assurance. Le rôle de la loi », in *La garantie d'assurance (Colloque de 28 juin 2016 à la Maison de la Chimie)*, *RCA* n° 9, septembre 2016, dossier 19.
 - « L'assuré fautif : après le faisant et le malfaisant, le risque-tout », *RGDA*, janv. 2014, p. 8, n° 1103.
 - « Suicide et assurance : une déjà vieille notion, mais un tout nouveau régime », *RGDA* 2002, p. 907.
- KUHNMUNCH O.,**
- « La Cour de cassation et l'assurance », *RGAT* 1992, p. 237.
- LAFFONT J.-J.,**
- « Le risque comme donnée économique », in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 1487-1496.
- LA GARANTIE D'ASSURANCE.,**
- (Colloque du 28 juin 2016 à la maison de la chimie), (septembre 2016) *RCA*, dossier – 9.

- LE GALLOU C.,

- « La clause de force majeure : leçons de droit anglais à l'égard des contrats français », colloque *Le contrat dans tous ses Etats*, novembre 2018, n° 41, Lextenso-IFR, 2019.
- « La clause de médiation préalable et obligatoire – Approche de droit anglo-saxon », in *Les règlements amiables des différends* (ss. dir.) de L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE), Paris, LGDJ, mars 2018.
- « La condition », in *Lamy Droit du contrat*, (ss. dir.) B. FAGES, éd. Lamy, 2020.
- « Les clauses limitatives et exclusives de responsabilité dans les contrats d'affaires anglais », RLDC déc. 2019.

- LAMBERT-FAIVRE Y.,

- « Le sinistre en assurance de responsabilité et la garantie de l'indemnisation des victimes », *RGAT* 1987, p. 193.
- 17 à 29.

- LEDUC F.,

- « Déchéance pour déclaration tardive de sinistre et préjudice de l'assureur », *Mél. H. Groutel*, Paris, Litec 2006, p. 247.
- « L'existence de l'aléa : sa représentation par l'assuré », in *Aléa et contrat d'assurance*, *RCA* 2014, Dossier n° 5.
- « Faute de l'assuré excluant l'aléa : autonomie de la faute dolosive (suite) », *RDC* 2014, n° 1105, p. 239.

- LEDUC F et PIERRE Ph.,

- « Assurance placement : une qualification déplacée », *RCA* 2005, chron. 3, n° 10 et s.

- MARGEAT H.,

- « L'éthique dans l'assurance, quelle place ? Quel avenir ? », *Risques* 1994, n° 18, p. 9.
- « Suicide et assurance », *Gaz. Pal.*, 1975, 2^{ème} sem., doc., p. 722.
- « La solidarité sous l'angle juridique », *RGDA* 2002, n° 3, p. 808.
- « La discrimination fondée sur le sexe en assurance : obsessions et fantasmes », *Risques* 2011, n° 87 [en ligne].
- « Clauses abusives et contrat d'assurance », *RGAT* 1996, n° 1, p. 11-41.

- MEEUS A.,

- « De la notion et des limites de l'aléa susceptible d'être garanti dans les assurances de choses, de personnes et de responsabilité professionnelle », 9^e colloque juridique international du comité européen des assurances (Bruxelles, 3-6 octobre 1980) *RGAT*, 1981, n° 2, pp. 238 et s.

- MAYAUX L.,

- « La détermination de la garantie d'assurance. Le rôle de la volonté », in La garantie d'assurance (Colloque de 28 juin 2016 à la Maison de la Chimie), RCA n° 9, septembre 2016, dossier 20.
- « Exclusions, conditions et déchéances : au cœur des ténèbres », *RGAR* 2012, n° 9, 14908, Larcier.
- « La notion de faute intentionnelle de l'assuré : quelle évolution ? », in Les grandes questions du droit des assurances, Paris, LGDJ, 2011, n°s 170 et s., pp. 119 et s.
- « Éthique et offre d'assurance », rapport au colloque de l'AIEFFA du 27-28 avril 2000, *RGDA* 2000, n° 2, p. 453.
- « Le temps et l'évolution du risque », *RGDA* 2002, p. 1110.
- « Aspects juridiques de l'assurabilité », *Risques* 2003, n° 54, p. 67.

- MALEVILLE M.-H.,

- « Police d'assurance les leçons de l'interprétation ou l'art de la rédaction », *RGAT* 1993, n° 2, p. 505.
- « Le langage des contrats d'assurance : perspectives d'évolution », *RGAT* 1994, n° 3, p. 773 et s.
- « Le point sur la validité de certaines exclusions de garantie insérées dans les contrats d'assurance de responsabilité civile professionnelle », *RGAT* 1995, P. 759

- MARTY M.,

- « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », t. V des travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, p. 90.

- NICOLAS V.,

- « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA* 1998, n° 4, p. 637-655.

- NGUYEN-THANH-BOURGEAIS D., « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes », *RTD civ.* 1973, p. 496.

- PIERRE P.,

- « Suicide et Assurance », *Méd. et Drt.* 1998, n° 32, p. 10 ; E. Graujeman, « Comment interpréter l'exclusion du suicide », *Trib. ass.*, n° 24, mai 1999, p. 35.

- PERIER M., « Le cœur de la faute dolosive doit-il battre au rythme de la faute intentionnelle ou la faute lourde doit-elle sortir de sa disgrâce ? », *RGDA* 2011, p. 931.

- PULL B.,

- « Vers une réforme de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants ? », *D* 1985, chr., n° 28.

- PICARD M.,

- « Le risque de guerre d'après la loi du 13 juill. 1930 », *RGAT*1944, p. 5
- « Les risque de guerre devant la Cour de cassation », *RGAT* 1945, p. 213
- « Le risque de guerre et les événements d'Indochine », *RGAT*1945, p. 5.

- PICARD P.,

- « Les frontières de l'assurabilité », *Risques*avr.-juin 2003, n° 54, p. 65.
- « Des risques en voie d'identification », *Risques* 1999, p. 57.
- « L'assurance face à la théorie du risque », *Risque*2002, n° 49, p. 61.
- « Marchés d'assurance et solidarité », *Risques*2001, n° 45, p. 53.

- PRADIER P.-Ch.,

- « Naissance de l'assurance », *Risques* 2010, n° 81 [en ligne].

- PETAUTON P.,

- « Éthique, statistique et tarification », *Risques* 2011, n° 87 [en ligne].

- PARETTI-WATEL P.,

- « Société assurantielle, société du risque, ou culture du risque ? », *Risques* 2006, n° 67, p. 81.
- « La culture du risque, ses marques sociaux et ses paradoxes », *Rev. Écon.*, 2005, n° 56, p. 371.

- PEUGEOT P.,

- « La solidarité sous l'angle mutualiste », *RGDA*2002, n° 3, p. 831.

- POIGET Ph.,

- « Le droit et le risque », *Risques* 2006, n° 67, p. 91.

- PRADIER P.-Ch.,

- « Risques et connaissances », *Risques* 2010, n° 81 [en ligne].
- « Aversion pour le risque », *Risques* 2010, n° 81 [en ligne].
- « (Petite) Histoire de la discrimination (dans les assurances) », *Risques* 2011, n° 87 [en ligne].
- « État, risques et assurance », *Risques* 2010, n° 81 [en ligne].

- PIRON S.,

- « Risque, histoire d'un mot », *Risques*2010, n° 81, p. 19-28.

- PEANO M.-A.,

- « Le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance », *RCA* 1995, chron. 34.

- **RENAUDIN A.,**
 - « Assurer les risques aggravés », *Risques* 2001, n° 45, p. 59.
- **ROUSSEL J.,**
 - « Remarques sur la notion d'exclusion en matière de contrat d'assurance, pour une définition restrictive », *Gaz. Pal.*, 27 janv. 84-2.
- **REBUT D.,**
 - « De la prétendue autorité de la chose jugée des condamnations pénales en matière de faute intentionnelle », *RCA* 1997, chron. 12.
- **ROY J.-J.,**
 - « L'avenir des mutuelles passe-t-il par la démutualisation ? », *Risques* 2003, n° 54, p. 111.
- **STRAUS A.,**
 - « Des sociétés de secours mutuels à la mutualité. Le mouvement mutualiste de la Révolution au milieu du XX^e siècle. », *Risques* 2000, n° 42, p. 140.
- **SINCLAIR-DESGAGNÉS B.,**
 - « La régulation des risques industrielle majeurs », *Risques* 2001, n° 44, p. 101.
- **SCHMIDT Ch.,**
 - « Un défi pour la théorie du risque », *Risques* 2001, n° 48, p. 103.
- **SARCELET J.-D.,**
 - « La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? », *D.* 2008, p. 1921.
- **SARGOS P.,**
 - « L'obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré », *RGDA* 1997, n° 4, p. 992.
 - « Peut-on parler d'insécurité juridique ? » *RGDA* 1998, n° 3, p. 432.
- **TIFFREAU P.,**
 - « Le silence et le contrat d'assurance », *RGAT* 1989, p. 761.
- **THOUROTP.,**
 - « L'assurance et les grands sinistres catastrophiques », *Risques* 2001, n° 48, p. 49.
- **TRAINAR Ph.,**
 - « Anthropologie du risque », *Risques* 2010, n° 81 [en ligne].

- **TESTU F.-X.,**
 - « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993, I, n° 3673.

- **VALLIER P.,**
 - « Le retour de l'article L. 121-2 du Code des assurances dans son domaine naturel d'application : les assurances de responsabilité », *RCA* 2001, chron. 8.

- **VINEY G.,**
 - « Remarques sur la distinction entre faute lourde, faute inexcusable et faute intentionnelle », *D.* 1975. Chron. 263.

- **VESSERON Ph. & DOUARD P.,**
 - « Prévention et solidarité », *Risques* 2000, n° 42, p. 98.

- **VILLEGAS L.,**
 - *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

- **WEBER J.,** « Risque et pauvreté : comment penser un monde sans assurance », *Risque* 2002, n° 51, p. 100.

- **WINTER J.,**
 - « Sélection et ségrégation en assurance », *Risques* 2001, n° 45, p. 72.

- **YAWAGA S.,**
 - « Les obligations précontractuelles de l'assureur », *RGDA* 1997, n° 1, p. 83.

- **ZAJDENWEBER D.,**
 - « L'assurabilité des risques catastrophiques », *Risques* 1999, n° 40, p. 90.

1.4 PRINCIPAUX PÉRIODIQUES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE

- Actuassurance (devenue Bulletin Juridique des assurances « BJDA »).
- L'Argus des assurances.
- Lamy Assurances
- L'essentiel du Droit des assurances.
- La Tribune de l'assurance.
- Responsabilité civile et assurances.
- Revues générale du droit des assurances.
- Revue générale des assurances terrestres.
- Revue générale des Assurances et des Responsabilités.
- Revue Risques.

1.6 PRINCIPALES LOIS

- *Loi du 22 juillet 1919* relative aux contrats d'assurance sur la vie en temps de guerre.
- *Loi du 13 juillet 1930* relative au contrat d'assurance (terrestre).
- *Loi du 6 juin 1942* modifiant l'article 83 de la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance.
- *Loi n°81-5 du 7 janvier 1981* relative au contrat d'assurance et aux opérations de capitalisation.
- *Loi n°85-608 du 11 juin 1985* améliorant l'information des assurés et la transparence des contrats d'assurance vie et de capitalisation.
- *Code civil* (1804 et 2013).
- *Code des assurances commenté* (de LexisNexis et de L'Argus de l'assurance).
- *Code des assurances et Code de la mutualité*, Dalloz.

2. DROIT QUÉBÉCOIS

2.1 OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BAUDOIN J.-L et JOBIN P.-G.,

- *Les obligations*, 7^e Éd., Yvon Blais, 2013.

- BERGERON J.-G.,

- *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1996.
- *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1 et 2, Sherbrooke, éd., SEM, 1989 et 1992.
- *Droit des assurances*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 1979-80.

- COLLECTIF.,

- *Le nouveau droit québécois des assurances — Dix ans de contentieux*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1988.

- HUBERT R.,

- *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

- KARIM V.,

- *Les obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

- LLUELLES D.,

- *Droit des assurances, aspects contractuels*, Collection Mémentos Thémis, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1986.
- *Précis des assurances terrestres*, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.
- *Droit des assurances*, Montréal, 6^e éd. Thémis, 2017.

- LLUELLES D et LANCTÔT S.,

- *Droit des assurances : décisions commentées et textes normatifs*, Montréal, 6^e éd., revue augmentée, Editions Thémis, 2014.

- LLUELLES D et BENOIT M.,

- *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012, p. 117-118

- **LEVESQUE F.,**

- *Précis de droit québécois des obligations : Contrat – Responsabilité – Exécution et extinction*, Éditions Yvon Blais, 2014.

- **LANCTÔT S et MELANÇON P.A (dir.),**

- *Commentaires sur le droit des assurances et textes législatifs et réglementaires*, Montréal, LexisNexis Canada, 2008.

- **MAURICE T.,**

- *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

- **SIMARD F.-X et MARCEAUG. K.,**

- *Le droit des assurances terrestres depuis 1976*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1988.

- **THISDALE L.,** *Précis de droit des assurances*, Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1979.

2.2 OUVRAGES SPÉCIAUX, ÉSSAIS ET THÈSES

- BÉLANGER B, GUÉRARD-KERHULU A et LANCTÔT S.,

- *Assurance de personnes*, JurisClasseur Québec - Collection Thema, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2013.

- BARREAU DU QUÉBEC.,

- *La responsabilité et les assurances (1990)*, Formation permanente, vol. 15, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990.

- COTNAM G, JOBIN-LABERGE O, LACOSTE-JOBIN J, LANCTÔT, et VEILLEUX R.,

- *Assurance de dommages*, JurisClasseur Québec - Collection Thema, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2013,

- DESLAURIERS P.,

- *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Éditions Yvon Blais, 1994.

- GUÉRARD-KERHULU A.,

- *L'assurance de personnes au Québec*, édition à feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis Canada Inc.

- GRÉGOIREM-A.,

- *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Y. Blais, 2003.

- GILBERT M.,

- *L'assurance collective en milieu de travail*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, 2006.

- HERVÉÉDWARD C.,

- *La clause d'exclusion de la responsabilité assumée par contrat dans l'assurance de responsabilité des entreprises*, Essai, faculté de droit U. Laval, 2000.

- INSTITUT CANADIEN.,

- *Demandes d'indemnité frauduleuses en assurance, un signe des temps*, Toronto, Institut canadien, 1992.
- *Le refus d'assurance en cas de sinistre, les droits légaux et les réalités pratiques à dire non*, Toronto, Institut canadien, 1992.

- JOBIN-LABERGE O. et PLAMONDON L.,

- *Les assurances et les rentes*, in Barreau du Québec, *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1993.

- LEFEBVRE B.,

- *La bonne foi dans la formation du contrat*, Éditions Yvon Blais, 1998.

- LANCTÔT S.,

- *L'utile et le juste de la discrimination dans la sélection, la classification et la tarification des risques assuranciers*, Thèse, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université de McGill, 2008.

- LANCTÔTS (dir.),

- *Le contrat d'assurance de dommages et le contrat de réassurance : sujets choisis*, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2015.

2.3 ARTICLES DE DOCTRINES ET ACTES DE COLLOQUES

- BOIS A.,

- «La protection des créanciers hypothécaires et privilégiés en vertu de la nouvelle Loi sur les assurances», *Assurances* 1980-81, n° 48, p. 15.

- BÉLANGER A.,

- « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », *RD McGill* 2011, n° 56 : 2, p.317-348.
- « Interrogations critiques sur l'*uberrimafides* dans le contrat d'assurance », *Assurances et gestion des risques*, 2010, n° 77, p. 203-235.

- BÉLANGER A. et MANEKENG TAWALI J.,

- « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *C. de D.*, 2009, n° 50, p. 37-75.
- « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance », *RGD* 2009, n° 39(2), p. 8-38.

- BÉLANGER A. et SMITH-LACROIX J.-H.,

- « Le droit, la statistique et l'assurance », *RJT*2012, n° 46(1), p. 99-129.

- BOUDREAU C.,

- « Comment évaluer le risque moral et le risque matériel », in *Conflits en assurance responsabilité*, actes de conférence, 6 octobre 1989, Toronto, Insight Press.

- BLAIS É.,

- « L'incidence de la notion de connaissance présumée de l'assureur à l'égard de son devoir d'enquête lors de l'évaluation initiale du risque », in *Développements récents en droit des assurances* (2003), Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 185, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2003, p. 89.

- BELLEAU C.,

- « L'interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l'assuré », *Assurances* 1992, p. 79.
- « Faute intentionnelle et acte criminel en droit québécois des assurances », in *Mél. H. Groutel*, Paris, Litec, 2006, p. 23-38.
- « L'assurance des dommages matériels au Québec et l'indemnisation directe : un régime efficace mais encore mal compris », *C. de D.* 1998, n° 39, p.613.
- « Le droit nouveau proposé en matière d'assurances terrestres », *C. de D.* 1998, n° 29, p. 1037.
- « Réflexions sur l'origine et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurance », in *Le nouveau droit québécois des assurances : dix ans de contentieux*, Montréal, Thémis, 1988, p. 1.

- BEAUCHAMP F.,

- « Les obligations de l'assuré et les responsabilités de l'assureur diligent dans le cadre de l'aggravation des risques », *Assurances et gestion des risques* 2007-08, n° 75, p. 281.

- BERGERON J.-G.,

- « Le droit des assurances : en état de recherche et en quête de solutions », in *Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)*, Montréal, SFPBQ 1990, p. 1.
- « L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance », *R. du B.* 1987, n° 47, p. 933.
- « L'obligation de renseignement de l'assureur », in Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La responsabilité et les assurances (1990)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990, p. 134.
- « Les problèmes de preuve en droit des assurances », *R.D.U.S.*, 1992, n° 22, p. 411.
- « Évaluation de quelques concepts en assurance accidentet en assurance maladie », *R. du B.* 1983, n° 43, p. 61.
- « Les divergences entre la police et la proposition - Le contenu du contrat - Les intermédiaires d'assurance - La déclaration du risque -L'aggravation de risque », *R. du B.* 1985, n° 45, p. 773.
- « Le suicide en assurances privées », *R. du B.* 1988, n° 48, p. 149.

- BÉDARD C.,

- « Le risque en assurance », *R. du B.* 1986, n° 46, p. 447.

- BÉLANGER J.,

- « Le droit des assurances du Québec et des autres provinces : points de divergence », *Assurances et gestion des risques* 2006-07, n° 74, p. 65.

- BOUT R.,

- « La déclaration frauduleuse de sinistre en assurance de dommages - étude comparée des droits français et québécois », *RJT*1987, n° 21, p. 383.

- BRIENL.-P.,

- « Les clauses d'exclusion en matière d'acte criminel en assurance de dommages : tendances et perspectives », in *Développements récents en droit des assurances (2011)*, Formation continue du Barreau du Québec, vol. 337, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 1.

- CARON P.,

- « La défense d'ordre public en assurance de personnes », in *Développements récents en droit des assurances (2002)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 169, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002, p. 123.

- CHARTIER B.,

- « Cyber-risques et cyber-responsabilité dans l'industrie des assurances », *Développements récents en droit des assurances (2016)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2016.

- CARON V.,«La déchéance des droits à l'indemnisation à la suite d'un avis de sinistre tardif: question de préjudice ou de bonne foi?», *RJT* 2010, n° 44, p. 309.

- COTNAM G.,

- « L'hypothécaire est-il adéquatement protégé en cas de sinistre affectant un bien donné en garantie ? », in *Développements récents en droit des assurances (2002)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 169, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002, p. 1.

- CHEMARIN S.,

- « Couverture des risques catastrophiques potentiels : Vers une théorie économique de l'assurabilité en incertitude », *Assurances et gestion des risques* 2005, n° 73, p.141.

- DÉZIEL V et HAMEL-MORISSET A.,

- « Survol des décisions récentes en assurance », in *Développements récents en droit des assurances (2016)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2016.

- CÔTÉ S.,

- « Changements substantiels du risque ou le défaut de se conformer aux conditions », Institut Canadien, Conférence du 10 fév. 1994 sur le refus de couverture dans les réclamations d'assurance, p. 39.

- DUPRAT F.,

- « L'assurance de responsabilité et le recours de la victime », in *Développements récents en droit des assurances* (2003), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 63-87.
- « La négociation du contrat d'assurance : du plus fort au plus faible », in *Développements récents en droit des assurances* (2009), Formation continue du Barreau du Québec, vol. 306, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 41.
- « Questions de nullité : le passé de l'assuré », dans *Développements récents en droit des assurances* (2004), Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 202, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2004, p. 43.

- DUMAIS C.N.,

- « Les vérités de la police : un rappel des principes de base de l'assurance de dommages », *C.P. du N.* 2004, n° 1, p. 249-275.
- « La notion de bonne foi en matière d'assurance au Québec : le point de vue de l'assuré », *Assurances* 1987, n° 55, p. 437.

- DUBREUIL C.,

- « L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution », *R.D McGill* 1992, n° 37, p. 1087.
- « L'obligation de renseignement de l'assureur : vers une moralisation des relations entre assureurs et assurés », *RJT* 1993, n° 27, p. 453.
- « Le droit des assurances dans le Code civil du Québec : pas de réforme mais des ajustements », *RPFS* 1992, n° 14, p. 395.

- DUBREUIL C et DESLAURIERS P.,

- « L'assurance : une protection pour le crédit », *RJT* 1997, n° 31, p. 651.

- DESCHAMPS B.,

- « La mutuelle des municipalités du Québec – une réponse au déséquilibre », *Assurances*, 2005, n° 72(4), p. 661.

- DUROCHER N.,

- « La distribution de produits d'assurance par Internet », *L'assurance de dommages - Deuxième colloque*, Collection Blais, vol. 22, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

- DAVID N, PAGÉ F et TYNDALE C.,

- « L'assurance cyber risques : nouvelles technologies, nouvelles garanties », *L'assurance de dommages – Deuxième colloque*, Collection Blais, vol. 22, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

- DALPE J.,

- « La pratique et la nouvelle loi des assurances : quelques difficultés d'interprétations », *Assurances 1977-78*, n° 45, p. 136.

- DESLAURIERS P.,

- « Le questionnaire d'assurance fait une autre victime : quelques réflexions suscitées par l'affaire Ouellet », *Rev. du Bar. Can.*, 1994, n° 73, p. 57.
- « La déclaration du risque et le nouveau Code civil : qui est ce mystérieux "assuré normalement prévoyant" ? », in *Mél. Jean Pineau*, (ss. dir.) **B. MOORE**, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 2003, p. 249.

- FARIBAULT B.,

- « Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance responsabilité », *Assurances 1987*, n° 55, p. 300.

- FORTIN I.,

- « Réflexion sur l'assurabilité du risque environnemental au Québec », *C. de D.*, 2000, n° 41, p. 473-512.

- FRÉCHETTE J.,

- « La mondialisation et l'ordre public », dans *Développements récents en droit des assurances (2004)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 202, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2004, p. 1.
- « Le contenu d'un contrat d'assurance de responsabilité est-il public ? », *Assurances 1997*, n° 65, p. 39.

- GUILLEMETTE S.,

- « Le sida : son assurabilité », *RJEUL 1992*, n° 6, p. 69.

- GUÉRARD-KERHULU A.,

- « L'affirmation de l'action directe du tiers en assurances responsabilité », *RDUS 1996-97*, n° 27, p. 171.

- GERVAIS C.,

- « Un rappel sur la notion d'engagement formel », *Repères*, Mai 2011, EYB2011REP1042.

- GAGNON J.F.,

- « La portée des exclusions relatives aux réclamations et aux actes fautifs antérieurs dans les polices sur base de réclamation présentée », in *Développements récents en droit des assurances (2005)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 222, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2005, p. 143.

- HOURANI G.A.,

- « L'attente raisonnable de l'assuré : à tort ou à raison ? », in *Développements récents en droit des assurances (2001)*, vol. 147, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 105.

- HUDON I.,

- « Le contenu du contrat d'assurance et les clauses externes », *L'assurance de dommages – colloque*, Collection Blais, vol. 12, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1.

- HIVON M.-C.,

- « Les réclamations pour dommages continus en droit québécois : application des théories issues de la Common Law », in *Développements récents en droit des assurances (2002)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 169, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002, p. 49.

- HARDY-LEMIEUX S.,

- « Code civil du Québec et les assurances », *Impact* 5:2, 1994, n° 1.

- HÉBERT M. et MALO C.,

- « Le lien de droit entre assureurs », in *Développements récents en droit des assurances (2004)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 202, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2004, p. 17.

- INSTITUT CANADIEN.,

- « Le refus de couverture dans les réclamations d'assurance : les droits reconnus par la loi et les réalités pratiques de dire "non" », conférence du 10 fév. 1994.

- JUTRAS C.,

- « Les causes multiples de sinistre : dans quels cas l'assuré a-t-il droit à l'indemnisation ? », in *Développements récents en droit des assurances (2007)*, Formation continue du Barreau du Québec, vol. 266, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2007, p. 1.

- JOBIN-LABERGE O.,

- « Les limites de la bonne foi dans les contrats : L'assurance, un cas particulier », *Assurances*, 2001, n° 68, p. 493-516.
- « La faute intentionnelle : approche objective et subjective », in *Développements récents en droit des assurances (2001)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2001, p. 139.
- « Le difficile équilibre entre les droits de l'assuré et les droits de l'assureur », *RJT* 1993, n° 27, p. 473.

- KARIM V.,

- « La règle de bonne foi prévue à l'article 1375 du *Code civil du Québec*, sa portée et les sanctions qui en découlent », *C. de D.* 2000, n° 41, p. 435-472.

- KALANTZIS P et TREMBLAY C.,

- « L'obligation de collaborer de l'assuré : les tribunaux se prononcent sur sa portée et les sanctions », in *L'assurance de dommages – Deuxième colloque*, Collection Blais, vol. 22, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 1.

- KRNJEVIC N.,

- « L'exclusion de l'acte intentionnel de l'assuré », *Assurances et gestion des risques* 2007-08, n° 75, p. 161.

- LÉTOURNEAU A.,

- « Les circonstances aggravantes et celles qui emportent non-assurance et les conséquences », in *Développements récents en droit des assurances (2002)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 169, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002, p. 79.
- « Les droits et obligations de l'assuré », (1996) 64 *Assurances* 61.

- LÉTOURNEAU A. et PÉPIN G.,

- « Les récents développements en assurance : jugements les plus significatifs depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code », in *Développements récents en droit civil (1995)*, Formation permanente, vol. 69, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, p. 189.

- LEGRAND A. et NOISEUX J.,

- « La portée et les limites de l'assurance », in *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 687-757.

- LUSIGNANJ. P.,

- « L'accident ou la faute non intentionnelle en droit des assurances privées québécois », *C. de D.* 1990, n° 31, p. 155.

- LACOSTE-JOBIN J, LAROCQUE B et YACCOUBIL.,

- « La proposition d'assurance par Internet : où en sommes-nous ? », in *Développements récents en droit des assurances (2016)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2016.

- LAFEBVRE B.,

- « Le contrat d'adhésion », *R. du B.* 2003, n° 105, p. 477-486.

- LLULLES D.,

- « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », *R. du B. Can.* 2004, n° 83, p.182.
- « La portée du questionnaire sur le principe de la déclaration spontanée à la lumière du droit comparé des assurances terrestres », *R. du B. Can.* 1988, n° 67, p. 258.
- « Une expérience nord-américaine dans la lutte contre la fraude à l'assurance : le cas canadien-québécois », Paris, *L'Assurance française*, 1991, p. 163-178.
- « Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », *R. du N.* 2002, n° 104, p. 11.
- « La théorie des « attentes légitimes (ou « raisonnables ») dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? Est-ce bien raisonnable ? », in *Mél. Pineau*, (ss. dir.) B. MOORE, Montréal, Thémis, 2003, p. 407.
- « Formation et prise d'effet du contrat d'assurance sur la vie : une coexistence difficile », in Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La responsabilité et les assurances* (1990), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 129.

- LEMAIRE V et VACHON-TERRIEN R.-M.,

- « La portée de l'obligation de bonne foi de l'assureur dans le traitement des réclamations », in *L'assurance de dommages – Deuxième colloque*, Collection Blais, vol. 22, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 49.

- LANCTÔT S.,

- « Confidentialité et informatisation de l'information personnelle/génétique dans le domaine de l'assurance : une étude comparée Québec/France », *Assurances et gestion des risques* 2007, n° 75, p. 13.
- « L'intérêt d'assurance en assurance de personnes : une étude de droit comparé », *Assurances et gestion des risques* 2012, n° 80(1), p. 95-136.

- MICHAUD J.-F.,

- « La maison de l'assuré : la subrogation peut s'exercer contre l'assureur de la personne responsable », *Assurances* 2000-01, n° 68, p. 281.

- MACKAAY E.,

- « Scolie sur le risque et l'assurance », *RJT* 2000, n° 34, p. 159.

- MAYRAND A.,

- « Brefs commentaires sur l'intérêt assurable et la responsabilité de l'assureur », *McGill L.J.* 1959, n° 6, p. 127.

- MOREAU A.,

- « Le milieu québécois de l'assurance : un secteur en perpétuelle ébullition », *Assurances* 2002, n° 70(1), p. 93-120.

- MOREAU R.,

- « La plus entière bonne foi », *Assurances* 1992, n° 60, p. 577-604.
- « La protection des consommateurs et l'assurance », *Assurances* 1996, n° 63, p. 563-579.
- « Grands risques », *Assurances* 2003, n° 71, p. 349.
- « Les principes d'assurance », 67(3) *Assurances* 1999, n° 67(3), p. 433.
- « Étude comparative relative à l'assurance de dommages entre le nouveau Code civil du Québec et le Code actuel », *Assurances* 1992, n° 60, p. 219.
- « L'intérêt d'assurance : un élément fondamental du contrat d'assurance », *Assurances*, 1994, n° 62, p. 353.
- « Le projet de réforme du Code civil et l'assurance, critique de certaines dispositions », *Assurances* 1991, n° 59, p. 211.
- « Le fardeau de la preuve dans les contrats d'assurance », *Assurances*, 1993, n° 61, p. 495.
- « L'interprétation des contrats d'assurance », *Assurances* 1997, n° 65, p. 307.
- « La réforme du droit civil et les modifications apportées aux contrats d'assurance », *Assurances* 1994, n° 62, p. 131.
- « La Charte des droits et libertés de la personne et son impact sur les assurances », *Assurances* 1988, n° 2, p. 244.
- « Les documents d'assurance », *Assurances* 2000-01, n° 68, p. 295.

- MOORE B.,

- « L'offre dans le contrat d'assurance : une divergence qui en appelle une autre », *RJT* 1998, n° 32, p. 361-438.

- MASSÉ C.,

- « L'exclusion des biens sous les "soin, garde et contrôle" de l'assuré : où en sommes-nous? », in *Développements récents en droit des assurances (2006)*, Formation continue du Barreau du Québec, vol. 243, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2006, p. 121.

- MALO C.,

- « Erreurs et omissions : l'étendue des services professionnels assurés », *L'assurance de dommages – colloque*, Collection Blais, vol. 12, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

- NICKK.,

- « L'exclusion de l'acte intentionnel de l'assuré », *Assurances* 2007-08, n° 75, p. 161-199.

- PANET-RAYMOND É.,

- « L'engagement formel en matière d'assurance », *Assurances et gestion des risques* 2006-07, n° 74, p. 119.

- PERRET L.,

- « L'évolution de la notion d'intérêt assurable en assurance de choses (analyse critique de la jurisprudence de la Cour suprême) », in Barreau du Québec, *La responsabilité et les assurances (1990)*, Formation permanente, vol. 15, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 97.

- PETITCLERC M.,

- « La solidarité face au marché. Quelques réflexions sur l'histoire de la Mutualité au Québec », *Cahiers CRISES, Coll. Études théoriques*, 2002.

- PICHETTE J.-F.,

- « Recours fondé sur une malfaçon et un vice caché : l'assureur a-t-il l'obligation de défendre ? Telle est la question ! », in *L'assurance de dommages*, Collection Blais, vol. 12, 2012.
- « L'interprétation du contrat d'assurance au Québec et la théorie de l'attente raisonnable de l'assuré », *Repères*, Février 2007, EYB2007REP555.
- « La déclaration initiale du risque : réticence, déclaration mensongère et nullité *ab initio* », *Assurances et gestion des risques 2007-08*, n° 75, p. 253.
- « L'interrogatoire statutaire, extension de l'obligation de collaboration de l'assuré », in *Développements récents en droit des assurances (2009)*, Formation continue du Barreau du Québec, vol. 306, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 105.

- ST-PIERRE, J. & ST-PIERRE D.,

- « L'assurance de personnes au Québec depuis 1930 », *Assurances 2002*, n° 70, p. 51-71.

- SIMARD, F.-X.,

- « La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire : la situation jurisprudentielle, son évaluation, sa critique et l'exégèse de la problématique », *RJT 1987*, n° 21, p. 335-381.
- « La déclaration initiale de risque dans le droit des assurances de la Province de Québec », *C. de D.*1973, n° 14, p. 167.

- TUNC A.,

- « Vers un système basé sur l'assurance du risque », *C. de D.*, 1987, n° 28(1), p. 125.

- THOUIN M.-C.,

- « La théorie de l'attente raisonnable de l'assuré », *Assurances*, 1997, n° 64, p. 545-566.

- VISOCKIS P.,

- « Le vol et la faute intentionnelle : discordance, spéculation et mobile : qu'en est-il du fardeau de preuve de l'assureur ? », in *Développements récents en droit des assurances (2016)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2016.

- VEILLEUX R.,

- « Le caractère indemnitaire de l'assurance de dommages : de la théorie à la pratique », in *Développements récents en droit des assurances (2005)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 222, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2005, p. 185.

2.4 PRINCIPAUX PÉRIODIQUES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE

- Assurances et gestion des risques.
- Cahiers de droit.
- JurisClasseur Québec (Lexis Advance Quick Law).
- La Référence [1994-].
- Revue du Barreau.
- Revue de droit de McGill.
- Revue générale de droit.
- Revue juridique Thémis.
- Revue légale.
- Revue de jurisprudence.
- Recueils de jurisprudence du Québec.
- Recueil de textes : droit des assurances (éd. Thémis).
- Recueils de droit en responsabilité et assurances.
- Soquij.

2.6 LOIS

- *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976.
- *Loi sur les assurances*, RLRQ, c. A-32.
- *Loi sur l'assurance-dépôts*, Z.R.Q., c. A-26.
- *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*, R.R.Q. 1981, c. A-32, r. 1.
- *Règlement sur le commerce de l'assurance* (banques et sociétés de portefeuille bancaires), DORS/92-330.
- *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64).
- *Code civil du Bas Canada*.
- *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* ou la L.i.v.a.c., RLRQ, c. I-6.
- *Loi sur la protection du consommateur* ou la L.p.c., RLRQ, c. P-40.1.

3. DROIT COMPARÉ

- ANCEL M.,

- *Utilité et méthode du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Éd., Ides et Calendes Neuchatel, 1971, p. 31. (ci-après : « M. Ancel (1971) »).

- BOUT R.,

- *Le contrat d'assurance en droit comparé français et québécois*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, Institut de droit comparé, 1988.

- BRULHART V.,

- *Droit des assurances privées*, Stämpfli Édition SA Berne, 2008.

- DAVID R.,

- *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1950

- FONTAINE M.,

- *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996.

- GHESTIN J.,

- *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français : principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université de McGill, 1982.

- GLENN P.-H.,

- *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 1993.

- HALPÉRIN J.,

- *Les assurances en Suisse et dans le monde*, Neufchâtel, 1946

-LE GALLOU C. et WESLEY S.,

- *Droit anglais des affaires*, Lextenso collection Domat droit privé, août 2018.

- LAVIE G.,

- *Droit européen des assurances*, Bruylant, 1992.

- WALHIN J.-F.,

- *La réassurance*, Bruxelles, Éd. Larcier, 2007.

4. TABLE DES JURISPRUDENCES

4.1 JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE

LA NOTION DE RISQUE

- *Schultz c. Commercial Union Assurance Co. of Canada*, (C.S., 1985-03-12), SOQUIJ AZ-85021174, J.E. 85-464, [1985] C.S. 416 (appel rejeté par (C.A., 1991-03-19), SOQUIJ AZ-50072500.

GÉNÉRALITÉ SUR L'ARTICLE 2464 DU CODE CIVIL DU QUÉBEC

- *Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449.

- *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette Inc.*, (C.A., 2012-08-02), 2012 QCCA 1376, SOQUIJ AZ-50880656, 2012EXP-2925, J.E. 2012-1560, EYB 2012-209691 ; *3296008 Canada Inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.S., 2002-05-30), SOQUIJ AZ-50130186, J.E. 2002-1373, [2002] R.R.A. 894, REJB 2002-33068.

- *Compagnie d'assurances Bélair Inc. c. GMAC Location ltée*, (C.A., 2005-06-28), 2005 QCCA 663, SOQUIJ AZ-50322331, J.E. 2005-1396, [2005] R.R.A. 714, EYB 2005-92513.

- *arrivée c. Murphy*, (C.A., 2014-02-19), 2014 QCCA 305, SOQUIJ AZ-51046664, 2014EXP-704, J.E. 2014-362, EYB 2014-233413.

- *Place Biermans Inc. c. C.D.*, (C.A., 2013-01-16), 2013 QCCA 64, SOQUIJ AZ-50928564, 2013EXP-344, J.E. 2013-177, EYB 2013-21676.

GÉNÉRALITÉ SUR L'EXCLUSION DE GARANTIE

- *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.** (C.A., 1992-09-03), SOQUIJ AZ-92011896, J.E. 92-1432, [1992] R.R.A. 959.

- *Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie c. Emond*, (C.A., 2016-02-02), 2016 QCCA 161, SOQUIJ AZ-51250639, 2016EXP-536, J.E. 2016-268, EYB 2016-261640 ; *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette Inc.*, (C.A., 2012-08-02), 2012 QCCA 1376, SOQUIJ AZ-50880656, 2012EXP-2925, J.E. 2012-1560, EYB 2012-209691.

- *Smith c. Ste-Adèle (Ville de)*, (C.A., 2006-03-21), 2006 QCCA 411, SOQUIJ AZ-50363024, J.E. 2006-649, [2006] R.R.A. 258, EYB 2006-102725 ; *Gendron c. Intact Assurances*, (C.Q., 2014-05-30), 2014 QCCQ 4932, SOQUIJ AZ-51084855, 2014EXP-2221, J.E. 2014-1261, EYB 2014-240382.

- *Muir c. Magog (Ville de)*, (C.Q., 2015-01-27), 2015 QCCQ 508, SOQUIJ AZ-51146810, 2015EXP-843, J.E. 2015-444.
- *General Cable Industries Inc. c. Charles Steven Brock Export Inc.*, (C.A., 2008-01-29), 2008 QCCA 170, SOQUIJ AZ-50468676, J.E. 2008-392, EYB 2008-129017 ; *Services financiers Banque nationale Inc. c. Girard*, (C.S., 2005-10-05), SOQUIJ AZ-50378807.
- *Serres Magog ltée c. LumbermensMutualCasualty Co.*, (C.S., 1999-12-21), SOQUIJ AZ-00021221, J.E. 2000-430, [2000] R.R.A. 175, REJB 1999-15672 (appel accueilli pour d'autres motifs par (C.A., 2002-04-25), SOQUIJ AZ-02019589, REJB 2002-31733) ; *Laliberté c. Optimum Assurance agricole Inc.*, (C.Q., 2001-06-14), SOQUIJ AZ-50087252, B.E. 2002BE-104.
- *Aldo Group Inc. c. Chubb Insurance Company of Canada* (C.A., 2016-04-04), 2016 QCCA 554, SOQUIJ AZ-51268746, 2016EXP-1113, J.E. 2016-600.
- *Marche c. Cie d'assurances Halifax* (C.S. Can., 2005-02-24), 2005 CSC 6, SOQUIJ AZ-50296118, J.E. 2005-432, [2005] 1 R.C.S. 47, [2005] R.R.A. 1 (rés.).
- *Hallé c. Bélair (La), compagnie d'assurances générales*, (C.A., 2004-10-19), SOQUIJ AZ-50275710, J.E. 2004-2013, [2004] R.R.A. 1078, REJB 2004-71846, 2004 CanLII 39117 ; *Bissonnette c. Venturelli*, (C.S., 2008-10-17), 2008 QCCS 5012, SOQUIJ AZ-50518351, J.E. 2008-2251, [2008] R.R.A. 1043, EYB 2008-150506.
- *General Cable Industries Inc. c. Charles Steven Brock Export Inc.*, (C.A., 2008-01-29), 2008 QCCA 170, SOQUIJ AZ-50468676, J.E. 2008-392, EYB 2008-129017 ; *Centre de santé et de services sociaux de Beauce c. Unique (L'), assurances générales Inc.*, (C.S., 2013-02-08), 2013 QCCS 503, SOQUIJ AZ-50935922, 2013EXP-871, J.E. 2013-474, EYB 2013-218132.
- *Murphy c. Berlin*, (C.S., 2013-04-29), 2013 QCCS 1738, SOQUIJ AZ-50960637, 2013EXP-2102, J.E. 2013-1123, EYB 2013-221356.
- *Carmen Jewellery Manufacturing Inc. c. Axa Insurance (Canada)*, (C.A., 2001-05-07), SOQUIJ AZ-50086160, J.E. 2001-1163, [2001] R.R.A. 582, REJB 2001-24061.
- *Gendron c. Wesseley*, (C.Q., 2001-10-24), SOQUIJ AZ-50103426, 2001 CanLII 18631.
- *Lebreux c. Arcand-Beauchemin*, (C.S., 2003-06-18), SOQUIJ AZ-50184071, J.E. 2003-1405, [2003] R.R.A. 913, REJB 2003-44891, 2003 CanLII 2967.
- *Général Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Genest*, (C.A., 2001-01-15), SOQUIJ AZ-50082267, J.E. 2001-206, [2001] R.R.A. 15, REJB 2001-22026, [2001] Q.J. No. 15 (Q.L.), 2001 CanLII 17737 ; *Sasseville c. Cie d'assurance Coseco*, (C.Q., 2001-10-30), SOQUIJ AZ-50104697.

- *Boivin c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, (C.Q., 2002-03-22), SOQUIJ AZ-50117711, J.E. 2002-815, [2002] R.R.A. 609, REJB 2002-31839.

- *Boisclair c. Nolet*, (C.A., 2008-12-11), 2008 QCCA 2383, SOQUIJ AZ-50525850, J.E. 2009-86, [2009] R.R.A. 54, EYB 2008-151766.

- *Lévesque c. Compagnie d'assurances Desjardins (Desjardins Assurances générales Inc.)*, (C.S., 2013-04-16), 2013 QCCS 1552, SOQUIJ AZ-50956725, 2013EXP-1441, J.E. 2013-790, EYB 2013-220821.

PREUVE DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

- *Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie c. Savary-Aubin*, (C.S. Can., 1979-05-31), SOQUIJ AZ-79111101, [1979] 2 R.C.S. 298 ; *Therriault c. Barreau du Québec*, (C.A., 2003-03-20), SOQUIJ AZ-50167297, J.E. 2003-642, [2003] R.R.A. 370, [2003] Q.J. No. 2410 (Q.L.), A.E./P.C. 2003-2354, REJB 2003-38976.

- *Allianz Canada (Compagnie Canadian Surety) c. Entreprises Bon Conseil Inc.*, (C.A., 2008-05-13), 2008 QCCA 920, SOQUIJ AZ-50492472, J.E. 2008-1092, [2008] R.R.A. 337, EYB 2008-133424 ; *Lebel c. Groupe Ledor, société mutuelle d'assurances*, (C.S., 2012-09-19 (jugement rectifié le 2012-10-30)), 2012 QCCS 4504, SOQUIJ AZ-50897709, 2012EXP-3594, J.E. 2012-1921, EYB 2012-211729 (appel rejeté par (C.A., 2014-07-02), 2014 QCCA 1309, SOQUIJ AZ-51087776, 2014EXP-2155, J.E. 2014-1213, EYB 2014-239405.

- *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*, (C.A., 2006-06-28), 2006 QCCA 887, SOQUIJ AZ-50380301, J.E. 2006-1358, [2006] R.R.A. 556, EYB 2006-10715 ; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'assurances Commerce & Industry du Canada*, (C.S., 2010-11-12), 2010 QCCS 6126, SOQUIJ AZ-50699883, 2011EXP-183, J.E. 2011-92, [2011] R.J.Q. 138, EYB 2010-183513 (appel rejeté par (C.A., 2013-07-25), 2013 QCCA 1271, SOQUIJ AZ-50989985, 2013EXP-2540, J.E. 2013-1361, [2013] R.J.Q. 1225, EYB 2013-224894).

- *Poirier c. Axa Assurances Inc.*, (C.Q., 2005-03-08), SOQUIJ AZ-50305441, B.E. 2005BE-583, [2005] R.L. 144, 2005 CanLII 9262.

- *Leroy c. Fédération (La), compagnie d'assurances du Canada*, (C.A., 2013-11-08), 2013 QCCA 1958, SOQUIJ AZ-51018618, 2013EXP-3695, J.E. 2013-2005, EYB 2013-229264.

LA NOTION D'ACCIDENT (FORCE MAJEURE OU CAS FORTUIT) ET SON EXCLUSION

- *Mutuelle d'Omaha (La), Cie d'assurance c. Stats*, (C.S. Can., 1978-06-29), SOQUIJ AZ-78111154, [1978] 2 R.C.S. 1153, 87 D.L.R. (3d) 169 (en appel de la Cour d'appel de l'Ontario); *Canadian Indemnity Co. c. WalkemMachinery & Equipment Ltd.*, (C.S. Can., 1975-01-28), SOQUIJ AZ-76111030, [1976] 1 R.C.S. 309, 53 D.L.R. (3d) 1 (en appel de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique); *Intact, compagnie d'assurances c. Constructions GSS Gauthier 2000 Inc.*, (C.A., 2014-05-16), 2014 QCCA 991, SOQUIJ AZ-51073851, 2014EXP-1683, J.E. 2014-951, EYB 2014-237313; *Lombard du Canada ltée c. Ezefflowinc.*, (C.A., 2008-09-24), 2008 QCCA 1759, SOQUIJ AZ-50513382, J.E. 2008-1881, [2008] R.R.A. 815, EYB 2008-147781; *Géodexinc. c. Zurich, compagnie d'assurances*, (C.A., 2006-04-21), 2006 QCCA 558, SOQUIJ AZ-50369503, J.E. 2006-884, [2006] R.R.A. 278, EYB 2006-104142.

- *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, (C.S. Can., 2009-12-18), 2009 CSC 59, SOQUIJ AZ-50591913, 2010EXP-5, J.E. 2010-1, [2009] 3 R.C.S. 605, EYB 2009-167482, 313 D.L.R. (4th) 513, [2010] 1 W.W.R. 575.

- *Martel c. Métropolitaine (La), compagnie d'assurance-vie*, (C.A., 2000-03-09), SOQUIJ AZ-00019031, B.E. 2000BE-539; *Faubert c. Industrielle (L'), Cie d'assurance sur la vie*, (C.A., 1987-04-30), SOQUIJ AZ-87011187, J.E. 87-529, [1987] R.J.Q. 973, [1987] R.R.A. 451 (rés.), 11 Q.A.C. 113, 1987 CanLII 583; *Acier d'armature Ferneufinc. c. Royal & SunAlliance du Canada, société d'assurances*, (C.A., 2006-04-21), 2006 QCCA 554, SOQUIJ AZ-50369375, J.E. 2006-885, [2006] R.R.A. 328 (rés.); *Géodexinc. c. Zurich, compagnie d'assurances*, (C.A., 2006-04-21), 2006 QCCA 558, SOQUIJ AZ-50369503, J.E. 2006-884, [2006] R.R.A. 278, EYB 2006-104142.

- *CGU, compagnie d'assurances du Canada c. Soprema Inc.*, (C.A., 2007-02-02), 2007 QCCA 113, SOQUIJ AZ-50413591, J.E. 2007-398, [2007] R.R.A. 40, EYB 2007-113331; *Géodexinc. c. Zurich, compagnie d'assurances*, (C.A., 2006-04-21), 2006 QCCA 558, SOQUIJ AZ-50369503, J.E. 2006-884, [2006] R.R.A. 278, EYB 2006-104142; *Velaninc. c. GCAN Insurance Company*, (C.S., 2010-09-02), 2010 QCCS 4060, SOQUIJ AZ-50668666, 2010EXP-3048, J.E. 2010-1682, [2010] R.R.A. 1109 (rés.) (appel rejeté par (C.A., 2012-08-22), 2012 QCCA 1490, SOQUIJ AZ-50888787, 2012EXP-3139, J.E. 2012-1677, EYB 2012-210494).

- *Velaninc. c. GCAN Insurance Company*, (C.S., 2010-09-02), 2010 QCCS 4060, SOQUIJ AZ-50668666, 2010EXP-3048, J.E. 2010-1682, [2010] R.R.A. 1109 (rés.) (appel rejeté par (C.A., 2012-08-22), 2012 QCCA 1490, SOQUIJ AZ-50888787, 2012EXP-3139, J.E. 2012-1677, EYB 2012-210494).

- *Commercial Union Cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, (C.A., 1989-04-18), SOQUIJ AZ-89011568, J.E. 89-857, [1989] R.J.Q. 1399, [1989] R.R.A. 471 (rés.), 22 Q.A.C. 34; *Ateliers Martin Pardiac Inc. c. Groupe Desjardins (Le), assurances générales*, (C.Q., 1991-01-30), SOQUIJ AZ-91035014, [1991] R.R.A. 158; *Duguay c. Coopérants (Les), Cie d'assurances générales*, (C.P., 1982-11-25), SOQUIJ AZ-83031012, J.E. 83-71.

L'INTERPRÉTATION DE LA POLICE D'ASSURANCE

- *Groupe Plombactioninc. c. Thetford Mines (Ville de)*, (C.S., 2011-05-24), 2011 QCCS 2765, SOQUIJ AZ-50759196, 2011EXP-1994, J.E. 2011-1086, EYB 2011-191493.

L'EXCLUSION DE LA FAUTE INTENTIONNELLE : NOTION, FONDEMENTS ET INTERPRÉTATION DE LA CLAUSE

- *Bélair (Succession de) c. Delorme*, (C.S., 1998-11-11), SOQUIJ AZ-98026709, B.E. 98BE-1320 ; *Aubin c. Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec*, (C.Q., 2006-10-19), 2006 QCCQ 11638, SOQUIJ AZ-50398366, J.E. 2006-2278, [2006] R.R.A. 1097 (rés.), EYB 2006-110741.

- *Androustos c. Manolakos*, (C.S., 2000-10-02), SOQUIJ AZ-50078943, J.E. 2000-2046, [2000] R.R.A. 1033 (rés.), REJB 2000-20466.

- *Axa Assurances Inc. c. Immeuble Saratoga Inc.*, (C.A., 2007-12-21), 2007 QCCA 1807, SOQUIJ AZ-50464471, J.E. 2008-156, [2008] R.D.I. 35, EYB 2007-127794 ; *Chayer c. Perras*, (C.S., 2015-07-09), 2015 QCCS 3196, SOQUIJ AZ-51193455, 2015EXP-2367, J.E. 2015-1323, EYB 2015-254915 ; *Warne c. Barras*, (C.S., 2001-05-04), SOQUIJ AZ-50085992.

- *Deslandes c. Morel*, (C.Q., 1998-04-30), SOQUIJ AZ-98036278, B.E. 98BE-641.

- *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, (C.S. Can., 2002-03-08), 2002 CSC 21, SOQUIJ AZ-50115737, J.E. 2002-486, [2002] 1 R.C.S. 719, REJB 2002-28410 ; *Compagnie d'assurance-vie Transamerica du Canada c. Toutant*, (C.A., 2002-06-14), SOQUIJ AZ-50133127, J.E. 2002-1201, [2002] R.R.A. 685, REJB 2002-32164, 2002 CanLII 9918.

- *La Royale du Canada (La), compagnie d'assurances c. Québec (Curateur public)*, (C.A., 2000-04-05), SOQUIJ AZ-50077320, J.E. 2000-1410, [2000] R.R.A. 594, REJB 2000-18860, 2000 CanLII 10597.

- *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec c. Hénault*, (C.A., 2006-11-01), 2006 QCCA 1368, SOQUIJ AZ-50396680, J.E. 2006-2248, [2006] R.R.A. 927 (rés.), EYB 2006-111004 ; *Hallé c. Bélair (La), compagnie d'assurances générales*, (C.A., 2004-10-19), SOQUIJ AZ-50275710, J.E. 2004-2013, [2004] R.R.A. 1078, REJB 2004-71846, 2004 CanLII 39117.

- *Audet c. Transamerica Life Canada*, (C.A., 2012-09-27), 2012 QCCA 1746, SOQUIJ AZ-50898699, 2012EXP-3597, J.E. 2012-1924, [2012] R.J.Q. 1844, EYB 2012-211850 ; *Investissements René St-Pierre Inc. c. Zurich, compagnie d'assurances*, (C.A., 2007-09-24), 2007 QCCA 1269, SOQUIJ AZ-50451504, J.E. 2007-1920, [2007] R.R.A. 877, EYB 2007-124338 ; *CGU, compagnie d'assurances du Canada c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, (C.S., 2003-04-24), SOQUIJ AZ-50172660, J.E. 2003-1009, [2003] R.R.A. 660, REJB 2003-40975 (appel rejeté pour d'autres motifs par (C.A., 2004-10-12), SOQUIJ AZ-05019521).

- *Banque de Nouvelle-Écosse c. Bélair, compagnie d'assurances*, (C.S., 1995-01-24), SOQUIJ AZ-95021146, J.E. 95-385, [1995] R.R.A. 125, REJB 1995-28807.

- *Royale du Canada (La), compagnie d'assurances c. Québec (Curateur public)*, (C.A., 2000-04-05), SOQUIJ AZ-50077320, J.E. 2000-1410, [2000] R.R.A. 594, REJB 2000-18860, 2000 CanLII 10597 ; *Dorion c. Entreprises Télé-Capitale ltée — division CHRC*, (C.S., 2005-08-05), SOQUIJ AZ-50328448, J.E. 2005-1656, [2005] R.R.A. 1122, EYB 2005-93448 ; *LawyersTitleInsurance Corp. c. Michalakopoulos*, (C.S., 2004-10-04), SOQUIJ AZ-50275084, J.E. 2004-2101, [2004] R.R.A. 1215, REJB 2004-71628, 2004 CanLII 39819, A.E./P.C. 2005-3637.

- *St-Cyr c. Gosselin*, (C.Q., 2011-11-09), 2011 QCCQ 16076, SOQUIJ AZ-50823495, 2012EXP-547, J.E. 2012-295, EYB 2011-202597.

- *Investissements René St-Pierre Inc. c. Zurich, compagnie d'assurances*, (C.A., 2007-09-24), 2007 QCCA 1269, SOQUIJ AZ-50451504, J.E. 2007-1920, [2007] R.R.A. 877, EYB 2007-124338 ; *Journault c. Fonds Jérôme Inc.*, (C.S., 2006-03-29), 2006 QCCS 1678, SOQUIJ AZ-50364535, J.E. 2006-1085, [2006] R.R.A. 480 (rés.), EYB 2006-103185 ; *Axa Assurances Inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins Inc.*, (C.A., 2006-05-12), 2006 QCCA 674, SOQUIJ AZ-50373500, J.E. 2006-1086, [2006] R.R.A. 319, EYB 2006-105389 ; *Peracomo Inc. c. Société TELUS Communications*, (C.S. Can., 2014-04-23), 2014 CSC 29, SOQUIJ AZ-51066651, 2014EXP-1298, J.E. 2014-722, [2014] 1 R.C.S. 621, EYB 2014-236123.

- *Toulgoat c. Centre local de services communautaires des Maskoutains*, (C.S., 1992-10-01), SOQUIJ AZ-92029160, D.T.E. 92T-1312 ; *Royale du Canada (La), compagnie d'assurances c. Légaré*, (C.S., 1990-10-09), SOQUIJ AZ-91021001, J.E. 91-6, [1991] R.J.Q. 91, [1991] R.R.A. 165 (rés.), EYB 1990-75778 (appel rejeté par (C.A., 1995-11-09), SOQUIJ AZ-50072427).

- *Co-Operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, (C.S. Can., 1975-03-26), SOQUIJ AZ-76111052, [1976] 1 R.C.S. 735, 56 D.L.R. (3d) 556 ; *Place Biermans inc. c. C.D.*, (C.S., 2010-09-08 (jugement rectifié le 2010-09-17)), 2010 QCCS 4170, SOQUIJ AZ-50669943, 2010EXP-3133, J.E. 2010-1730, [2010] R.R.A. 1114 (rés.), EYB 2010-178947 (appel rejeté par (C.A., 2013-01-16), 2013 QCCA 64, SOQUIJ AZ-50928564, 2013EXP-344, J.E. 2013-177, EYB 2013-216761) ; *John Deere Ltd. c. Promutuel Lac St-Pierre — Les Forges, société mutuelle d'assurances générales*, (C.S., 2012-07-17), 2012 QCCS 3273, SOQUIJ AZ-50874107, 2012EXP-2919, J.E. 2012-1554, EYB 2012-209161.

- *Duplessis c. Assurances générales des caisses Desjardins Inc.*, (C.S., 1995-11-01), SOQUIJ AZ-95021963, J.E. 95-2215, [1995] R.R.A. 1081, EYB 1995-84526 ; *Général Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.A., 2000-02-22), SOQUIJ AZ-50069817, J.E. 2000-488, [2000] R.J.Q. 617, [2000] R.R.A. 314 (rés.), REJB 2000-16651.

- *Cantin c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.Q., 1999-03-30), SOQUIJ AZ-99036408, B.E. 99BE-823 ; *Andy Transport Inc. c. CAT Inc.*, (C.S., 2011-05-24 (jugement rectifié le 2011-05-31)), 2011 QCCS 2502, SOQUIJ AZ-50754913, 2011EXP-1976, J.E. 2011-1078, EYB 2011-191014 (appel rejeté pour d'autres motifs par (C.A., 2013-02-05), 2013 QCCA 241, SOQUIJ AZ-50935274, 2013EXP-689) ; *Général Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.A., 2000-02-22), SOQUIJ AZ-50069817, J.E. 2000-488, [2000] R.J.Q. 617, [2000] R.R.A. 314 (rés.), REJB 2000-16651.
- *Promutuel l'Abitibienne, société mutuelle d'assurances générales c. Pépin*, (C.Q., 2000-06-05), SOQUIJ AZ-50076708, B.E. 2000BE-781, REJB 2000-19044, 2000 CanLII 10030.
- *Compagnie d'assurances La Royale du Canada c. Leblanc*, (C.A., 2002-05-01), SOQUIJ AZ-50123633, J.E. 2002-852, [2002] R.R.A. 295, REJB 2002-31481 ; *Périard (Succession de) c. Compagnie d'assurances Bélair*, (C.Q., 1999-05-13), SOQUIJ AZ-99031269, J.E. 99-1349, [1999] R.R.A. 756, REJB 1999-13495 (appel rejeté par C.A.M. no 500-09-008232-993, le 16 janvier 2003).
- *Marché St-Grégoire Inc. c. Compagnie d'assurances Continentale du Canada*, (C.A., 1998-02-19), SOQUIJ AZ-98011240, J.E. 98-506, [1998] R.R.A. 306, REJB 1998-04836.
- *Axa Assurances Inc. c. Habitations Claude Bouchard Inc.*, (C.A., 2001-10-03), SOQUIJ AZ-50101187, J.E. 2001-1892, [2001] R.R.A. 861, REJB 2001-26010, [2001] Q.J. No. 4525 (Q.L.), 2001 CanLII 10748 ; *Bachand c. Munger*, (C.S., 2002-08-29), SOQUIJ AZ-50142431, J.E. 2002-1690, [2002] R.R.A. 1020 (rés.), REJB 2002-34289.
- *Place Biermansinc. c. C.D.*, (C.S., 2010-09-08 (jugement rectifié le 2010-09-17)), 2010 QCCS 4170, SOQUIJ AZ-50669943, 2010EXP-3133, J.E. 2010-1730, [2010] R.R.A. 1114 (rés.), EYB 2010-178947 (appel rejeté par (C.A., 2013-01-16), 2013 QCCA 64, SOQUIJ AZ-50928564, 2013EXP-344, J.E. 2013-177, EYB 2013-216761).

PLURALITÉ D'ASSURÉS ET OPPOSABILITÉ DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

- *GMAC Location ltée c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, (C.A., 2008-01-31), 2008 QCCA 194, SOQUIJ AZ-50469186, J.E. 2008-351, [2008] R.R.A. 13, EYB 2008-129071 ; *Union canadienne (L'), compagnie d'assurances c. GMAC Location ltée*, (C.A., 2008-01-31), 2008 QCCA 190, SOQUIJ AZ-50469121, J.E. 2008-352.
- *Audet c. Transamerica Life Canada*, (C.A., 2012-09-27), 2012 QCCA 1746, SOQUIJ AZ-50898699, 2012EXP-3597, J.E. 2012-1924, [2012] R.J.Q. 1844, EYB 2012-211850 ; *Dubuc c. Promutuel Lotbinière*, (C.S., 2006-08-03), 2006 QCCS 4670, SOQUIJ AZ-50388234, J.E. 2006-1811, [2006] R.R.A. 948, EYB 2006-108948 (appel rejeté par (C.A., 2008-10-21), 2008 QCCA 2001, SOQUIJ AZ-50517435).

- *Location Claireview, s.e.n.c. c. Compagnie d'assurances RBC du Canada*, (C.S., 2014-08-04), 2014 QCCS 3672, SOQUIJ AZ-51097418, 2014EXP-2487, J.E. 2014-1422 ; *B.M.W. Canada Inc. c. Promutuel Verchères, société mutuelle d'assurances générales*, (C.S., 2001-08-07), SOQUIJ AZ-01026483, B.E. 2001BE-1031 (appel rejeté par (C.A., 2003-11-12), SOQUIJ AZ-50207204, J.E. 2003-2171, [2003] R.R.A. 1199, REJB 2003-50143).

- *Crytes-Hubert c. Compagnie d'assurances Missisquoi*, (C.Q., 1998-07-21), SOQUIJ AZ-99031065, J.E. 99-314, [1999] R.J.Q. 612, [1999] R.R.A. 230 (rés.), REJB 1998-1092.

OPPOSABILITÉ DE LA FAUTE INTENTIONNELLE AU CREANCIER HYPOTHECAIRE

- *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, (C.S. Can., 1990-10-04), SOQUIJ AZ-90111096, J.E. 90-1411, [1990] R.D.I. 743, [1990] R.R.A. 1046 (rés.), [1990] 2 R.C.S. 995, 34 Q.A.C. 241, 74 D.L.R. (4th) 161, 115 N.R. 1 ; *American Home Insurance Co. c. Axa Assurances Inc.*, (C.A., 2002-02-25), SOQUIJ AZ-50114548, J.E. 2002-515, [2002] R.R.A. 20, REJB 2002-28526 ; *Di Maggio c. Capitale (La), compagnie d'assurances générales*, (C.S., 2005-03-23), SOQUIJ AZ-50302118, J.E. 2005-1101, [2005] R.R.A. 935 (rés.), EYB 2005-86974.

- *Banque Toronto-Dominion c. Général Accident, compagnie d'assurances du Canada*, (C.A., 1999-01-25), SOQUIJ AZ-99011147, J.E. 99-365, [1999] R.J.Q. 349, [1999] R.R.A. 51 (rés.), REJB 1999-10518, [1999] Q.J. No. 89 (Q.L.), 1999 CanLII 13605.

OPPOSABILITÉ AU TIERS LÉSÉ

- *Compagnie d'assurances Continental du Canada c. Compagnie d'assurances générales Dominion du Canada*, (C.A., 1996-04-19), SOQUIJ AZ-96011530, J.E. 96-946, [1996] R.R.A. 336, EYB 1996-65208, 1996 CanLII 6449.

PREUVE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

- *LawyersTitleInsurance Corp. c. Michalakopoulos*, (C.S., 2004-10-04), SOQUIJ AZ-50275084, J.E. 2004-2101, [2004] R.R.A. 1215, REJB 2004-71628, 2004 CanLII 39819, A.E./P.C. 2005-3637 ; *Axa Assurances Inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins Inc.*, (C.A., 2006-05-12), 2006 QCCA 674, SOQUIJ AZ-50373500, J.E. 2006-1086, [2006] R.R.A. 319, EYB 2006-105389.

- *Crispino c. General Accident Insurance Company*, (C.A., 2007-09-27), 2007 QCCA 1293, SOQUIJ AZ-50452137, J.E. 2007-1875, [2007] R.R.A. 847, EYB 2007-124483 ; *Beaulieu c. Assurances générales des Caisses Desjardins Inc.*, (C.S., 2002-01-30), SOQUIJ AZ-50111885, REJB 2002-31186 ; *Services financiers DaimlerChrysler (DEBIS) Canada Inc. c. Hébert*, (C.Q., 2003-10-02), SOQUIJ AZ-50195211, J.E. 2003-2117, [2003] R.R.A. 1482 (rés.), REJB 2003-48322, 2003 CanLII 12288.

- *Lafontaine c. Capitale (La), Cie d'assurance générale*, (C.S., 2002-05-24), SOQUIJ AZ-50129233 (appel rejeté par (C.A., 2004-01-21), SOQUIJ AZ-51261699) ; *St-Pierre c. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales*, (C.Q., 2003-04-04), SOQUIJ AZ-50169271.

- *Ressources minérales Gaspésie Inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.S., 2002-12-04), SOQUIJ AZ-50154588, B.E. 2003BE-268 ; *Labonté c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, (C.S., 1998-11-17), 100-05-000669-975.

- *Centre de développement familial provincial (1978) Inc. c. Axa Assurances Inc.*, (C.S., 2007-11-07), 2007 QCCS 4899, SOQUIJ AZ-50457402, J.E. 2008-50, [2008] R.R.A. 177 (rés.), EYB 2007-125674 ; *Lefebvre c. Cie d'assurance Bélair Inc.*, (C.Q., 2001-04-12), SOQUIJ AZ-50086906.

- *Crispino c. General Accident Insurance Company*, (C.A., 2007-09-27), 2007 QCCA 1293, SOQUIJ AZ-50452137, J.E. 2007-1875, [2007] R.R.A. 847, EYB 2007-124483.

EXCEPTION À L'EXCLUSION DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

- *Royal & SunAlliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449.

- *Royal & SunAlliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449 ; *Larrivée c. Murphy*, (C.A., 2014-02-19), 2014 QCCA 305, SOQUIJ AZ-51046664, 2014EXP-704, J.E. 2014-362, EYB 2014-233413.

- *La Haye c. Assurances générales des caisses Desjardins Inc.*, (C.Q., 1994-02-03), SOQUIJ AZ-94035013, [1994] R.R.A. 378 ; *Royale du Canada (La), compagnie d'assurances c. Légaré*, (C.S., 1990-10-09), SOQUIJ AZ-91021001, J.E. 91-6, [1991] R.J.Q. 91, [1991] R.R.A. 165 (rés.), EYB 1990-75778 (appel rejeté par (C.A., 1995-11-09), SOQUIJ AZ-50072427).

- *J.C. c. Y*, (C.S., 2010-01-22), 2010 QCCS 259, SOQUIJ AZ-50603437, 2010EXP-1020, J.E. 2010-555, [2010] R.R.A. 214 (rés.).

- *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette Inc.*, (C.A., 2012-08-02), 2012 QCCA 1376, SOQUIJ AZ-50880656, 2012EXP-2925, J.E. 2012-1560, EYB 2012-209691 ; *Autorité des marchés financiers c. Wishnousky*, (C.S., 2014-07-15), 2014 QCCS 3578, SOQUIJ AZ-51096061, 2014EXP-2622, J.E. 2014-1496, EYB 2014-240468.

- *Pedneault c. Pageau*, (C.Q., 1994-10-28), SOQUIJ AZ-94031405, J.E. 94-1950, [1994] R.R.A. 1083, EYB 1994-73544 ; *Oppenheim c. Dionne*, (C.S., 1996-03-18), SOQUIJ AZ-96025028, [1996] R.R.A. 474 ; *Talon c. Roy*, (C.S., 2002-11-11 (jugement rectifié le 2002-12-09)), SOQUIJ AZ-50151495, J.E. 2002-2195, [2002] R.J.Q. 3210, [2002] R.R.A. 1286, REJB 2002-35781 ; *Royale du Canada (La), compagnie d'assurances c. Légaré*, (C.S., 1990-10-09), SOQUIJ AZ-91021001, J.E. 91-6, [1991] R.J.Q. 91, [1991] R.R.A. 165 (rés.), EYB 1990-75778 (appel rejeté par (C.A., 1995-11-09), SOQUIJ AZ-50072427).

- *Thibault c. Dubé*, (C.S., 2007-07-26), 2007 QCCS 4399, SOQUIJ AZ-50451406, J.E. 2007-1921, [2007] R.R.A. 1007, EYB 2007-124275.

- *Royal & SunAlliance du Canada, société d'assurances c. English*, (C.A., 2012-11-01), 2012 QCCA 1939, SOQUIJ AZ-50908247, 2012EXP-3933, J.E. 2012-2098, EYB 2012-213449.

- *Larrivée c. Murphy*, (C.A., 2014-02-19), 2014 QCCA 305, SOQUIJ AZ-51046664, 2014EXP-704, J.E. 2014-362, EYB 2014-233413.

4.2 JURISPRUDENCE FRANÇAISE

DÉCLARATION DU RISQUE

- Cass. 3^e civ., 24 novembre 2016, 15-25.415, Publié au bulletin.
- Cass. 2^e civ., 17 novembre 2016, 14-26.433 15-22.182, Inédit.
- Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1997, n° 95-12.572 : RGDA 1997, p. 532, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1994, n° 92-15.551: JurisData n° 1994-001733 ; Bull. civ. 1994, I, n° 235.
- Cass. 2^e civ., 15 avr. 2010, n° 08-20.377 : JurisData n° 2010-004148 ; Resp. civ. et assur. (RCA). 2010, comm. 200.
- Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 1991, n° 88-18.149 : RGAT 1991, p. 363.
- Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-11.367 : JurisData n° 2006-036736.
- Cass. 2^e civ., 26 oct. 2006, n° 04-17.865 : JurisData n° 2006-035604.
- Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993, n° 91-15.401 : JurisData n° 1993-001765 ; RCA 1993, comm. 276.
- Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729 : JurisData n° 2014-025655 ; RCA 2015, comm. 30 ; Bull. civ. I, 2014, n° 178.
- Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1974, n° 73-12.610 : JurisData n° 1974-000317 ; Bull. civ. I, 1974, n° 317.
- Cass. 2^e civ., 19 févr. 2009, n° 07-21.655 : JurisData n° 2009-047187 ; Bull. civ. II, 2009, n° 48 ; RCA 2009, comm. 5, H. Groutel ; D. 2009, p. 2788, note C. Mézen ; RGDA 2009, p. 473, note L. Mayaux.
- Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1991, n° 90-11.725 : JurisData n° 1991-003487 ; Resp. civ. et assur. 1991, comm. 433.
- Cass. crim., 18 sept. 2007, n° 06-84.807 : JurisData n° 2007-040919 ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 374, note H. Groutel ; D. 2009, p. 253, note H. Groutel.
- Cass. crim., 30 oct. 2007, n° 07-81.481 : JurisData n° 2007-041680 ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 39 ; D. 2009, p. 253, note H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1994, n° 92-14.826 : JurisData n° 1994-000340 ; Resp. civ. et assur. 1994, comm. 198.

- Cass. 2^e civ., 15 févr. 2007, n° 05-20.865 : JurisData n° 2007-037354 ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 172, note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 3 juin 2010, n° 09-14.876 : JurisData n° 2010-008171 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 233, note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 9 avr. 2009, n° 08-14.624 : JurisData n° 2009-047850 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 159.
- Cass. 2^e civ., 13 janv. 2011, n° 10-12.806 : JurisData n° 2011-000253 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 162, 1^{re} esp.
- Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-30.075, 650 : JurisData n° 2012-011522 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 184.
- Cass. 2^e civ., 8 mars 2012 : Resp. civ. et assur. 2012, comm. 185.
- Cass. crim., 10 janv. 2012, n° 11-81.647 : JurisData n° 2012-001333 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 145, HubertGroutel.
- Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-85.420 : JurisData n° 2012-014338 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 254.
- Cass. 2^e civ., 28 juin 2012, n° 11-20.793 : Resp. civ. et assur. 2012, comm. 326, H. Groutel.
- Cass. ch. mixte, 7 févr. 2014, n° 12-85.107 : JurisData n° 2014-001528 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 99, H. Groutel ; Bull. civ. 2014, ch.mixte, n° 1.
- Cass. crim., 18 mars 2014, n° 12-87.195 : JurisData n° 2014-005293 ; Bull. crim. 2014, n° 82 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 212, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-18.936 : JurisData n° 2014-013225 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 320, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 3 juill. 2014, n° 13-18.760 : JurisData n° 2014-014860 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 352, H.Groutel ; RGDA 2014, p. 445, Anne Pélissier.
- Cass. 2^e civ., 11 sept. 2014, n° 13-22.429 : Resp. civ. et assur. 2015, comm. 31, 2^e esp.
- Cass. crim., 21 oct. 2014, n° 13-85.178 : JurisData n° 2014-025024 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 31, 1^{re} esp.
- Cass. 2^e civ., 26 mars 2015, n° 14-15.204 : JurisData n° 2015-006615 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 192, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 11 juin 2015, n° 14-14.336 : JurisData n° 2015-013658 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 271, 2^e esp., H. Groutel.
- Cass. 3^e civ., 8 juill. 2015, n° 13-25.223 : JurisData n° 2015-017751 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 301.

- Cass. 2^e civ., 10 déc. 2015, n° 14-25.046 et 14-29.811 : JurisData n° 2015-027817 ; Resp. civ. et assur. 2016, comm. 93, 1^{re} esp., note H. Groutel.
- Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-85.225 : JurisData n° 2015-028249 ; Resp. civ. et assur. 2016, comm. 93, 2^e esp., note H. Groutel.
- Cass. crim., 31 mai 2016, n° 15-82.252 : JurisData n° 2016-010591 ; Resp. civ. et assur. 2016, comm. 261, 1^{re} esp.
- Cass. 2^e civ., 6 mars 2014, n° 13-12.136 : Resp. civ. et assur. 2014, comm. 248.
- Cass. 2^e civ., 11 juin 2015, n° 14-17.971 et 14-18.013 : JurisData n° 2015-013655 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 271, 1^{re} esp., H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 3 mars 2016, n° 15-12.464 : Resp. civ. et assur. 2016, comm. 221, 1^{re} esp., note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 3 mars 2016, n° 15-13.500 : JurisData n° 2016-003604 ; Resp. civ. et assur. 2016, comm. 221, 2^e esp., note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 14 avr. 2016, n° 15-16.808 : Resp. civ. et assur. 2016, comm. 246, 1^{re} esp. et étude 9, M.-O. Barbaud.
- Cass. 3^e civ., 8 juill. 2015, n° 13-25.223 : JurisData n° 2015-017751 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 301.
- Cass. 2^e civ., 4 févr. 2016, n° 15-13.850 : JurisData n° 2016-001526 ; Resp. civ. et assur. 2016, comm. 167, note H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-12.419 : JurisData n° 2002-014430 ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. 275, note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 22 janv. 2004, n° 02-20.532 : JurisData n° 2004-021851 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm. 117, note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n° 07-20.378 : JurisData n° 2009-046677 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 116, note F. Leduc ; JCP E 2009, 1623, note G. Courtieu ; RGDA 2009, p. 99, note L. Mayaux.
- Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 1997, n° 95-13.023 : JurisData n° 1997-003803 ; Resp. civ. et assur. 1997, comm. 381, obs. H. Groutel.
- Cass. crim., 30 oct. 2000, n° 99-87.330 : JurisData n° 2000-007086 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 65.
- Cass. 2^e civ., 15 mai 2008, n° 07-13.508 : JurisData n° 2008-043899 ; Bull. civ. 2008, II, n° 110.
- Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 96-17.421 : JurisData n° 1998-003830 ; Resp. civ. et assur. 1998, comm. 402.

- Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, n° 98-22.386 : JurisData n° 2001-010682 ; Bull. civ. 2001, I, n° 226 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 344, note H. Groutel ; RGDA 2001, p. 954, note L. Mayaux.

- Cass. 2^e civ., 4 janv. 2006, n° 04-19.588 : JurisData n° 2006-031516.

EXCLUSION DES ACTES DE VIOLENCES COLLECTIVES

- Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1981, n° 80-12.008 : JurisData n° 1981-701874 ; Bull. civ. 1981, I, n° 207 ; RGAT 1982, p. 67.

- Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1995, n° 93-15.226 : RGAT 1995, p. 308, note R. Maurice.

- Cass. civ., 18 mars 1946 : RGAT 1946, p. 299.

- Cass. civ., 23 juill. 1946 : D. 1947, p. 245, note P. L.-P. – Cass. civ., 2 févr. 1948 : RGAT 1948, p. 135.

- Cass. civ., 24 juill. 1945 : D. 1945, p. 277, note P. L.-P. ; RGAT 1945, p. 257, concl. Rateau.

- Cass. civ., 16 juill. 1947 : RGAT 1947, p. 387.

- Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1966 : RGAT 1966, p. 192, 2^e esp.

- Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1967 : RGAT 1967, p. 488, 2^e esp.

- Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1992, n° 89-14.880 : JurisData n° 1992-000658 ; Bull. civ. 1992, I, n° 92 ; Resp. civ. et assur. 1992, comm. 242 ; D. 1994, jurispr. p. 41, note B. Beignier.

- Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1969, n° 67-10.145 : RGAT 1969, p. 369.

- Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 1995, n° 93-14.837 : Bull. civ. 1995, I, n° 368 ; Resp. civ. et assur. 1996, comm. 72 ; RGDA 1996, p. 201, note A. d'Hauteville.

- Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2002, n° 18-18.838 : JurisData n° 2002-016458 ; Resp. civ. et assur. 2003, comm. 82, note H. Groutel.

- Cass. 2^e civ., 30 juin 2005, n° 04-13.221 : JurisData n° 2005-029174 ; Bull. civ. 2005, II, n° 176 ; Resp. civ. et assur. 2005, comm. 247, note H. Groutel.

LA FAUTE INTENTIONNELLE OU DOLOSIVE : NOTION ET FONDEMENTS DE L'EXCLUSION

- CA Paris, 15 févr. 1957 : JCP G 1958, II, 10418, obs. D. B.
- Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1974, n° 73-12.882 : JurisData n° 1974-000181 ; D. 1975, jurispr. p. 173, note J.-L. Aubert ; RGAT 1975, p. 215, note A. Besson.
- Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1997, n° 95-18.611 : Resp. civ. et assur. 1997, comm. 284, obs. H. Groutel ; RGDA 1997, p. 742, note J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 03-11.573 : JurisData n° 2004-022852 ; RGDA 2004, p. 364, note J. Landel.
- Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991, n° 90-14.218 : JurisData n° 1991-004095 ; RGAT 1992, p. 366, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, n° 95-18.361 : JurisData n° 1997-004034 ; Resp. civ. et assur. 1998, comm. 37, note H. Groutel ; RGDA 1997, p. 1083, note L. Fonlladosa.
- Cass. 2^e civ., 20 juin 2002, n° 99-19.782 : JurisData n° 2002-014932 ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. 312, note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, n° 07-10.499 : RGDA 2008, p. 326, note J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 18 févr. 2010, n° 08-19.044 : Resp. civ. et assur. 2010, comm. 137.
- Cass. 2^e civ., 1er juill. 2010, n° 09-10.590 : JurisData n° 2010-010550 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 263, note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 1er juill. 2010, n° 09-14.884 : JurisData n° 2010-010551 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 263, note H. Groutel.
- Cass. 3^e civ., 11 juill. 2012, n° 11-16.414 et 11-17.043 : JurisData n° 2012-015655 ; Cass. 3^e civ., 11 juill. 2012, n° 10-28.535, 10-28.616 et 11-10.995 : JurisData n° 2012-015656.
- Cass. 3^e civ., 11 juill. 2012, n° 11-16.414 et n° 11-17.043 : JurisData n° 2012-015655 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 286, 1^{re} esp, H. Groutel. - Cass. 3^e civ., 11 juill. 2012, n° 10-28.535, n° 10-28.616 et n° 11-10.995 : JurisData n° 2012-015656 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 286, 2^e esp.
- Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-27.033 : JurisData n° 2012-026519 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 36, 2^e esp., H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-18.844 : JurisData n° 2014-013233 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 321, 1^{re} esp., H. Groutel. - Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-15.836, 13-16.397, 13-17.509, 13-21.386 et 13-25.565 : JurisData n° 2014-013229 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 321, 2^e esp.
- Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-15.836, 13-16.397, 13-17.509, 13-21.386 et 13-25.565 : JurisData n° 2014-013229 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 321, 2^e esp.

- Cass. 2^e civ., 28 avr. 2011, n° 10-17.501 : JurisData n° 2011-007207 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 306.
- Cass. 2^e civ., 30 juin 2011, n° 10-23.004 : JurisData n° 2011-012946 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 256, 1^{re} esp. et étude 5, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 14 juin 2012, n° 11-17.367 : JurisData n° 2012-012782 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 256, 2^e esp. et étude 5, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 12 sept. 2013, n° 12-24.650 : JurisData n° 2013-013030 ; Bull. civ. 2013, II, n° 168 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 360 et étude 8, D. Bakouche.
- Cass. 2^e civ., 16 juin 2011, n° 10-21.474 et n° 10-23.559 : JurisData n° 2011-011767 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 340, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 18 oct. 2012, n° 11-13.084 : JurisData n° 2012-023613 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 36, 1^{re} esp., H. Groutel.
- Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-20.591 et n° 11-21.846 : Resp. civ. et assur. 2013, comm. 5.
- Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, n° 12-12.813 : JurisData n° 2013-003156 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 197.
- Cass. 3^e civ., 29 mai 2013, n° 12-20.215 : JurisData n° 2013-011111 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 280.
- Cass. 3^e civ., 11 juin 2013, n° 12-16.530 : JurisData n° 2013-012050 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 316.
- Cass. 2^e civ., 6 févr. 2014, n° 13-10.160 : JurisData n° 2014-001843 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 174.
- Cass. 2^e civ., 22 oct. 2015, n° 14-25.494 : JurisData n° 2015-023636 ; Resp. civ. et assur. janv. 2016.
- Cass. 3^e civ., 1er juill. 2015, n° 14-19.826 et 14-50.038 : Resp. civ. et assur. 2015, comm. 304, 1^{re} esp., H. Groutel.
- Cass. 3^e civ., 1er juill. 2015, n° 14-10.210, 14-11.971, 14-13.403 et 14-17.230 : JurisData n° 2015-021125 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 304, 2e esp., H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 22 sept. 2005, n° 04-17.232 : JurisData n° 2005-029898 ; Resp. civ. et assur. 2005, comm. 370, note H. Groutel ; RGDA 2005, p. 907, note J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 03-21.024 : RGDA 2006, p. 635, note J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 16 oct. 2008, n° 07-14.373 : JurisData n° 2008-045404 ; RGDA 2008, p. 912, obs. J. Kullmann.

- Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2000, n° 98-10.744 : JurisData n° 2000-002824. – Rapp. C. cass. 2000 : Doc. fr. 2001, p. 40 ; Resp. civ. et assur. 2000, chron. 24, H. Groutel ; RGDA 2000, p. 1055, note J. Kullmann.
- Cass. 3^e civ., 9 janv. 2002, n° 00-14.002 : JurisData n° 2002-012486 ; Bull. civ. 2002, III, n° 1 ; JCP G 2002, I, 116, note J. Kullmann ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. 138, note H. Groutel ; *ibid.*, chron. 10, G. Courtieu ; RGDA 2002, p. 66 note J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 03-10.720 : RGDA 2004, p. 356, note J. Kullmann. – Cass. 2^e civ., 23 sept. 2004, n° 03-14.389 : JurisData n° 2004-024888 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm. 389, note H. Groutel. – Cass. 3^e civ., 9 nov. 2005, n° 04-11.856 et 04-12.668 : JurisData n° 2005-030639 ; Resp. civ. et assur. 2005, comm. 370, note H. Groutel. – Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, n° 07-10.499 : RGDA 2008, p. 326, note J. Kullmann.
- Cass. crim., 23 juin 1998, n° 96-13.448 : RGDA 1998, p. 689, note E. Fortis. – Sur ce thème, V. H. Groutel, Incendie volontaire, faute intentionnelle et chose jugée au pénal : Resp. civ. et assur. 1996, chron. 17.
- Cass. 2^e civ., 22 juill. 1985 : D. 1987, somm. p. 37, obs. H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2003, n° 01-10.478, n° 01-10.747 : JurisData n° 2003-019171 ; *Bull. civ.* 2003, I, n° 125 ; RGDA 2003, p. 464, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2004, n° 01-03.493 : RGDA 2004, p. 372, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 1973, n° 72-12.646 : Bull. civ. 1973, I, n° 279 ; RGAT 1974, p. 214, note A. Besson.
- Cass. 1^{re} civ., 12 mars 1991, n° 88-12.441 : JurisData n° 1991-000646 ; RGAT 1991, p. 633, note R. Bout.
- Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, n° 90-18.018 : Resp. civ. et assur. 1994, comm. 151 et chron. 11, H. Groutel ; RGAT 1994, p. 525, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2000, n° 98-13.052 : JurisData n° 2000-007207 ; Bull. civ. 2000, I, n° 312 ; Resp. civ. et assur. 2001, chron. 8, P. Vallier.
- Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1998, n° 96-15.580 : JurisData n° 1998-004975 ; RGDA 1999, p. 292, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, n° 90-18.018 : JurisData n° 1993-003043 ; Resp. civ. et assur. 1994, comm. 151 et chron. 11, H. Groutel ; RGAT 1994, p. 525, note J. Kullmann.
- Cass. ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : JCP G 1991, II, 21673, note J. Ghestin ; Resp. civ. et assur. 1991, chron. 9, H. Groutel.
- Cass. crim., 28 mars 2000 : JCP G 2000, I, 241, n° 10, note G. Viney.
- Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1986, n° 84-16.420 : JurisData n° 1986-701068 ; RGAT 1986, p. 445.

- Cass. 1^{re} civ., 12 mars 1991, n° 88-12.441 : JurisData n° 1991-000646 ; Bull. civ. 1991, I, n° 87 ; JCP G 1991, II, 21732, note J. Bigot.
- Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1992, n° 90-17.862 : JurisData n° 1992-002186 ; Resp. civ. et assur. 1992, comm. 243 et chron. 21, H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2000, n° 98-21.502 : JurisData n° 2000-002516 ; Resp. civ. et assur. 2000, comm. 311, note H. Groutel. – Cass. 2e civ., 5 oct. 2006, n° 05-11.823 : JurisData n° 2006-035282 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 384, note H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 1er juill. 1986, n° 84-17.750 : JurisData n° 1986-701793 ; D. 1987, somm. p. 181, note H. Groutel. – Cass. 1re civ., 15 déc. 1998, n° 96-15.580 : JurisData n° 1998-004975 ; Resp. civ. et assur. 1999, comm. 83.
- Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, n° 87-13.942 : JurisData n° 1990-701817 ; RGAT 1990, p. 622, note R. Bout.
- Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, n° 94-14.399 : JurisData n° 1996-003960 ; Resp. civ. et assur. 1997, comm. 35 ; RGDA 1997, p. 225, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 1996, n° 94-12.955 : JurisData n° 1996-002892 ; Resp. civ. et assur. 1996, comm. 402, note H. Groutel ; RGDA 1996, p. 903, note A. Favre-Rochex.
- Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, n° 92-20.470 : JurisData n° 1994-002559 ; Resp. civ. et assur. 1994, comm. 419.
- Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2000, n° 97-21.581 : JurisData n° 2000-000947 ; Bull. civ. 2000, I, n° 87 ; Resp. civ. et assur. 2000, comm. 208.
- CA Aix-en-Provence, 8 janv. 2003, n° 98/01.785 : JurisData n° 2003-205392 ; D. 2003, p. 2659, note B. Beignier.
- Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1993, n° 91-14.125 : JurisData n° 1993-001759 ; RGAT 1993, p. 760, note R. Maurice.
- Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2002, n° 99-15.159, 99-16.373 : JurisData n° 2002-014557 ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. 311.
- Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-12.447 : JurisData n° 1989-001991 ; RGAT 1989, p. 643, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1980, n° 79-17.075 : Bull. civ. 1980, I, n° 258 ; JCP G 1981, II, 19611, note J. Bigot. – Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1999, n° 96-20.571 : JurisData n° 1999-001121 ; Resp. civ. et assur. 1999, comm. 160.

2.3 EXCLUSION ET NOTIONS VOISINES

- Cass. 3^e civ., 17 déc. 2007, n° 06-17.608 : JurisData n° 2007-040871 ; Bull. civ. 2007, III, n° 176 ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 375, note H. Groutel ; JCP G 2007, II, 10199, note J.-P. Karila ; RGDA 2008, p. 66, note L. Mayaux.
- Cass. 2^e civ., 10 avr. 2008, n° 07-12.028 : RGDA 2008, p. 909, note, J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 17 avr. 2008, n° 07-12.023 : RGDA 2008, p. 750, note F. Turgné.
- Cass. 1^{re} civ., 12 mars 1991, n° 88-12.441 : JurisData n° 1991-000646 ; RGAT 1991, p. 633, note R. Bout.
- Cass. 3^e civ., 7 sept. 2011, n° 09-70.993 : JurisData n° 2011-018185 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 403.
- Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 99-10.650 : JurisData n° 2002-016096 ; Bull. civ. 2002, I, n° 243.
- Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-12.447 : JurisData n° 1989-001991 ; RGAT 1989, p. 643, note J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 03-10.062 : JurisData n° 2004-022859 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm. 198.
- Cass. 2^e civ., 15 mai 2008, n° 07-14.404 : RGDA 2008, p. 736, note L. Mayaux.

DISTINCTION ENTRE EXCLUSION DIRECTES ET EXCLUSIONS INDIRECTES

- Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 1985, n° 84-10.479 : RGAT 1985, p. 394, note J. Bigot.
- Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1992, n° 90-18.199 : RGAT 1992, p. 572, note H. Périnet-Marquet.
- Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 1991, n° 89-13.604 : JurisData n° 1991-001568 ; RGAT 1991, p. 380.
- Cass. 3^e civ., 26 mars 2008, n° 07-14.406 : RGDA 2008, p. 911, note M. Bruschi.
- Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1999, n° 96-14.022 : JurisData n° 1999-000167.

RÉGIME DES EXCLUSIONS CONVENTIONNELLES

- Cass. 2^e civ., 6 oct. 2011, n° 10-15.370 : JurisData n° 2011-022612 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 27, 1^{re} esp., H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 24 nov. 2011, n° 10-17.785 : JurisData n° 2011-026147 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 27, 2^e esp.
- Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1980 et 22 oct. 1980, n° 79-17.075 et n° 79-15.003 : JCP G 1981, II, 19611, note J. Bigot ; RGAT 1981, p. 51, note A. Besson. – Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1999, n° 96-20.571 : JurisData n° 1999-001121 ; Resp. civ. et assur. 1999, comm. 160.
- Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1982, n° 80-13.823 : RGAT 1983, p. 44.
- Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1982 : *Bull. civ.* 1982, I, n° 130.
- Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1987, n° 85-12.584 : JurisData n° 1987-001280 ; *Bull. civ.* 1987, I, n° 160.
- Cass. 2^e civ., 8 janv. 2009, n° 08-10.016 : *RGDA* 2009, p. 252, note S. ABRAVANEL-JOLLY.
- Cass. 3^e civ., 5 juill. 2011, n° 10-18.457 : JurisData n° 2011-013774 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 373.
- Cass. 2^e civ., 21 févr. 2013, n° 12-17.528 : JurisData n° 2013-002858 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 161.
- Cass. 2^e civ., 2 juill. 2015, n° 14-15.517 : JurisData n° 2015-016392 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 298, H. Groutel ; *RGDA* 2015, p. 393, note L. Mayaux.
- Cass. 2^e civ., 10 sept. 2015, n° 14-23.706 : JurisData n° 2015-020088 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 338, H. Groutel ; *RGDA* 2015, p. 461, note A. Pélissier.
- Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1997, n° 95-13.928 : JurisData n° 1997-001467 ; *RGDA* 1997, p. 737, note M.-H. Malleville.
- Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, n° 91-21.114 : JurisData n° 1993-002304 ; Resp. civ. et assur. 1994, comm. 59 ; *D.* 1994, inf. rap. p. 144, note C.-J. Berr.
- Cass. 2^e civ., 29 mars 2012, n° 11-12 948 : JurisData n° 2012-005886 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 186.
- Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 1990, n° 88-12.964 : JurisData n° 1990-003805.
- Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1996, n° 93-21.845 : JurisData n° 1996-000684 ; Resp. civ. et assur. 1996, comm. 136 et chron. 16, H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, n° 98-11.212 : JurisData n° 2000-002483 ; Resp. civ. et assur. 2000, comm. 307, note H. Groutel. – Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009, n° 08-14.482 : JurisData n° 2009-049825 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 23, note H. Groutel.

- Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1997, n° 95-12.790 : JurisData n° 1997-002134 ; Resp. civ. et assur. 1997, comm. 386, note H. Groutel.
- Cass. civ., 14 mai 1946 : D. 1946, p. 281, note P. L.-P.
- Cass. crim., 30 janv. 1992, n° 90-86.931 : JurisData n° 1992-001257 ; RGAT 1992, p. 499, note H. Margeat.
- Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990, n° 89-15.248 : JurisData n° 1990-003799 ; RGAT 1991, p. 38, note J. Landel et H. Margeat.
- Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-18.993 : JurisData n° 1998-004597 ; Resp. civ. et assur. 1999, chron. 6, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 26 avr. 2007, n° 06-13.379 : JurisData n° 2007-038543 ; RGDA 2007, p. 581, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1998, n° 95-19.967 : JurisData n° 1998-002393 ; RGDA 1998, p. 692.
- Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1987, n° 85-17.010 : RGAT 1988, p. 365, note R. Bout.
- Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1993, n° 91-17.010 : Resp. civ. et assur. 1993, comm. 278, note S. Bertolaso.
- Cass. com., 24 nov. 1987, n° 85-18.570 : RGAT 1988, p. 542, note R. Bout.
- Cass. 2^e civ., 6 oct. 2011, n° 10-10.001 : JurisData n° 2011-021034 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 26.
- Cass. 3^e civ., 26 sept. 2012, n° 11-19.117 : JurisData n° 2012-021546 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 362, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 13 déc. 2012, n° 11-22.412 : JurisData n° 2012-029545 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 105, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 12 déc. 2013, n° 12-29.862 : JurisData n° 2013-028448 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 74, 2^e esp., H. Groutel ; RGDA 2014, p. 30, M. Asselain.
- Cass. 2^e civ., 12 déc. 2013, n° 12-25.777 : JurisData n° 2013-028919 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 74, 3^e esp., H. Groutel ; RGDA 2014, p. 30, M. Asselain.
- Cass. 2^e civ., 3 juill. 2014, n° 13-20.572 : JurisData n° 2014-015345 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 355.
- Cass. 2^e civ., 15 janv. 2015, n° 13-19.405 : JurisData n° 2015-000387 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 142 et repère 4, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 5 févr. 2015, n° 14-10.507 : JurisData n° 2015-001824 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 163, H. Groutel.

- Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n° 10-15.255 : JurisData n° 2011-002833 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 234, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 7 avr. 2011, n° 10-10.868 : JurisData n° 2011-005586 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 267, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 3 oct. 2013, n° 12-23.684 : Resp. civ. et assur. 2014, comm. 74, 1^{re} esp., H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 3 juill. 2014, n° 13-20.572 : JurisData n° 2014-015345 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 355.
- Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1974, n° 73-12.497 : JurisData n° 1974-000253 ; JCP G 1975, II, 18133, note J. Bigot ; D. 1975, p. 513, note C.-J. Berr et H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 18 janv. 2006, n° 04-17.872 : JurisData n° 2006-031685 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 148.
- Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-14.300 : JurisData n° 2009-050516 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 66, note H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2001, n° 99-10.849 : JurisData n° 2001-009700 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 241 et chron. 17, H. Groutel ; D. 2001, p. 2776, note B. Beignier ; RGDA 2001, p. 944, note J. Kullmann. – Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2004, n° 01-14.486 : JurisData n° 2004-023383 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm. 243. – Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009, n° 08-19.646 : JurisData n° 2009-049781 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 28.
- Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 10-20.831 et 10-21.094 : JurisData n° 2012-007660 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 219.
- Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1987 : JurisData n° 1987-701805 ; RGAT 1987, p. 271, note R. Bout) ou à "vider le contrat de sa substance" (Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1992, n° 88-19.313 : RGAT 1992, p. 358, 3^e esp., note J. Bigot. – Cass. 2^e civ., 2 oct. 2008, n° 07-15.810 : JurisData n° 2008-045217 ; RGDA 2009, p. 117, note L. Mayaux.
- Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1974 : JCP G 1975, II, 18133, note J. Bigot ; D. 1975, p. 513, note C.-J. Berr et H. Groutel. – Cass. com., 7 avr. 1987, n° 85-15.910 : JurisData n° 1987-000891 ; D. 1989, somm. p. 248, note C.-J. Berr et H. Groutel. – Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1988, n° 87-11.048 : JurisData n° 1988-703394 ; RGAT 1989, p. 114, note R. Bout.
- Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1982, n° 81-14.790 : JurisData n° 1982-702925 ; RGAT 1983, p. 352.
- Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1987, n° 86-12.077 : RGAT 1988, p. 64.
- Cass. 2^e civ., 13 juill. 2006, n° 05-14.556 : JurisData n° 2006-034709.
- Cass. 3^e civ., 26 nov. 2003, n° 01-16.126 : JurisData n° 2003-021070 ; Bull. civ. 2003, III, n° 205.

- Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1990, n° 87-12.520 :JurisData n° 1990-001146 ; RGAT 1990, p. 186, note R. Bout.
- Cass. 3^e civ., 30 janv. 1992, n° 90-12.810 : RGAT 1992, p. 863, note J. Bigot.
- Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2005, n° 04-16.900 : JurisData n° 2005-031053 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 73, note H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 9 déc. 1997, n° 96-10.592 : JurisData n° 1997-004967 ; Resp. civ. et assur. 1998, comm. 109.
- Cass. 2^e civ., 18 janv. 2006, n° 04-17.872 : JurisData n° 2006-031685 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 148.
- Cass. 2^e civ., 18 janv. 2006, n° 04-17.279 : JurisData n° 2006-031684 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 148.
- Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, n° 97-16.924 : JurisData n° 1999-001917 ; JCP G 1999, II, 10176, concl. P. Sargos, note M.-H. Malleville.
- Cass. 2^e civ., 2 avr. 2009, n° 08-12.587 : JurisData n° 2009-047665.
- Cass. 1^{re} civ., 13 juin 1995, n° 93-11.484 : JurisData n° 1995-002514 ; RGAT 1995, p. 614, note A. d'Hauteville.
- Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 2000, n° 98-10.216 : RGDA 2000, p. 819, note L. Fonlladosa.
- Cass. 2^e civ., 5 juill. 2006, n° 04-10.273 : JurisData n° 2006-034444 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 277, note H. Groutel.
- Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993, n° 89-20.730 : JurisData n° 1993-000721 ; Resp. civ. et assur. 1993, chron. 9 et 24, H. Groutel. – Cass. 2^e civ., 9 avr. 2009, n° 08-12.938 : Resp. civ. et assur. 2009, comm. 191, note H. Groutel. – Cass. 2^e civ., 3 juin 2010, n° 09-14.338 : JurisData n° 2010-008186 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 231. – Contra Cass. 2^e civ., 2 oct. 2008, n° 07-15.810 : JurisData n° 2008-045217 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 30, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-14.300 : JurisData n° 2009-050516 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 66, note H. Groutel.

RÉALISATION DU RISQUE ET LE RÉGIME DE L'OBLIGATION DES PARTIES

- Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 1992, n° 90-18.997 : JurisData n° 1992-002903 ; RGAT 1993, p. 99, note R. Maurice.
- Cass. civ., 20 juill. 1942 : D. 1942, II, 129, note P. L.-P. ; RGAT 1942, p. 355, note A. Besson.
- Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1987, n° 86-10.513 : RGAT 1988, p. 108, note R. Bout.
- Cass. 1^{re} civ., 13 juin 1995, n° 92-13.942 : RGAT 1995, p. 688, note J. Bigot.
- Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993, n° 89-20.730 : JurisData n° 1993-000721 ; RGAT 1993, p. 357, note J. Bigot.
- Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1973, n° 71-12.931 : RGAT 1973, p. 366, note A. Besson. – CA Paris, 22 mai 2001, n° 1999-5365 : JurisData n° 2001-143089 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 311, note L. Grynbaum.
- Cass. 1^{re} civ., 27 mars 1990, n° 87-17.749 : JurisData n° 1990-001775 ; Resp. civ. et assur. 1990, comm. 218.
- Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2001, n° 98-13.312 : RGDA 2001, p. 307, note L. Mayaux.
- Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1991, n° 89-16.683 : JurisData n° 1991-002951 ; RGAT 1991, p. 827, note J. Landel et H. Margeat.
- Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1991, n° 89-16.683 : JurisData n° 1991-002951 ; RGAT 1991, p. 827, note J. Landel et H. Margeat.
- Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1983, n° 81-11.187 : JurisData n° 1983-700697 ; RGAT 1983, p. 512.
- (Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1993, n° 90-22.011 : JurisData n° 1993-002044 ; RGAT 1993, p. 788, note H. Margeat.
- Cass. 2^e civ., 8 mars 2012, n° 11-15.472 : JurisData n° 2012-011527 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 188.
- Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 1994, n° 92-17.487 : JurisData n° 1994-002558 ; RGAT 1994, p. 1126, note L. Mayaux.
- Cass. 2^e civ., 20 déc. 2007 : JurisData n° 2007-042039 ; RGDA 2008, p. 79, note S. ABRAVANEL-JOLLY.
- Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992, n° 90-18.997 : JurisData n° 1992-002903 ; RGAT 1993, p. 99, note R. Maurice.
- Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992, n° 90-18.997 : JurisData n° 1992-002903 ; RCA1992, comm. 463.

- Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1988, n° 86-18.843 : *RGAT* 1988, p. 555.
- Cass. 2^e civ., 6 févr. 2014, n° 13-11.767 : *JurisData* n° 2014-001835 ; *RCA* 2014, comm. 177.
- Cass. 2^e civ., 27 mars 2014, n° 13-15.835 : *JurisData* n° 2014-006168 ; *RCA* 2014, comm. 211, H. Groutel.
- Cass. 2^e civ., 22 nov. 2012, n° 11-25.056 : *JurisData* n° 2012-026759 ; *RCA* 2013, comm. 74.
- Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1982, n° 81-15.552 : *JurisData* n° 1982-702556 ; *RGAT* 1983, p. 350.
- Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1967, n° 65-11.553 : *JCP G* 1967, II, 15590, note J. Bigot.
- Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, n° 08-18.778 : *JurisData* n° 2009-048706.
- Cass. civ., 23 déc. 1936 : *RGAT* 1937, p. 291, note M. Picard.
- Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 1994, n° 92-10.484 : *JurisData* n° 1994-000876 ; *Resp. civ. et assur.* 1994, chron. 21, H. Groutel. – *Contra* Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1993, n° 91-11.866 : *RGAT* 1993, p. 784, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1997, n° 94-21.869 : *JurisData* n° 1997-000008 ; *RGDA* 1997, p. 159, note J. Bigot.
- CA Paris, 22 mai 2001 : *Resp. civ. et assur.* 2001, comm. 311, note L. Grynbaum.
- Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2001, n° 00-15.444 : *RGDA* 2002, p. 91, note J. Kullmann.
- Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 1966, n° 64-13.247 : *RGAT* 1967, p. 164, note A. Besson.
- Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1997, n° 95-15.813 : *JurisData* n° 1997-002732 ; *RGDA* 1997, p. 1066, note F. Chardin. – Sur ce thème, V. H. Groutel, *L'application mécanique de l'opposabilité des exceptions au bénéficiaire d'une assurance pour compte* : *Resp. civ. et assur.* 1996, chron. 32.
- Cass. civ., 15 juin 1931 : *S.* 1932, 1, 169, note P. Esmein ; *RGAT* 1932, p. 801, note M. Picard.
- Cass. crim., 17 déc. 2008, n° 08-82.085 : *JurisData* n° 2008-046520 ; *D.* 2009, p. 1796, note A. Prothais.
- Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1995, n° 93-85.513 : *RGDA* 1995, p. 453, note E. Fortis.
- Cass. 2^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-30.876 : *JurisData* n° 2011-0240083 ; *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 25.
- Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1995, n° 91-19.130 : *RGAT* 1995, p. 696, note J. Kullmann.
- Cass. 2^e civ., 30 juin 2004, n° 03-14.254 : *Resp. civ. et assur.* 2004, comm. 311, note H. Groutel.

- Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1984, n° 82-16.653 : JurisData n° 1984-700394 ; Bull. civ. 1984, I, n° 104 ; RGAT 1984, p. 408, note J. Bigot.

- Cass. 2^e civ., 6 févr. 2014, n° 13-10.540 et 13-10.745 : JurisData n° 2014-001702 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 175, H. Groutel ; Bull. civ. 2014, II, n° 35 ; RGDA 2014, J. Kullmann.

- Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 1990, n° 88-17.513 : JurisData n° 1990-702663 ; RGAT 1991, p. 40, note J. Bigot.

- Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996, n° 94-13.313 : JurisData n° 1996-001844 ; RGDA 1996, p. 781, note J. Beauchard.

- Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2015, n° 14-26.294 : Resp. civ. et assur. 2016, comm. 66.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Actes de violences collectives
 champ d'application, 115, 116, 117, 118,
 119
 notion, 91
 portée, 110, 111, 112, 113, 114
Aggravation de risques
 conséquence de l'absence de déclaration,
 213
 déclaration, 208
 notion, 209
Aléa, 53
 fonction, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66
 notion, 54, 55, 56, 57, 58
Assurance obligatoire, 68, 223, 328, 373,
 404
Assurance pour compte, 163
Assurance tous risques, 11, 252, 271, 313

C

Caractère expres, 314
Caractère formel, 297
Caractère limité, 300
Caractère limitatif, 317
Caractères très apparents, 308
Cas fortuit, 4, 6, 15
Catastrophes naturelles, 112, 116
Catastrophes technologiques, 112
Circonstances particulières de réalisation
 du risque, 279, 281, 354, 356
Clauses abusives, 2, 198, 223, 246, 259,
 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268,
 347, 348, 369, 371, 375, 384, 402, 413
Clauses-types, 370, 371, 372, 374, 375
Coassurance, 87, 221
Code civil du Bas-Canada de 1866, 2, 4,
 116, 313, 408

Compensation des risques, 77, 193, 220,
 221
Condition de garantie
 notion, 276, 277, 278, 279, 280, 281
 régime juridique, 276, 277, 278, 279,
 280, 281
Contrat d'adhésion, 247, 248, 249, 260,
 363
Contrat d'assurance
 définition, 30
 éléments constitutifs, 40, 41, 52
Contrats-types, 291, 292

D

Déclaration des circonstances nouvelles,
 208, 209, 210, 211, 212, 213
Déclaration précontractuelle du risque,
 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203,
 204, 205, 206
Déclaration du sinistre, 393
Découvert obligatoire, 216
Définition du risque couvert, 251, 282,
 284, 285, 286, 264, 279, 392, 400
Devoir d'information, 403, 404
Devoir de conseil, 404
Droit de la consommation, 201, 247, 248,
 249, 260, 411

E

Emeutes, 91, 92, 97, 107, 108, 115, 176,
 190, 218, 310
Engagement formel, 13, 14, 278, 322, 378
Équilibre contractuel, 8, 10, 223, 245, 252,
 254, 337, 338, 399, 407, 409, 414
Exclusion de garantie
 conditions de validité, 293, 294, 295,
 296, 300, 307, 311, 312, 323
 définition, 276, 277

difficultés, 273
exclusion conventionnelle, 17, 25, 50,
75, 96, 115, 116, 117, 271, 391
exclusion légale, 17, 25, 75, 90, 91, 92,
95, 96, 98, 99, 101, 105, 108, 109,
110, 112, 113, 114, 115, 116, 117,
119, 120, 121, 122, 123, 124, 125,
126, 130, 143, 144, 145, 147, 150,
151, 152, 155, 157, 158, 160, 163,
164, 165, 166, 167, 177, 179, 180,
181, 182, 183, 185, 186, 189, 190,
219, 223, 242, 244, 271, 323, 330,
391,
exclusion directe, 285
exclusion indirecte, 281, 285, 286, 316,
354, 362, 364, 392
fonction, 11
opposabilité, 326
raison d'être, 24

F

Fait personnel de l'assuré, 4, 5, 175,
Faute dolosive, 133, 142, 145, 146, 147,
148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155,
156, 157, 158, 159
Faute inexcusable, 5, 7, 151, 187,
Faute intentionnelle
fondement technique, 183
fondement moral, 185
assurances de dommages, 127
assurances de personnes, 176
Faute lourde, 5, 133, 137, 151, 173,
Fondement de la technique d'assurance, 83
Fonds de garantie, 341
Franchise, 56, 90, 187, 216, 227, 369, 371,
372, 402, 403
Fréquence des risques, 78, 80

G

Guerre civile, 91, 92, 97, 98, 99, 100, 102,
103, 104, 105, 106, 108, 115, 175, 218,
Guerre étrangère, 91, 92, 93, 94, 95, 96,
97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106,

113, 114, 115, 116, 117, 118, 175, 190,
218, 310,

Grands risques, 13, 42, 86, 200, 201, 202,
218, 335, 336, 337, 338, 382, 383, 385,
386, 387, 388, 389, 396, 397, 401, 407,
409, 411, 412, 414, 415

H

Historique de l'inassurabilité *Voir*
introduction

Homogénéité des risques, 80

I

Indemnité proportionnelle, 278, 159, 205,
206, 213

Insécurité juridique, 11, 286, 287, 289,
290, 368, 378

Instrumentalisation, 106, 335, 339

Interprétation du contrat d'assurance

la règle d'interprétation *contra*
proferentem, 247

la théorie des attentes légitimes de
l'assuré, 252

J

Justice contractuelle, 8, 185, 330, 341, 343

L

Liberté contractuelle, 1, 2, 7, 17, 27, 111,
144, 174, 190, 214, 260, 271, 368, 403,
418, 419,

Loi contractuelle, 340, 341, 420, 421

Loi des grands nombres, 56, 67, 69, 76, 77,
78, 80, 84, 88, 190, 192, 193

Loi du 13 juillet 1930, 2, 69, 115, 148,
307, 400

Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du
travail, 5

M

Mauvaise foi, 68, 204, 205, 206, 207, 213, 224, 228, 229, 231, 234, 238, 278
Médiation, 14, 367, 376, 378
Meurtre de l'assuré, 176, 179, 180, 181
Modes de règlement non contentieux, 14, 378, 379, 380
Mouvements populaires, 91, 92, 97, 107, 108, 115, 175, 190, 218, 310
Multirisques-habitation, 402, 403
Mutualité, 16, 28, 35, 36, 50, 67, 69, 77, 78, 81, 82, 83, 85, 87, 111, 113, 117, 118, 191, 192, 193, 194, 199, 208, 210, 214, 215, 216, 218, 220, 221, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 245, 250, 268, 269, 270, 341

N

Négligence grossière, 5, 6, 133, 145
Non-assurance, 285, 349, 361, 362, 364
Note de couverture, 308
Notice d'information, 200, 202, 203, 231, 308,
Notion d'assurance, 27, 28

O

Obligation d'information, 199, 201, 252, 386, 403,
Opération d'assurance, 64, 67, 68, 73, 76, 113, 184, 192, 194, 216, 239
Ordonnance de la marine de 1681, 3
Ordre public, 2, 9, 17, 26, 51, 90, 110, 111, 113, 114, 124, 125, 152, 173, 182, 186, 188, 190, 191, 219, 242, 248, 263, 271, 330, 339

P

Plus haute bonne foi, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 258, 268
Police d'assurance, 27, 46, 49, 75, 130, 162, 181, 202, 208, 231, 252, 256, 262,

263, 271, 277, 285, 293, 295, 303, 305, 307, 308, 315, 318, 321, 330, 331, 334, 336, 341, 344, 349, 371, 372, 375, 398, 399, 402, 403, 419

Principe indemnitaire, 44, 187

Principes du droit européen des contrats, 352

Protection de l'assuré, 223, 244, 245, 249, 250, 255, 259, 260, 261, 268, 386, 397, 408, 411

Protection de l'institution d'assurance, 9, 222, 225, 244, 245

Provision mathématique, 63, 118, 180

R

Réassurance, 84

Règlement extrajudiciaire, 375, 376, 378, 379, 413, 415

Répartition des risques, 218

Risque

notion, 42

fonction, 49

Risques de masse, 13, 202, 218, 335, 336, 337, 382, 385, 386, 387, 388, 396, 398, 399, 400, 401, 402, 409, 410, 412, 414, 415

S

Sécurité juridique, 13, 289, 243, 411

Segmentation, 81

Sélection de risques, 193, 194, 215, 216, 217, 268, 269, 368

Solvabilité, 221

Suicide, 138, 140, 176, 177, 178, 179, 186, 187, 323

T

Tables de mortalités, 3

Technique d'assurance, 67, 75, 76, 83, 84, 86, 88, 89, 90, 91, 106, 117, 119, 124, 125, 182, 183, 189, 190, 191, 224, 242, 271, 327, 328, 329, 330, 419.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	I
LISTE DES ABRÉVIATIONS	II
SOMMAIRE	IV
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PARTIE 1 – DÉTERMINATION DE LA RAISON D’ÊTRE (<i>RATIO LEGIS</i>) DE L’EXCLUSION DE GARANTIE	23
TITRE 1 – L’EXCLUSION DE GARANTIE : UN EFFET DE LA TECHNIQUE D’ASSURANCE	24
CHAPITRE 1 – L’EXCLUSION COMME EFFET PUREMENT TECHNIQUE DE L’ASSURANCE ..	25
SECTION 1 – LA NOTION D’ASSURANCE	25
§1 – LE CONTRAT D’ASSURANCE	26
I – DÉFINITION DU CONTRAT D’ASSURANCE.....	26
II – LES ÉLÉMENTS TECHNIQUES DU CONTRAT D’ASSURANCE	32
A – LE RISQUE : ÉLÉMENT FONDAMENTAL DU CONTRAT D’ASSURANCE	32
1 – LA NOTION DE RISQUE EN ASSURANCE	33
2 – LA FONCTION DU RISQUE EN ASSURANCE	41
B – L’ALÉA, ESSENCE DU CONTRAT D’ASSURANCE.....	45
1 – NOTION D’ALÉA EN ASSURANCE	46
2 – LA FONCTION DE L’ALÉA DANS LE CONTRAT D’ASSURANCE.....	52
2.1 – L’ALÉA, UN CRITÈRE DE QUALIFICATION DU CONTRAT D’ASSURANCE ?.....	54
2.2 – L’ALÉA, UNE CONDITION DE COUVERTURE DU RISQUE	58
2.2.1 – CONCEPTION SUBJECTIVE DE L’ALÉA.....	59
2.2.2 – CONCEPTION OBJECTIVE DE L’ALÉA	60
2.2.3 – L’EXCLUSION DE GARANTIE, UNE SANCTION DU DEFAUT D’ALÉA.....	64
§ 2 – LA TECHNIQUE D’ASSURANCE	65
I – LA MUTUALISATION	66
II – LA RÉASSURANCE	71
SECTION 2 – LES EXCLUSIONS DICTÉES PAR LA SEULE TECHNIQUE D’ASSURANCE.....	76
§ 1 – L’EXCLUSION DES ACTES DE VIOLENCES COLLECTIVES	76
I – CONDITIONS D’EFFECTIVITÉ.....	77
A – LA GUERRE ÉTRANGÈRE	77
B – LA GUERRE CIVILE	85
C – LES ÉMEUTES ET MOUVEMENTS POPULAIRES	89
II – PORTEE ET CHAMP D’APPLICATION	90
A – PORTÉE	90
B – CHAMP D’APPLICATION.....	94
§ 2 – L’EXCLUSION DU VICE PROPRE DE LA CHOSE	98
CHAPITRE 2 – L’EXCLUSION COMME EFFET DE LA TECHNIQUE D’ASSURANCE RENFORCÉE PAR L’ORDRE PUBLIC ET LA MORALE : LA FAUTE INTENTIONNELLE DE L’ASSURÉ.....	101
SECTION 1 – DOMAINE D’APPLICATION DE L’EXCLUSION LÉGALE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE	101
§ 1 – LA FAUTE INTENTIONNELLE EN ASSURANCES DE DOMMAGES.....	101
I – NOTION DE FAUTE INTENTIONNELLE	101
A – DÉFINITION DE LA FAUTE INTENTIONNELLE	101
1 – PRÉCISION TERMINOLOGIQUE	102
2 – DÉFINITION <i>STRICTO SENSU</i>	103
B – LES FAUTES EXCLUSIVES DE GARANTIE LÉGALEMENT VISÉES	112
1 – LA FAUTE INTENTIONNELLE EN DROIT QUÉBÉCOIS.....	112

2 – LA FAUTE INTENTIONNELLE ET/OU DOLOSIVE EN DROIT FRANÇAIS	115
2.1 – CONCEPTION CLASSIQUE : LA FAUTE INTENTIONNELLE <i>OU</i> DOLOSIVE.....	116
2.2 – CONCEPTION MODERNE : LA FAUTE INTENTIONNELLE ET LA FAUTE DOLOSIVE	119
II – RÉGIME JURIDIQUE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE	126
A – LE PRINCIPE D’INASSURABILITÉ DE LA FAUTE INTENTIONNELLE DE L’ASSURÉ	126
1 – LA DÉTERMINATION DE L’ASSURÉ.....	127
2 – MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D’INASSURABILITÉ DE LA FAUTE INTENTIONNELLE	128
B – EXCEPTION : GARANTIE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE DES PERSONNES DONT L’ASSURÉ EST CIVILEMENT RESPONSABLE	130
1 – DOMAINE D’APPLICATION	130
2 – MISE EN ŒUVRE	134
2.1 – PROHIBITION DES EXCLUSIONS SUBJECTIVES	134
2.2 – VALIDITÉ DES EXCLUSIONS OBJECTIVES	135
§ 2 – LA FAUTE INTENTIONNELLE EN ASSURANCES DE PERSONNES	136
I – LE SUICIDE.....	137
II – LE MEURTRE DE L’ASSURÉ PAR LE BÉNÉFICIAIRE.....	138
SECTION 2 – FONDEMENTS DE L’EXCLUSION LÉGALE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE	141
§ 1 – FONDAMENT TECHNIQUE.....	142
§ 2 – FONDAMENT MORAL.....	143
CONCLUSION DU TITRE 1.....	148
 TITRE 2 – L’EXCLUSION DE GARANTIE : UNE NECESSITE POUR LE BON FONCTIONNEMENT DE L’ASSURANCE	 150
<i>CHAPITRE 1 – LA NECESSITE DE L’EXCLUSION DE GARANTIE POUR LA PROTECTION DE LA MUTUALITE.....</i>	 <i>151</i>
SECTION 1 – LA PROTECTION DE LA MUTUALITÉ PAR LA SÉLECTION DU RISQUE	152
§ 1 – LA SÉLECTION DU RISQUE SUR LA BASE DE LA DÉCLARATION DU SOUSCRIPTEUR OU L’ASSURÉ	152
I – LA DÉCLARATION PRÉCONTRACTUELLE DU RISQUE	153
II – LA DÉCLARATION DU RISQUE EN COURS DE CONTRAT	164
§ 2 – EXCLUSION COMME CONSÉQUENCE DE LA SÉLECTION DU RISQUE	172
SECTION 2 – LA PROTECTION DE LA MUTUALITÉ PAR L’ORGANISATION DES RISQUES	173
§ 1 – LA RÉPARTITION DES RISQUES	173
§ 2 – LA COMPENSATION DES RISQUES.....	175
<i>CHAPITRE 2 : LA NÉCESSITÉ DE L’EXCLUSION DE GARANTIE POUR LA SAUVEGARDE DE L’INSTITUTION D’ASSURANCE.....</i>	 <i>177</i>
SECTION 1 – LA SAUVEGARDE DE L’INSTITUTION D’ASSURANCE À TRAVERS LA NOTION DE PLUS HAUTE BONNE FOI	179
§ 1 – PORTÉE DE LA NOTION DE PLUS HAUTE BONNE FOI	180
I – PORTÉE DE LA PLUS HAUTE BONNE FOI À L’ÉGARD DU SOUSCRIPTEUR/ASSURÉ	181
II – PORTÉE DE LA NOTION DE PLUS HAUTE BONNE FOI À L’ÉGARD DE L’ASSUREUR	184
§ 2 – LA PLACE DE LA HAUTE BONNE FOI EN DROIT CONTEMPORAIN DES ASSURANCES	191
SECTION 2 – LA SAUVEGARDE DE L’INSTITUTION D’ASSURANCE PAR LA PROTECTION DE L’ASSURÉ	198
§ 1 – LA PROTECTION DE L’ASSURÉ PAR L’INTERPRÉTATION DU CONTRAT	199
I – LA RÈGLE D’INTERPRÉTATION <i>CONTRA PROFERENTEM</i>	199
II – LA RÈGLE D’INTERPRÉTATION SELON LA THÉORIE DE L’ATTENTE LÉGITIME DE L’ASSURÉ.....	204
§ 2 – LA PROTECTION DE L’ASSURÉ PAR LA PROHIBITION DES CLAUSES ABUSIVES.....	212
I – LA RÉGLEMENTATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT FRANÇAIS	213
II – LA RÉGLEMENTATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT QUÉBÉCOIS	217
CONCLUSION DU TITRE 2.....	223
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	225

PARTIE 2 – DIFFICULTÉS ET PERSPECTIVES DE SOLUTIONS DE L'EXCLUSION DE GARANTIE

.....	227
TITRE 1 – DIFFICULTÉS DE L'EXCLUSION DE GARANTIE	227
CHAPITRE 1 – DIFFICULTÉS DE LA NOTION D'EXCLUSION DE GARANTIE	228
SECTION 1 – LA DIFFICILE DISTINCTION DE L'EXCLUSION AUX NOTIONS VOISINES.....	228
§ 1 – EXCLUSION ET CONDITION DE GARANTIE	229
§ 2 – EXCLUSION ET CLAUSE DÉFINISSANT LE RISQUE COUVERT	234
SECTION 2 – CONSÉQUENCES DE LA DIFFICILE DISTINCTION DE L'EXCLUSION AUX NOTIONS VOISINES.....	237
§ 1 – INCERTITUDE ET CONFUSION JURISPRUDENTIELLES	237
§ 2 – L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE	239
CHAPITRE 2 – LES DIFFICULTÉS DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'EXCLUSION DE GARANTIE 241	
SECTION 1 –UN RÉGIME CONTRAIGNANT ETGÉNÉRALISÉ	241
§ 1 – CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION DE GARANTIE	241
I – CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION DE GARANTIE EN DROIT FRANÇAIS	242
A – CONDITIONS DE VALIDITÉ DE FOND	242
1 – UNE EXCLUSION FORMELLE ET LIMITÉE	242
1.1 – LE CARACTÈRE FORMEL	244
1.2 – LE CARACTÈRE LIMITÉ.....	246
2 – UNE EXCLUSION CONTENUE DANS LA POLICE	249
B – CONDITIONS DE VALIDITÉ DE FORME.....	250
II – LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION DE GARANTIE EN DROIT QUÉBÉCOIS	255
A –LES CONDITIONS DE VALIDITÉ EN ASSURANCES DE DOMMAGES	255
1 – UNE EXCLUSION EXPRESSE ET LIMITATIVE.....	255
1.1 – UNE EXCLUSION EXPRESSE.....	256
1.2 – UNE EXCLUSION LIMITATIVE	259
2 – UNE EXCLUSION STIPULÉE DANS LE CONTRAT	261
B – LES CONDITIONSDE VALIDITÉ EN ASSURANCES DE PERSONNES.....	263
§ 2 – LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXCLUSION DE GARANTIE	265
I – L'OPPOSABILITÉ DE L'EXCLUSION DE GARANTIE.....	266
II – LA POSSIBLE RÉNONCIATION DE L'EXCLUSION PAR L'ASSUREUR	271
SECTION 2 : CONSÉQUENCES DU RÉGIME CONTRAIGNANT ET GÉNÉRALISÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION	274
§ 1 – L'INADAPTATION DU RÉGIME JURIDIQUE ACTUELÀ LA SITUATION RÉELLE DE CERTAINS ASSURÉS	275
§ 2 – L'INSTRUMENTALISATION DE L'EXCLUSION DE GARANTIE A TRAVERS SES CONDITIONS DE VALIDITÉ	278
CONCLUSION DU TITRE 1.....	283
TITRE 2 – PERSPECTIVES DE SOLUTION AUX DIFFICULTÉS DE L'EXCLUSION DE GARANTIE . 284	
CHAPITRE 1 – SOLUTION AU PROBLÈME NOTIONNEL DE L'EXCLUSION DE GARANTIE .. 285	
SECTION 1 – PERSPECTIVES DE SOLUTIONS CLASSIQUES.....	286
§ 1 – SOLUTION À LA DÉLICATE DISTINCTION ENTRE EXCLUSION ET CONDITION DE GRANTIE	286
I – RÉNONCEMENT À LA DISTINCTION ENTRE EXCLUSION ET CONDITION DE GARANTIE	286
A – RECOURS AU DROIT COMMUN OU À LA LÉGISLTION SUR LES CLAUSES ABUSIVES.....	287
B – L'ALIGNEMENT DE RÉGIME JURIDIQUE DES DEUX NOTIONS	288
II – RECHERCHE DE CRITÈRE DE DISTINCTION.....	292
§ 2 –SOLUTION À LA DÉLICATE DISTINCTION ENTRE EXCLUSION ET CLAUSE DÉFINISSANT LE RISQUE COUVERT 295	
A – LE CRITÈRE DISTINCTION CHRONOLOGIQUE : UN CRITÈRE PUREMENT DOCTRINAL.....	295
B – LES CRITÈRES DE DISTINCTION INSPIRÉS DE LA JURISPRUDENCE	298
SECTION 2 – PERSPECTIVES DE SOLUTIONS MODÈRNES.....	300
§ 1 – FIXATION LÉGALE D'UNE GARANTIE DE BASE ET ÉNUMÉRATION DES EXCLUSIONS AUTORISÉES	301
§ 2 – RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES LITIGES	313
CHAPITRE 2 – SOLUTION AUX DIFFICULTÉS DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'EXCLUSION DE GARANTIE	321

SECTION 1 –ADAPTATION DU RÉGIME JURIDIQUE DE L’EXCLUSION À LA SITUATION RÉELLE DE L’ASSURÉ	322
§ 1 –ASSOULISSEMENT DU RÉGIME ACTUEL POUR L’ASSURANCE DEGRANDS RISQUES	322
I – SUPPRESSION DES CONDITIONS DE VALIDITÉDU RÉGIME ACTUEL.....	323
II – MAINTIEN DU RÉGIME ACTUEL DE LA PREUVE DE L’EXCLUSION	328
§ 2 – RENFORCEMENT DU RÉGIME ACTUEL POUR L’ASSURANCE DES RISQUES DE MASSE	333
I – MAINTIEN DES CONDITIONS DE VALIDITÉ ET LE RÉGIME DE PREUVE ACTUELS	333
II – MENTION DES EXCLUSIONS DANS UN DOCUMENT SEPARÉ ADRESSÉÀ L’ASSURÉ	336
SECTION 2 – LES MÉRITES D’UN RÉGIME D’EXCLUSION ADAPTÉ À LA SITUATION DE L’ASSURÉ	341
§ 1 – UN RÉGIME RÉTABLISSANT L’ÉQUILIBRE DU CONTRAT D’ASSURANCE.....	342
§ 2 – UN RÉGIME CONFORME À L’ESPRIT DE LA LOI	347
CONCLUSION DU TITRE 2.....	349
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	351
CONCLUSION GÉNÉRALE	352
PROPOSITIONS DE THÈSE	356
BIBLIOGRAPHIE	357
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	419
TABLE DES MATIÈRES	422

RÉSUMÉ

En plus des impératifs de l’ordre public et la morale, la technique et le fonctionnement de l’assurance ne permettent pas de garantir tous les risques susceptibles d’être présentés à l’assureur. En tant que technique de gestion des risques par mutualisation, il ne peut y avoir d’assurance sans exclusion de garantie et ce, aussi bien en droit français qu’en droit québécois. La fonction de cette exclusion de garantie est de fixer les limites de l’assurabilité

du risque à travers les exclusions légales et délimiter l'étendue de la garantie à travers les exclusions conventionnelles. C'est pourquoi tout contrat d'assurance comporte nécessairement des clauses d'exclusion conventionnelle de garantie qui viennent s'ajouter aux exclusions prévues par la loi. Mais malgré sa nécessité pour la technique et bon fonctionnement de l'assurance, la notion d'exclusion n'est pas définie par les législateurs français et québécois. Ce qui dans la pratique, rend difficile la distinction entre exclusion de garantie et les notions voisines comme la condition de garantie et la clause définissant le risque couvert. En outre, malgré le fait que le régime juridique de l'exclusion de garantie résulte principalement de la loi, son caractère contraignant et son application généralisée fait qu'il se retrouve à son tour au cœur des débats sur la qualification d'exclusion de garantie. C'est à la lumière de ce constat et à contre-courant d'un mouvement général de confusion et d'incompréhension, qu'a été réalisé ce projet de thèse. La première partie consacrée à la détermination de la raison d'être de l'exclusion de garantie, a permis de démontrer qu'elle est à la fois un effet de la technique d'assurance et une nécessité pour son bon fonctionnement. Quant à la seconde partie qui est consacrée aux difficultés et perspectives de solutions de l'exclusion de garantie, elle a permis de mettre en lumière ses lacunes pour lesquelles des solutions ont été envisagées.

THESIS SUMMARY

In addition to the requirements of public order and morality, the technique and operation of insurance do not cover all the risks that may be presented to the insurer. As a technique of risk management by mutualisation, there can be no insurance without exclusion of guarantee, both in French law and in Quebec law. The function of this exclusion of cover is to set the limits of the insurability of the risk through the legal exclusions and to delimit the scope of the cover through the conventional exclusions. This is why any insurance contract necessarily includes contractual exclusion clauses in addition to the exclusions provided for by law. However, despite its need for the technical and proper functioning of insurance, French and Quebec legislators do not define the notion of exclusion. In practice, this makes it difficult to distinguish between exclusion of guarantee and related concepts such as the guarantee condition and the clause defining the risk covered. In addition, despite the fact that the legal regime governing the exclusion of warranty results mainly from the law, its binding nature and its generalized application means that it in turn finds itself at the heart of the debates on the qualification of exclusion of warranty. . It is in the light of this observation and against a general trend of confusion and misunderstanding that this thesis project was carried out. The first part devoted to determining the reason for the exclusion of warranty, demonstrated that it is both an effect of the insurance technique and a necessity for its proper functioning. As for the second part, which is devoted to the difficulties and prospects for solutions to the exclusion of warranty, it has made it possible to highlight its shortcomings for which solutions have been considered.