

Interrogations critiques sur l'*uberrima fides* dans le contrat d'assurance

André Bélanger

Volume 77, Number 3-4, 2009–2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1091944ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1091944ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté des sciences de l'administration, Université Laval

ISSN

1705-7299 (print)

2371-4913 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bélanger, A. (2009). Interrogations critiques sur l'*uberrima fides* dans le contrat d'assurance. *Assurances et gestion des risques / Insurance and Risk Management*, 77(3-4), 203–236. <https://doi.org/10.7202/1091944ar>

Article abstract

In insurance law, the notion of *uberrima fides* has long been considered essential to a good contractual relationship. And yet, the use of the notion to explain the nature or the object of the contractual responsibilities of both client and insurer appears to be less and less founded. Given that its conception is rather moral than juridical, the notion leaves room for the subjective interpretation of the courts and legal representatives. In a context thus open to rhetoric, those not specialized in law and insurance cannot fully realize the significance of their insurance contracts and the ensuing responsibilities. Hence, the utmost good faith cannot contribute to a renewed elaboration of a theory of insurance law which might be appropriated as much by the legal representatives than it could be by the contractual parties. The recourse to *uberrima fides* offers resistance to some possible abuses by the respective parties, presenting the contract as an inevitably hostile play that opposes insured and insurer and which thus needs to be overseen by the moral concept. Placing emphasis on the greater context within which the parties are to reach an understanding can rather allow the desirable move beyond contractual morality, favoring law over morality.

Interrogations critiques sur l'*uberrima fides* dans le contrat d'assurance

par André Bélanger

RÉSUMÉ

De longue date, en droit des assurances, l'*uberrima fides* est considérée essentielle à la bonne entente contractuelle. Il semble toutefois qu'elle explique de moins en moins la nature et la portée des engagements du preneur et de l'assureur. En raison de sa conception davantage morale que juridique, elle laisse libre cours à l'interprétation subjective des tribunaux et des juristes. Dans un tel contexte ouvert à la rhétorique, le profane en droit et en assurances ne peut réaliser pleinement la signification de son contrat et des obligations qui en découlent. En ce sens, la plus haute bonne foi permet difficilement d'aller de l'avant dans l'élaboration d'une théorie du contrat d'assurance appropriable tant par les juristes que les parties au contrat. Plutôt que de créer des remparts aux abus respectifs des parties, de présenter le contrat comme une joute hostile inévitable opposant preneur et assureur, joute régie par la plus haute bonne foi, il serait sans doute préférable de passer outre la moralité contractuelle et de mettre l'accent sur le contexte plus global dans lequel s'inscrit l'entente entre les parties. Somme toute, favoriser le droit.

Mots clés : Devoirs des parties, droit comparé, modernité juridique, moralité contractuelle, plus haute bonne foi, théorie du contrat.

L'auteur :

L'auteur est professeur, Faculté de droit de l'Université Laval. Cette étude a été financée en partie par le FQRSC, dans le cadre d'un projet individuel de recherche intitulé *Le lien obligationnel entre l'assuré et l'assureur comme nouveau paradigme contractuel de droit commun*. Nous remercions le professeur Louis-Philippe Lampron, qui a agi, alors qu'il était étudiant au doctorat, à titre d'assistant dans le cadre de ce projet de recherche.

In insurance law, the notion of *uberrima fides* has long been considered essential to a good contractual relationship. And yet, the use of the notion to explain the nature or the object of the contractual responsibilities of both client and insurer appears to be less and less founded. Given that its conception is rather moral than juridical, the notion leaves room for the subjective interpretation of the courts and legal representatives. In a context thus open to rhetoric, those not specialized in law and insurance cannot fully realize the significance of their insurance contracts and the ensuing responsibilities. Hence, the utmost good faith cannot contribute to a renewed elaboration of a theory of insurance law which might be appropriated as much by the legal representatives than it could be by the contractual parties. The recourse to *uberrima fides* offers resistance to some possible abuses by the respective parties, presenting the contract as an inevitably hostile play that opposes insured and insurer and which thus needs to be overseen by the moral concept. Placing emphasis on the greater context within which the parties are to reach an understanding can rather allow the desirable move beyond contractual morality, favoring law over morality.

Keywords: Duty of each party, comparative law, new legal context, contractual morality, utmost good faith, theory of the contract.

I. INTRODUCTION

En droit des assurances, le rôle de la plus haute bonne foi, ou encore de l'*uberrima fides*, paraît incontestable¹. Son importance présumée n'a de cesse d'être rappelée. Et lorsque son impact justificatif diminue quant aux devoirs de l'assuré, ce n'est que pour mieux se développer quant à ceux de l'assureur². Plusieurs éléments peuvent expliquer cette longévité justificative et l'unanimité de son recours. D'abord, son caractère éminemment flexible, malléable, si ce n'est flou, vague. Ensuite, et ceci peut sans doute expliquer cela, la nature morale de la plus haute bonne foi a pour effet de rallier par principe; il est bien connu que nul n'est contre la vertu.

Or, il semble malgré tout possible et justifié de s'interroger sur ce rôle primordial accordé à la plus haute bonne foi en droit des assurances québécois contemporain. Il s'agit, de manière plus précise, de questionner la place que doit occuper une telle notion morale dans un domaine très technique à l'intérieur duquel les juristes ont tout intérêt à favoriser la compréhension *juridique* des deux parties au contrat (preneur et assureur). De plus, et ici le propos est délicat, la référence *canadienne* au rôle de la plus haute bonne foi tend à escamoter tout un pan théorique de nature civiliste propre au droit civil, sans que la référence à une approche comparatiste soit satisfaisante.

Prévenons le lecteur que notre propos ne se présente pas sous la forme d'un plaidoyer anti-*uberrima fides*, mais constitue plus simplement une interrogation théorique générale et une incitation au recul réflexif. Nous espérons que nos arguments ne seront pas perçus sous un jour trop idéologique, voire sous la forme de procès d'intention ou de condamnations draconiennes, car là n'est aucunement notre intention. Soulignons également que l'approche adoptée en est une de droit prospectif et non de droit positif; par conséquent, le but du présent texte n'est pas de présenter de manière exhaustive les applications jurisprudentielles de la notion de plus haute bonne foi. Notre seule prétention est de contribuer quelque peu au discours juridique en perpétuel développement. Ainsi, nous nous intéresserons aux difficultés théoriques vers lesquelles l'*uberrima fides* tend à nous entraîner dans une société où les valeurs morales s'avèrent de plus en plus éclatées (2). Ceci devrait permettre d'encourager le développement d'un rapport contractuel davantage empreint d'essence juridique moderne plutôt que du trope³ moral qu'est devenu la plus haute bonne foi (3). Mais d'abord, afin de mieux situer le développement de la notion dans le temps et la culture juridique, attardons-nous brièvement à ses origines (1).

2. UNE NOTION AVANT TOUT RATTACHÉE AU PASSÉ ?

[...] nous savons très bien que l'on trouve dans les mots tout ce que l'on plaide quand on en tire autre chose que les traditions qu'ils portent et je veux seulement comprendre

Emmanuel Lévy, « La confiance légitime »

C'est un cliché que d'affirmer que le domaine contractuel a changé avec la multiplication des contrats d'adhésion et le développement de la consommation d'assurance⁴. En tablant sur cette évidence, 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'*uberrima fides*. Notre question initiale est donc la suivante : est-ce que 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 ?

De la référence historique usuelle⁵, à la multiplication des services d'assurance contemporains, il y a plus de 200 ans d'intenses développements dans le monde de l'assurance. Au risque de décontextualisation, ce constat ne peut être négligé lorsque l'on réfère au principe de la cour anglaise⁶. Sans compter que l'interprétation pro-assureur à donner à cette décision ne serait pas incontestable⁷. Au contraire, ce « principe essentiel » que l'on a fait de la plus haute bonne foi a été réinterprété de multiples façons depuis plus de deux siècles à travers divers systèmes juridiques. Au final, les analyses de droit comparé démontrent à quel point son application diffère à travers le temps et les régimes juridiques⁸. En ce sens, un auteur de common law n'a pas manqué de faire la critique suivante à la fin des années 1960 :

In the first place, current doctrine, so far from representing a restatement of classical doctrine as set out in decisions such as *Carter v. Boehm* (réf. omise), sets out an entirely different principle, one largely fashioned during the present century. It is respectfully submitted that *Carter v. Boehm* was correctly read by a number of American courts in the nineteenth century who read the case as stating a « narrow » rule of disclosure. [...] Further, the doctrine seems to work harder against laymen than against professionals. [...] In the first place, the professional is more likely to know that a duty to disclosure exists and to know also what information the insurer needs to know, than likely in the case with a lay applicant for life insurance. [...] Thirdly, the doctrine is in error in assessing the strength of the parties with regard to knowledge. The doctrine assumes that the insured is in a stronger position than the insurer because he (the insured) has more knowledge than the insurer. But the possession of greater knowledge, it is submitted, puts the insured in a weaker position, since he (the insured) does not know which parts of the information the insurer wishes to have. It is submitted, however, that it is the insurer who should be seen as the stronger party, since he (the insurer), is aware of what information he seeks to have⁹.

Ceci, sans compter que l'environnement assurantiel contemporain est autrement plus complexe et qu'il implique des champs d'investigation beaucoup plus vastes que ceux de la navigation au XVIII^e siècle. Le professeur Deslauriers écrit d'ailleurs :

Au XVIII^e siècle, la seule source de renseignements provenait des déclarations du preneur. Le bien assuré se trouvant la plupart du temps en haute mer, trop loin du lieu

de la conclusion du contrat, il était impossible pour l'assureur d'aller recueillir des données en personnes. Cela a eu une influence marquante puisqu'on a toujours considéré que « l'assureur [était] à la merci de la diligence de l'armateur » [référence omise]. Les premières décisions sur le sujet, qu'elles relèvent ou non du droit maritime, expriment d'ailleurs ces préoccupations. Il est alors aisé de comprendre pourquoi un tel accent a toujours été mis sur la prestation de l'assuré, seule personne à connaître les caractéristiques du risque et la plus apte à le décrire. Toutefois, cette perspective ne reflète pas toujours la réalité contemporaine. En effet, s'il reste que l'assuré demeure « le maître des faits » [réf omise], les assureurs, forts d'une expérience toujours grandissante, disposent maintenant « de statistiques sérieuses et de nombreux moyens d'interpréter le risque » [réf omise]¹⁰.

En ce sens, nous ne croyons pas faire fausse route en suggérant que si la notion de « plus haute bonne foi » avait un rôle important à jouer au moment de son apparition en raison d'un contexte idéologique et juridique propice à son émergence – influence du droit canon et du droit naturel opposé au développement du droit positif –, aujourd'hui, il semble plus opportun de tenter de réfléchir à la question du droit en termes moins métaphysiques. Le droit, à titre de science juridique et sociale, ne devrait-il pas plutôt 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 ? Posons donc ici la question avec candeur : s'en remettre encore aujourd'hui à un tel concept moral indéfinissable ne représente-t-il pas, de notre part à tous, à titre de juristes et sans doute dans une propension toute post-moderne à penser le droit¹¹, à un certain aveu d'impuissance théorique, voire une forme d'abandon de rigueur juridique en matière de théorie contractuelle ?

Outre cet aspect anachronique au plan de la théorie juridique, une autre difficulté nous paraît importante, soit la perception de la notion de plus haute bonne foi à titre d'élément intégré au droit canadien, sans précision quant à son origine de *common law*. Or, il importe de réaliser que le contrat d'assurance est d'abord et avant tout un contrat nommé régi par la théorie générale des contrats, et qu'il se développe, au Québec, au sein d'un régime contractuel de droit civil¹². Avec tout le respect pour l'intelligence juridique des juges, que la plus haute cour du pays réfère à l'*uberrima fides* dans des décisions émanant du Québec¹³ et que la Cour d'appel du

Québec réfère à la notion¹⁴ ne démontre pas de facto la pertinence de la notion en droit civil contemporain. Si les règles québécoises de droit des assurances sont métissées¹⁵ et gagnent indubitablement à l'être, il est préférable d'éviter de faire reposer l'*ensemble* sur une notion propre à la common law, dans la mesure où seul le fonctionnement de l'assurance devrait être pris en compte. Soulignons ici que notre propos n'est aucunement politique et précisons également que ce n'est pas tant cet aspect «comparatiste» qui est problématique, dans la mesure où l'effet pourrait être bénéfique pour les civilistes. Il ne s'agit surtout pas de nous inscrire en faux contre les apports majeurs de toutes formes de droit comparé. Notre interrogation provient plutôt du fait que tant la référence historique que le recours à la common law privent les juristes civilistes d'un cadre interprétatif et analytique précis, tout en compliquant l'élaboration d'une définition du contrat d'assurance pleinement ancrée dans la contemporanéité juridique. Tentons de clarifier notre propos à la l'aide de la réflexion suivante de Gunther Teubner :

The whole debate is shaped by the powerful metaphor of the 'legal transplant'. Will good faith, once transplanted, be rejected by an immune reaction of the *corpus iuris britannicum*? Or will it function as a successful transplant interacting productively with other elements in the legal organism? [...] However, when a foreign rule is imposed on a domestic culture, I submit, something else is happening. It is not transplanted into another organism, rather it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events. It irritates, of course, the minds and emotions of tradition-bound lawyers; but in a deeper sense, – and this is the core of my thesis – it irritates law's 'binding arrangements'. It is an outside noise which creates wild perturbations in the interplay of discourses within the arrangements and forces them to reconstruct internally not only their own rules but to reconstruct from scratch the alien itself. 'Legal irritants' cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change. [...] My guess is that this is not only a matter of reconstructing it from a common law as opposed to a civil law perspective. There is also the crucial difference of 'production regimes'. The imperatives of a specific Anglo-American economic culture as against a specific Continental one will

bring about an even more fundamental reconstruction of good faith under new conditions¹⁶.

À notre avis, et pour revenir au contrat d'assurance, la difficulté vient du fait que le caractère historique de la plus haute bonne foi ne permet plus de jouer ce rôle « irritant » qui au final serait bénéfique pour le droit des contrats d'assurance. Au contraire, la référence à l'*uberrima fides* à titre de règle *déjà* assimilée et à son contexte d'origine favorise trop peu le renouveau théorique et permet de passer outre plusieurs interrogations. Qui d'entre nous n'avons pas déjà formulé ainsi la teneur de l'*uberrima fides* : la règle 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) ? Or, à l'évidence, il est difficile de soutenir que la plus haute bonne foi joue, en droit québécois des assurances, le rôle ainsi défini par Teubner :

Foreign rules are irritants not only in relation to the domestic legal discourse itself, but also in relation to the social discourse to which law is, under certain circumstances, closely coupled. As legal irritants, they force the specific *epistème* of domestic law to a reconstruction in the network of its distinctions. As social irritants they provoke the social discourse to which law is closely tied to a reconstruction of its own. Thus, they trigger two different series of events whose interaction leads to an evolutionary dynamics which may find a new equilibrium in the eigenvalues of the discourse involved. The result of such a complex and turbulent process is rarely a convergence of the participating legal orders, but rather the creation of new cleavages in the interrelation of operationally closed social discourses¹⁷.

Ainsi, le recours à la notion de plus haute bonne foi, justifié par son « historicisme » et son « exotisme », ne stimulerait pas l'analyse contemporaine du contrat d'assurance en droit civil. Autrement dit, la plus haute bonne foi tend à jouer un rôle trop simplificateur, un rôle, somme toute, de raccourci théorique qui devrait être évité, au risque de favoriser la perte de sens du contrat et de sa théorie générale¹⁸. Au contraire, si la morale se doit d'être présente dans le contrat d'assurance, ne serait-ce pas à titre d'élément essentiel au *vivre ensemble*, qui est partie prenante de toute vie en société ou microcosme telle la relation assurantielle ? Il ne semble donc pas y avoir de raisons juridiques pour que l'*uberrima fides* soit considérée plus importante au sein du contrat d'assurance que dans tout autre contrat. Pas plus,

ni moins somme toute, en cette matière, qu'en économie ou dans le domaine sportif. À l'inverse, la gestion effective des risques et la redistribution des primes payées par les assurées impliquent le respect de principes mathématiques essentiels au fonctionnement de l'assurance. N'est-ce pas d'abord sur ces principes actuariels, qui exigent le traitement par l'assureur de données fournies par les assurés, que les règles juridiques devraient s'établir ?

Ceci pris en compte, nous sommes donc dubitatifs face à l'utilisation contemporaine de la plus haute bonne foi. Cette référence récurrente, est-elle une conséquence du développement rapide et relativement récent des assurances ? Si c'est le cas, et d'autant plus dans un contexte juridique qui exploite sa nature multiforme selon les décisions juridiques à rendre, ne vaudrait-il pas mieux envisager le concept comme une étape à dépasser, et non comme une solution permanente à caractère dogmatique ? À cet effet, il nous semble tendancieux de justifier aujourd'hui l'obligation de déclaration du preneur / assuré par l'exigence de plus haute bonne foi ou par la vulnérabilité de l'assureur. Le fonctionnement de l'économie en ce début du XXI^e siècle rend l'assurance beaucoup plus sensible aux aléas des marchés financiers qu'à ceux des assurés. De ce fait, les assureurs sont beaucoup plus vulnérables aux soubresauts du système économique mondial qu'à l'intention présumée de fraude généralisée chez les assurés, fraude qui serait de toute manière sanctionnée par des règles précises du Code civil¹⁹. Ainsi, en affirmant que « [les] proposants ont une obligation de divulgation parce que les assureurs doivent leur faire confiance », et que « [cette] facette de leur relation rend les assureurs vulnérables », ce qui implique que « [l'] obligation de divulgation vise à empêcher les abus de cette confiance et à inciter les parties à faire preuve de bonne foi²⁰ », ne favorisons-nous pas l'ambivalence quant à la teneur proprement juridique du contrat ? En ce début de XXI^e siècle, et dans un contexte de règles civilistes reformulées à diverses occasions pour tenir compte du développement de la relation d'assurance entre les parties, la référence à la plus haute bonne foi – si ce n'est à l'obligation générale de bonne foi d'ailleurs²¹ –, loin d'ajouter de la clarté à la relation contractuelle des parties, encourage d'abord l'équivoque. Au final, seule la rhétorique des avocats y trouve son compte. Par leur habileté à défendre les intérêts de leurs clients respectifs – qui s'opposent, il importe de le souligner – ils contribuent à faire de la plus haute bonne foi une notion difficilement saisissable au plan juridique dans un contexte de post-modernité et d'éclatement des valeurs morales au sein de la société. Aussi, un auteur écrivait : « [...] it is surely remarkable that the insured's duty to disclose material facts to the insurer on his own initiative – the so-called *uberrima fides* principle – has been sub-

jected to virtually no critical assessment by either English courts or commentators²²». Le même auteur ajoute, démontrant l'ampleur du prisme argumentatif que peut recouvrir cette notion : « Given the fair number of people who must (for one or other reason) fail to reply to answers in proposal forms and given also the ease with which in most cases the insurance company can obtain the information withheld, it is extremely difficult to see why insurers should enjoy freedom to manipulate the rules of the game in their favor in this area²³ ». Somme toute, la référence historique apporterait à la plus haute bonne foi une aura ontologique, ce qui justifierait sa valeur normative. Or, cette dernière est sans doute trompeuse, dans la mesure où la signification de la notion est plus riche au plan moral que juridique.

3. UNE NOTION AUJOURD'HUI TROP AMBIGÜE ?

Dans pareille situation, j'aurai réclamé la justice de notre doux sire Diex qui ne peut pas refuser son secours à l'homme de bien. J'aurai réclamé de me battre en duel contre le champion de cels qui m'accusaient. Et je suis certain que j'aurai gagné, prouvant ainsi ma bonne foi.

Lancelot

La notion de plus haute bonne foi paraît aujourd'hui ambivalente. Trop chargée au plan historique, elle s'intègre mal au contexte contemporain de l'assurance. Un auteur écrivait :

Non sans quelque exagération, on pourrait même soutenir que le droit du contrat d'assurance s'est développé à partir de l'idée que, dans la relation contractuelle, l'assureur est la partie faible méritant protection. La faiblesse de l'assureur consiste en ce qu'il entreprend de couvrir un risque qui appartient à l'assuré et n'est connu que de ce dernier. Cette idée que le droit de l'assurance reste avant tout protecteur des intérêts de l'assureur peut sembler plutôt incongrue à cette époque dont d'aucuns considèrent qu'elle marque l'apogée du droit de la consommation, mais elle n'en est pas moins fondamentale. C'est le souci de protéger l'assureur qui conforte dans une large mesure le fondement de la norme de base que constitue, pour tout droit du contrat d'assurance, la règle de la bonne foi. Il est vrai que, dans son expression classique, contenue dans

la «section 17» de la *Marine Insurance Act* anglaise de 1906, la bonne foi, en l'occurrence plutôt «l'exceptionnelle bonne foi», est requise dans le chef des deux parties : «*A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good at hand if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party.*» Force est cependant de reconnaître que, jusqu'à une époque récente, législateur et jurisprudence ont principalement utilisé la règle de la bonne foi pour en déduire des obligations à charge du preneur d'assurance et de l'assuré²⁵.

Une interrogation sous-jacente se présente ici : doit-on opérer une distinction entre la «simple» bonne foi et la plus haute bonne foi, dans la mesure où si la première est d'application générale, la seconde ne concerne *a priori* qu'un champ spécifique au droit des assurances ? Le recours à la plus haute bonne foi peut sembler plus objective et technique étant habituellement limité aux questions de déclaration initiale et d'aggravation du risque. À l'inverse, la bonne foi doit imprégner l'ensemble de la théorie du contrat selon les articles 6, 7 et 1375 du Code civil. Outre cette distinction quant au champ d'application, il nous semble cependant impossible de nier le fondement moral de la notion de plus haute bonne foi, aussi précis et pointu que soit son domaine d'application et de ne pas reconnaître les liens étroits qui sont entretenus – surtout en droit civil – entre les deux notions. De même, justifier *l'uberrima fides* par le fonctionnement de la mutualité est tout aussi peu décisif sur le plan de la théorie juridique en raison de la transformation importante du paysage assurantielle au cours des dernières décennies²⁶. En ce sens, nous ne croyons pas révélateur au plan normatif de rattacher la notion de bonne foi à un principe général d'honnêteté et celle d'*uberrima fides* à une forme de discipline nécessaire au bon fonctionnement du contrat d'assurance. Une telle distinction ne nous paraît point fructueuse lorsque vient le moment d'interroger la valeur heuristique d'une notion telle celle de la plus haute bonne foi. Il ne s'agit évidemment pas d'opérer ici un amalgame notionnel systématique entre bonne foi et plus haute bonne foi, mais de rappeler que *l'uberrima fides* fait appel à une interprétation morale du rapport contractuel qui découle indiscutablement de l'essence de la bonne foi contractuelle²⁷. Bien que la plus haute bonne foi ne joue un rôle concret que dans le domaine de la déclaration du risque, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là du cœur du processus contractuel en assurance. Or, aussi technique et objective que soit son application dans le cadre des déclarations initiale, spontanée et d'aggravation du risque, elle demeure une notion vague supra-juridique, tout comme la bonne foi.

D'ailleurs, les auteurs sont très nombreux à établir cet inévitable lien entre les deux notions, de mêmes qu'entre l'application générale de la notion de bonne foi et celle plus technique de la plus haute bonne foi²⁸. Et c'est bel et bien en référant à l'obligation générale de bonne foi – et non à l'*uberrima fides* – que le Barreau du Québec se faisait critique quant à la proposition d'obliger les assureurs à poser les questions en matière de déclaration initiale du risque²⁹. Dans ce contexte, nous ne voyons pas la pertinence de nier l'essence morale commune aux deux notions. En outre, par le biais d'une telle distinction entre application générale de l'une et application technique de l'autre, n'y a-t-il pas possibilité de perdre de vue l'élément primordial qu'est le recours en droit à une notion morale? Pour cette raison, la critique de l'utilisation de la notion de plus haute bonne foi en assurances nécessite un bref détour vers la notion générale de bonne foi.

Précisons que notre propos ici n'est pas de révéler le caractère malléable de la bonne foi, dans la mesure où ses défenseurs s'en réclament. La souplesse permise par la bonne foi favoriserait l'application du droit. En ce sens, la professeure Dubreuil a écrit :

Hasardeux est celui qui tentera de définir la bonne foi et il faut se demander s'il faut la définir. D'une part, donner à la bonne foi une notion vague et imprécise la priverait de toute portée pratique et, d'autre part, à en explorer le sens, on risquerait de n'y voir qu'un devoir « d'assistance, de collaboration, de coopération, d'aide mutuelle et, à la limite, d'amitié et de fraternité » (RÉF. OMISE). La bonne foi a, bien sûr, une acceptation large : elle exprime « tous les sentiments honnête d'une droite conscience » (RÉF. OMISE) qui doivent animer les parties à un contrat; une si large conception frise, il faut l'admettre, l'utopie³⁰.

Pour les besoins de notre exposé, rappelons les trois conceptions reconnues de la bonne foi. D'abord, la bonne foi en tant que croyance erronée d'une situation juridique. C'est la bonne foi objective : le cas du créancier apparent de l'article 1559 C.c.Q., selon lequel le débiteur paie de bonne foi une personne qui lui semble juridiquement être le véritable créancier; il est de bonne foi, il croyait payer la bonne personne; c'est donc une erreur excusable. Ensuite, la bonne foi qui permet d'interpréter un acte selon l'esprit des contractants, plutôt que selon le texte strict. C'est le sens de l'article 1425 C.c.Q. qui provient de la distinction établie en droit romain entre les actions de droit strict et celles dites de bonne foi. C'est en grande partie ce que l'on rattache aujourd'hui à l'idée de consensualisme. Enfin, la bonne foi comme synonyme de loyauté, d'honnêteté, de sincérité. La bonne

foi qui fonde le respect de la parole donnée, de la coopération, autrement dit, la bonne foi à titre de valeur et de comportement moral. En matière d'assurance, c'est évidemment à cette dernière conception que se rattache la plus haute bonne foi. Or, cette référence à un devoir moral d'entraide est inévitablement source de malentendus. L'une des principales difficultés provient de la raison d'être de la notion de bonne foi, soit contrer quelque peu la philosophie individualiste du Code civil. Un auteur le rappelle en ces termes :

[...] 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 individualiste³¹.

Or, en matière d'assurance, l'individualisme est paradoxal puisque la gestion des risques implique la *mise en commun* des intérêts de tous les assurés. En référant à la plus haute bonne foi pour justifier l'important processus de déclaration initiale et d'aggravation du risque – voire de déclaration spontanée –, plutôt qu'au fonctionnement même de l'assurance, les juristes contribuent à voiler la nature sociétale de la gestion des risques et incitent les preneurs à interpréter leurs devoirs selon leur conception morale plutôt qu'aux règles juridiques clairement définies que sont les articles 2408 et 2409 C.c.Q.³². Il y a sans doute une raison juridico-historique à cet attachement à la plus haute bonne foi : dès son apparition l'assurance a joué un rôle social important, mais sa reconnaissance juridique a été très lente à venir³³. Ce qui peut d'ailleurs paraître improbable dans la mesure où le rôle du droit est précisément de réguler la vie sociale, ce que fait également, à sa façon, l'assurance. En fait, la raison de ce retard est relativement simple : l'assurance, pour les juristes, avant d'être un instrument sociétal, est d'abord un contrat qui, selon la perception individualiste et libérale des législateurs français et canadien du XIX^e siècle, était la *loi des parties*³⁴. Sans compter le caractère louche rattaché à l'origine à cette œuvre au service du hasard dans un univers contrôlé d'abord et avant tout par la volonté divine³⁵. C'est dans un tel univers idéologique que s'inscrit la référence à l'*uberrima fides*. Il faut comprendre que cette conception moralisante de la bonne foi invoquée en assurance ne remonte pas au droit romain (ce dernier ne considérait la bonne foi que dans une opposition au droit strict, très formel). C'est au moyen âge que se développe la conception morale de la bonne foi, alors que la paix

sociale était basée sur la foi : la foi en son seigneur (terrien) qui protégeait ses vassaux; la foi en l'Église qui représentait Dieu; la foi en Dieu qui protégeait et représentait tout. Pour simplifier, et au risque de caricaturer : on ne pouvait trahir sa foi, il fallait s'y conformer; il fallait être de *bonne foi*. Avec l'entrée du droit dans la modernité et l'accent mis sur la raison à titre de « nouveau » fondement politique et juridique, la portée juridique de la bonne foi morale a été atténuée, au profit de l'individu sujet de droit (sa liberté, son égalité, son émancipation, sa volonté éclairée).

Or, les questions morales sont réapparues en force dans le domaine du droit ces dernières décennies, alors que d'aucuns croyaient que le droit positif avait mis un terme à ces considérations d'équité et de morale dans le droit³⁶. Depuis, le rôle de la notion de bonne foi ne cesse d'être élargie en matière de contrat, au point d'être l'un des reflets importants de la postmodernité juridique. Dans cette optique, il importe d'exposer la teneur de cette notion salvatrice qu'est la plus haute bonne foi. Est-elle, en assurance, le reflet « de la conscience du juge et [de] ses valeurs morales³⁷ » ? Et si tel est le cas, pourquoi seuls les juristes pourraient faire valoir leurs « valeurs morales » ?

Des juristes justement, et non des moindres, ont présenté la bonne foi tel un outil (l'outil ?) de contrôle issu d'une moralité contractuelle nouvelle³⁸. L'utilisation contemporaine de l'*uberrima fides* s'inscrit inévitablement dans le cadre de la reconnaissance de cette bonne foi « générale ». D'autant plus que le juge Baudouin ne manque pas de préciser que la bonne foi est question de circonstances et qu'« [...] avec les nouveaux textes, son contenu précis est davantage fonction des circonstances particulières de chaque espèce et demeure donc, presque exclusivement, de nature jurisprudentielle³⁹ ». Faut-il comprendre, par conséquent, qu'elle ne peut constituer une règle de portée générale accessible à l'ensemble des parties assurantielles ?

Autre interrogation importante : est-ce que la plus haute bonne foi réussit à remplir le rôle que l'on voudrait lui attribuer ? Les propos de certains auteurs contribuent parfois à semer le doute⁴⁰. Il est reconnu que les notions de bonne foi et de plus haute bonne foi ne sont pas définissables⁴¹. La notion serait même malléable au point de permettre son « adoucissement » en certaines circonstances⁴². Sans chercher à faire preuve de mauvaise foi (!), nous pourrions demander si une telle forme de plus haute bonne foi moins rigoureuse peut être qualifiée de simple bonne foi ? Plus simplement, est-il seulement possible de distinguer bonne foi « ordinaire » et plus haute bonne foi ? Un auteur écrit en ce sens :

Tous les contrats doivent être négociés de bonne foi. Cependant, le contrat d'assurance est l'une des rares contrats commerciaux qui doivent être conclus dans la plus haute bonne foi, supposant un degré d'honnêteté encore plus élevé que celui exigé pour les contrats ordinaires⁴³.

De même, mais exprimé inversement, le professeur Lluellas écrit :

On présente souvent l'assurance comme un « contrat de bonne foi » (réf. omissa). Si l'on entend par là que les parties doivent être honnêtes, on ne caractérise pas vraiment la convention d'assurance, puisque, dans tout contrat, quel qu'il soit, chaque partie doit à l'autre loyauté et coopération⁴⁴.

La « bonne foi supérieure » contribuerait-elle à moraliser *davantage* les relations contractuelles que ne le permet la bonne foi prévue à l'article 1375 du Code civil ? À l'évidence, le flou qui caractérise la plus haute bonne foi entraîne, *a fortiori*, certains paradoxes. Par exemple, lorsqu'elle est exigée de l'une des parties, il semble que le vis-à-vis contractuel glisse, lui, vers un comportement moins moral. En ce sens :

Le contrat d'assurance est considéré comme un contrat de la plus haute bonne foi; pourtant, en voulant sanctionner une négligence reprochée à l'assureur, les solutions proposées ne semblent pas tenir compte de la moralité de l'autre partie et risquent de conduire à un affaiblissement certain de cette notion de la plus haute bonne foi chez l'assuré et même lui permettre le mensonge⁴⁵ !

Autre paradoxe qui nous paraît malheureux, il apparaît, en common law tout au moins, que la plus haute bonne foi s'inscrit dans un contexte d'opposition des parties, contexte qui serait lui-même régi par l'obligation générale de bonne foi. Ainsi :

À n'en pas douter, au cours du processus de règlement, l'assureur et l'assuré ont tous les deux le droit d'agir comme des adversaires. Ils peuvent défendre leurs propres intérêts et adopter des interprétations contraires de la police, des faits et du droit. La bonne foi n'exige pas le règlement de toutes les demandes, ni devrait-elle l'exiger; les consommateurs d'assurance assumeraient en bout de ligne les coûts d'une telle interprétation, par la voie d'une augmentation des primes et d'une réduction de la concurrence dans le secteur de l'assurance. La bonne foi exige

des assureurs qu'ils fondent leurs décisions sur des motifs raisonnables. L'assureur ne peut pas sciemment se servir de son avantage stratégique pour refuser un avantage contractuel attribué à l'autre partie au contrat⁴⁶.

À ce stade, il reste à établir qui devra décider du caractère « raisonnable », et surtout, en vertu de quels critères ? La bonne foi, encore et toujours ? La loyauté réciproque des parties ? En ce sens, certains rattachent la notion de bonne foi en assurance à celle de loyauté⁴⁷. Or, dans la mesure où loyauté découle de loyal, qui découle lui-même de loi (la loi des parties qu'est le contrat), il semble que cette notion de plus haute bonne foi revêt un caractère tautologique. Ne faudrait-il pas tenter de nous sortir du raisonnement circulaire dans lequel nous enferme la bonne foi (contrat = bonne foi = loyauté = loi = contrat...) ? Mais pour ce faire, il nous faut accepter de demeurer sur le terrain juridique et surtout d'affronter les difficultés que présente – que ne peut que présenter en fait – la théorie des contrats. Dans la mesure où les parties sont perçues et présentées comme des « adversaires » perpétuels, une telle approche d'opposition « raisonnée » par l'intermédiaire de la plus haute bonne foi n'est-elle pas, malheureusement, inévitable ? Pour cette raison, il serait souhaitable d'inciter les parties au contrat à aborder ce dernier non pas comme un duel opposant des adversaires de bonne foi qui respectent également l'*uberrima fides*, mais bien comme une entente juridique régie par des règles de droit précises. Il faut aussi garder à l'esprit que l'assurance est synonyme de « confiance » et non d'indemnisation⁴⁸. La tendance (toute contemporaine ?) à envisager, d'abord et avant tout, d'un côté l'indemnisation à portée de main de l'assuré et, de l'autre, le bien économique à exploiter qu'est la police pour l'assureur, contribue sans doute à la négligence de cette donnée assurantielle fondamentale. En ne considérant pas, dans l'analyse du contrat d'assurance, le phénomène social global qui implique la mise en commun des risques⁴⁹, sans doute contribuons-nous à faire perdurer le recours aux notions « pléonastiques » de bonne foi et d'*uberrima fides*.

En référant à la notion de la plus haute bonne foi pour expliquer au preneur la teneur de ses obligations de déclaration, le juriste permet-il au mieux la compréhension du sens et de la portée disciplinaire de l'engagement contractuel ? La morale, même dans une application juridique technique telle que celle de la déclaration initiale ou d'aggravation du risque, a pour particularité d'être multiforme, subjective, et donc de pouvoir diverger d'un contractant à l'autre. À l'inverse, la loi est la même pour tous. La norme contractuelle qu'a contribué à créer le preneur en acceptant l'entente proposée par

l'assureur ne peut être flexible quant aux obligations juridiques. Ne serait-ce que pour cette raison, une référence juridique précise présente un avantage indéniable sur celle de la plus haute bonne foi. Or, c'est justement ici que les difficultés se présentent à notre point de vue : si la *pratique* juridique est facilitée par la plus haute bonne foi, c'est précisément parce qu'elle réduit l'importance du collectif juridique – et assurantiel que représente la gestion des risques – au profit du contrôle particularisé que permet la notion d'essence morale qu'est la plus haute bonne foi. Ceci est d'autant plus troublant que la plus haute bonne foi ne joue plus un simple rôle d'exception, mais est au contraire présentée comme une règle fondamentale, générale⁵⁰. D'autre part, tout en soutenant le rôle important de la plus haute bonne foi, certains ne manquent pas de souligner qu'il est, somme toute, secondaire. Importante, primordiale ou secondaire, simple ou plus entière, la notion de bonne foi n'est-elle pas trop présente ? Alors que les parties au contrat ont déjà beaucoup à faire avec les termes techniques de l'assurance, l'ambivalence, on le voit, que porte en elle la notion de plus haute bonne foi mine sans doute la possibilité d'un entendement juridique partagé et partageable par tous.

4. UNE NOTION SANS AVENIR ?

[...] la juridicisation croissante de la vie normale, quotidienne, oblige à une compréhension plus profonde du droit. Non pas le droit olympien, enfermé, dans son dédain souverain, ni le droit servile, au service des enjeux politiques, un verbe de louange pour les tribunaux, une plume asservie aux bureaux, une pensée ou une morale élastique... Mais le droit dans la complexité des luttes qui le parcourent. On le fera très brièvement, mais sans cacher que le droit est un terrain de lutte. Et s'il montre parfois un visage content et uniforme, il le fait pour cacher le caractère agonistique (ou polémogène) de son existence. Et il ne peut pas cependant tromper tout le monde tout le temps. Le droit vit un dualisme ou un antagonisme intrinsèque, qui n'est pas nécessairement une chose mauvaise, mais qui ne lui donne pas de paix. Et son visage unitaire ressemble à un masque ou à une illusion.

P. F. da Cunha, *Droit et récit*

À ce stade de notre propos, nous pouvons nous résumer à l'aide de la définition de l'*uberrima fides* donnée par le professeur Mayrand :

Certains contrats, plus que d'autres, exigent que chaque partie puisse agir en toute confiance et présumer de la bonne foi de l'autre. Elle s'attend donc à ce que son cocontractant lui révèle franchement les circonstances et les faits particuliers qu'il connaît et qui pourront rendre le contrat si onéreux qu'elle n'y souscrirait pas si en elle était informée. La confiance dans la bonne foi de l'autre est notamment importante dans un contrat d'assurance. On dit parfois *Ab imo pectore* (du fond de la poitrine, d'une entière franchise)⁵¹.

Or, nous ne comprenons pas en quoi certains contrats peuvent laisser place à un doute quant à l'honnêteté du contractant. Pourquoi est-ce qu'une telle description de l'entente contractuelle se fait-elle de manière «exceptionnelle»? En quoi, au plan juridique, le contrat d'assurance est-il (ou devrait-il être) différent de toute relation contractuelle? Il faut à coup sûr éviter le manichéisme simpliste en vertu duquel «le camp des consommateurs naïfs [s'oppose] à celui des professionnels roués⁵²», mais, à l'inverse, il ne faudrait pas tomber dans l'exagération et présenter l'assureur comme étant dépourvu face à la horde de preneurs malhonnêtes. Formulons notre interrogation autrement : est-ce qu'une telle confiance, un tel engagement *ab imo pectore* est aujourd'hui possible en assurance, alors que le preneur comprend peu de choses au processus assurantiel et rédactionnel imposé par le contrat, auquel non seulement il adhère, mais auquel il *doit adhérer* en vertu des obligations sociales? En fait, nous pouvons opposer à l'argument historique de la plus haute bonne foi propre aux XVIII^e et XIX^e siècles, celui développé au XX^e et qui porte sur le contrat d'adhésion⁵³. Ainsi, de la protection de l'assureur au XIX^e siècle à celle de l'assuré au XX^e, l'histoire du présent nous incite à dépasser les oppositions de protections qui peuvent, à l'encontre des apparences, être datées. Ce faisant, on réalise, en dernière analyse, que les exemples d'application de la plus haute bonne foi ne sont en fait que des *définitions* du contrat. En ce sens, attardons-nous sur la description suivante de la relation assuré / assureur :

Comme nous le signalions précédemment, si la bonne foi de l'assuré doit être présente en tout temps, celle de l'assureur est également requise : il doit éviter d'exercer des manœuvres dilatoires pour retarder l'examen d'une réclamation, ni refuser sans motif valable le paiement d'un sinistre. Une autre illustration de la plus haute bonne foi réside, en assurance de dommages, dans le principe indemnitaire de l'assurance [...] qui est de rétablir le patrimoine de l'assuré qui prévalait avant la réalisation du sinistre⁵⁴.

Il faut reconnaître ici qu'un comportement inverse impliquerait purement et simplement un vol. De même, le locataire doit jouir des lieux sans les détruire; le mandant prendre soin des biens du mandataire; l'avocat offrir la meilleure prestation de services possible. Rien de moral ici, que du juridique. C'est simplement du contenu contractuel dont il est question. Peut-on d'ailleurs considérer que le législateur souhaitait s'engager sur une telle voie davantage juridique que morale en utilisant la notion d'assuré « normalement prévoyant » à l'article 2409 C.c.Q.⁵⁵?

Quoiqu'il en soit, la notion de plus haute bonne foi, en raison de son caractère historique, a sans doute une signification – bien que très variable – pour les juristes et les spécialistes de l'assurance⁵⁶. Par contre, il en va autrement pour le profane. Par conséquent, tabler sur son respect est non seulement illusoire, mais source de confusion supplémentaire. En ce sens :

La commune intention des parties indispensable à la clarté de toute convention exige une compréhension mutuelle des contractants dès la conclusion de l'accord. Précisément, l'insertion de termes spécifiques à l'assurance dans un contrat généralement conclu entre un professionnel et un profane risque de supprimer toute concordance de volontés⁵⁷.

Ainsi, nous ne sommes pas convaincus que la plus haute bonne foi se présente comme la solution à l'opposition des parties. À l'analyse, elle semble même nourrir cette opposition dans la mesure où elle fixe les limites à l'intérieur desquelles les parties pourront s'affronter lune l'autre. Un auteur écrivait d'ailleurs :

Certes l'assureur et l'assuré sont des adversaires légitimes suivant la matérialisation du risque, dans le sens que chaque partie a le droit de revendiquer ses propres intérêts contractuels. Ainsi, la bonne foi ne signifie pas que l'assureur doive accepter toutes les réclamations présentées contre lui. Cependant, la bonne foi implicite à tout contrat d'assurance oblige l'assureur à fonder son refus sur des motifs raisonnables. Il ne peut utiliser, de façon consciente, sa position stratégique afin d'usurper un bénéfice contractuel qui fut alloué à la partie assurée. Conclure à la mauvaise foi permet d'imposer une sanction plus sévère que la valeur marchande de ce bénéfice⁵⁸.

Une fois de plus, qu'est-ce que le terme « raisonnable » – tel qu'utilisé ici au sens moral – signifie dans un contexte d'opposition? Ne devrait-on pas, plutôt que de perpétuer cette logique d'opposition

morale / opposition immorale, tenter d'ancrer la formation et l'exécution du contrat d'assurance dans une meilleure compréhension, une meilleure connaissance des mécanismes du contrat ? Est-ce que brandir le bâton des dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de bonne foi est vraiment une voie prometteuse⁵⁹ ? Référer aux règles du Code civil et au fonctionnement de la gestion des risques plutôt qu'à l'*uberrima fides* ne serait-il pas plus significatif au plan juridique pour les parties ? Nous croyons qu'en maintenant le contrat d'assurance dans les limites ambiguës de la bonne foi et de l'*uberrima fides* nous nous éloignons du potentiel pleinement juridique d'une entente comprise et partagée par les parties. Il n'est pas question ici de libérer le preneur d'une obligation contractuelle implicite, au détriment de l'assureur. Pas plus, évidemment, qu'il s'agit de nier les obligations d'information et de conseils qui s'imposent, en la matière, pour le cocontractant qu'est l'assureur. Ce qui importe aujourd'hui, c'est d'abord d'inscrire le processus contractuel dans le domaine du compréhensible et du communicable. Or, la plus haute bonne foi permet difficilement cela puisqu'elle est par nature indéfinissable. En ce sens, l'entente entre les parties ne doit plus être envisagée comme étant d'un côté la police d'assurance à titre de bien économique à multiplier et exploiter au maximum et, de l'autre, comme une relation aux prémisses morales que seuls les juristes sont en mesure d'interpréter selon les circonstances et les ajustements prétoriens. C'est au contrat, à sa nature juridique et son contenu clairement défini qu'il faut s'en remettre. Dans cette mesure, et à titre de contre-exemple, le professeur Bergeron écrit :

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 vivre⁶⁰.

Si nous sommes pleinement en accord avec les propos du professeur Bergeron, nous ne pouvons cautionner sa référence justificatrice à la plus grande bonne foi : c'est 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'opposition. Une perception renouvelée du volontarisme, intégrée à une modernité à poursuivre plutôt qu'à rejeter, permettrait de conserver la théorie des contrats au sein de l'univers juridique, plutôt que de la faire éclater en de multiples parcelles (économiques, morales, sociales, techniques) qui finissent par se contredire au lieu de se compléter. En ce sens, la morale, représentée par la plus haute bonne foi, ne doit rester qu'un outil parmi d'autres, et non la justification et l'expression de la particularité du contrat d'assurance.

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 temps⁶¹.

Le juridique donc, et non la morale. En ce sens, ce n'est pas tant un comportement moral que recherche l'assureur, que le respect de l'exigence de vérité qui est partie prenante de ce « bien immatériel » qu'est l'assurance. Ce que l'on tend à circonscrire par le biais de la plus haute bonne foi, c'est l'attitude de dénégation de l'assuré qui refuse de payer pour la valeur du risque qu'il représente⁶². N'importe-t-il pas, à l'heure où la consommation d'assurance représentait, en 2008, plus de 18,3 milliards \$ au Québec⁶³ et plus de 4,2 trilliards US\$ de primes en assurances vie et non-vie dans le monde⁶⁴, de tableur sur la compréhension des deux parties relative à ce qu'est le contrat d'assurance ? En ce sens :

La relation d'assurance s'analyse comme un contrat. Le contrat d'assurance doit donc respecter les grandes obligations contractuelles concernant en particulier la validité des consentements, ce qui pose des problèmes particuliers en matière d'assurance. En effet si, en principe, l'assureur contracte personnellement avec chaque assuré pris individuellement, le contrat définit des conditions d'assurance qui organisent la mutualité dans son ensemble. Ce qui fait que le contrat d'assurance a la nature d'un contrat d'adhésion : on demande à l'assuré d'entrer dans un cadre prédéfini, celui qui organise la mutualité assurantielle. Le contrat n'est valide que si le consentement n'est pas vicié par une « erreur » sur l'objet. Ceci concerne particulièrement l'assurance puisque le risque qui est l'objet de l'assurance d'une part est virtuel, et, d'autre part, ne peut être cerné que de manière imparfaite. Les règles qui concernent la déclaration du risque visent à faire en sorte que le consentement ne soit pas vicié, et qu'il y ait le moins de malentendus possibles. Ces obligations concernent, pour les unes, l'assureur et, pour les autres, l'assuré. L'assureur a un devoir de conseil, un devoir d'information sur la nature des garanties et donc du risque dont la couverture est proposée; mais c'est sur l'assuré que repose l'essentiel des obligations en matière de déclaration du risque⁶⁵.

Il n'est pas davantage question de sous-estimer les capacités de l'assuré, de le surprotéger afin de lui éviter de subir les abus des assureurs en situation de domination économique et informationnelle. Le but éventuel est d'en venir à stimuler la formation de l'assuré, d'en faire un véritable contractant actif. À cette fin, on pourrait sans doute le qualifier de « consommateur-entrepreneur »⁶⁶. En raison de l'importance que prend l'assurance dans nos vies, l'avenir contractuel doit envisager des parties qui chercheront de plus en plus à s'entendre – serait-ce à l'aide de communications virtuelles –. Autrement dit, le preneur d'assurance cherchera d'abord et avant tout l'assureur (ou la Banque) qui lui permette de comprendre la teneur de la norme privée qu'il engendre, qui lui permettra d'intégrer le processus de gestion des risques. L'assuré, par la norme contractuelle, doit pouvoir être impliqué, comprendre, gérer, maîtriser, participer. En ce sens, le recours à la bonne foi – voire éventuellement à la plus haute bonne foi, dans un esprit de réciprocité justificative⁶⁷ – pour protéger le preneur nous entraîne trop loin de la nature juridique du contrat. Ce n'est *plus* une question de morale, c'est désormais, plus que jamais, une question de volonté : le preneur veut comprendre. Il souhaite que son contrat ait un sens pour lui. Le particulier consom-

mateur d'assurance est appelé à intégrer de mieux en mieux la question assurantielle, à être de moins en moins passif face à l'assureur et ses représentants. Mais si l'on veut que le contrat soit compris, encore faut-il que sa matière soit compréhensible. Il n'est pas question ici des mentions obligatoires mais bien de la véritable capacité pour l'assuré de réaliser la nature de son engagement. Quitte à être qualifié d'idéalistes, affirmons ceci : le preneur doit cesser d'agir par crainte, par peur de la sanction; il doit réaliser ce qu'il fait et ce qu'il peut faire par le biais de cet atout que constitue le levier assurantiel pour la société. Il va sans dire que les juristes ont un rôle majeur à jouer en ce sens⁶⁸.

Un auteur déplorait l'utilisation du droit des clauses abusives en droit des assurances français. Or, il nous semble qu'un parallèle est possible avec la plus haute bonne foi:

Le virus du droit des clauses abusives ne doit pas atteindre le contrat d'assurance. Celui-ci reçoit périodiquement des vaccins législatifs ou réglementaires, ou des traitements jurisprudentiels tels que le problème ne se situe plus que rarement dans la présence de clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. [...] Au fond, ce n'est pas vraiment les clauses des contrats d'assurance qui empoisonnent les relations des personnes intéressées par le contrat d'assurance. L'expérience et la jurisprudence montrent que c'est le comportement d'individus qui doit être blâmé quand il révèle la méchanceté, la bêtise ou l'incompétence – toutes vertus équitablement partagées, du reste, entre les parties⁶⁹.

Nous ne croyons pas que la relation preneur / assureur soit plus *équivoque*⁷⁰ qu'une autre dynamique de service, telles celle du mandant / mandataire ou du concepteur infographique / client. Comme toute prestation immatérielle, celle de l'assureur doit s'apprécier dans l'abstrait. Et se définir de même. C'est pour cette raison que la compréhension commune des parties doit être recherchée dans une approche précise, claire. C'est ce que ne permet pas la référence à la notion morale de bonne foi, absolue, entière, haute, voire amoindrie dans son application. Le caractère abstrait de l'assurance ressort fortement en raison de l'importance qu'y joue la transmission d'informations. Le preneur communique une certaine quantité de données à l'assureur et ce dernier les analyse. L'approche est bien davantage technique, mathématique, actuarielle que morale⁷¹. Somme toute, le recours à la morale survient dès le moment où l'on décide de se positionner à l'*extérieur* des règles du contrat, sur le terrain du non-dit, de l'opposition et de la stratégie⁷². Aujourd'hui, alors que l'as-

surance se présente comme un produit de consommation de masse, qu'elle incite plusieurs jeunes adultes – futurs actuaires – à intégrer des carrières de mathématiques complexes, qu'elle est dépendante d'un univers hautement financiarisé, il est pour le moins paradoxal de ne pas tenter de l'inscrire dans le cadre de ce qui se définit, s'entend et se discute avec la raison juridique plutôt qu'avec les impressions morales. Autrement, les justifications normatives relatives au respect des obligations assurantielles des parties ne sont que littérature. Rien de mal à cela, au contraire – la diversité d'opinions étant toujours souhaitable –, mais bien insuffisant au plan juridique pour exiger le respect du contrat par le preneur. Rien non plus pour inciter les preneurs à aborder leurs contrats avec lucidité quant aux principes de base de gestion des risques.

La tâche n'est pas mince. Il s'agit bel et bien de soumettre le lien obligationnel entre l'assuré et l'assureur à une nouvelle forme de réflexion. Compte tenu des réalités sociales, économiques et juridiques, la convention d'assurance ne peut plus être abordée par le biais du volontarisme obligationnel balisé par la bonne foi et la plus haute bonne foi dont s'inspire le *Code civil du Québec*. Le contrat d'assurance reflète deux réalités juridiques d'importance : une théorie du contrat en crise perpétuelle depuis près d'un siècle, et le développement marqué de la société assurantielle. Aussi, les normes régissant le lien obligationnel entre l'assuré et l'assureur sont représentatives du changement paradigmatique inévitable qui devra éventuellement affecter la théorie générale du contrat. Conséquemment, il s'agit ici de permettre la reconsidération du rôle sociétal du contrat, de même que l'importance de la coopération des parties dans le cadre de la formation et de l'exécution du contrat d'assurance. Répétons le : notre propos ne cherche qu'à privilégier une optique selon laquelle le contrat d'assurance est représentatif d'un lien qui table non plus sur l'opposition d'intérêts individuels (assureur-assuré) devant être *régulé* par la morale, mais sur la prise de conscience du rapport social inévitable à toute forme de gestion des risques. Que le contrat d'assurance se présente tel un « fait de psychologie collective autant qu'individuelle⁷³ ». Nous tentons donc d'exploiter la situation cruciale en matière d'assurance, soit la position de ce domaine contractuel à l'intersection du droit civil, du droit de la consommation et du droit social.

Présentement, le changement théorique en matière de contrat déséquilibré se fonde en grande partie sur la notion de bonne foi et sur la moralité contractuelle. Or, en eux-mêmes, ces concepts ne contribuent aucunement à l'expression d'une nouvelle compréhension de la relation contractuelle. À la fin du XIX^e siècle, à l'apogée du

volontarisme juridique, le contrat se concluait déjà de « bonne foi » et tablait sur la moralité contractuelle au nom de la liberté et de la sécurité contractuelles. Le renouvellement de la théorie contractuelle doit passer outre ces notions qui sont aujourd'hui sources d'équivoques inévitables, et l'*uberrima fides*, bien que d'application plus ciblée que la bonne foi, est du nombre. Il faut éviter de poursuivre dans la voie d'un volontarisme contractuel constamment ébranlé par la législation et la jurisprudence qui, par à-coups, portent atteinte à ses prémisses théoriques modernes d'entente entre les parties.

5. CONCLUSION

Notre propos n'a pas pour but de condamner sans mesure l'utilisation de l'*uberrima fides* en droit des assurances. Ce que nous critiquons, c'est la justification morale qui découle de son utilisation lorsque vient le moment d'expliquer les obligations des parties. Le contrat, d'assurance, comme tout autre contrat, est en lien avec l'économie, la morale, le social⁷⁴. Or, si l'on souhaite que les deux parties au contrat soient *compétentes*⁷⁵, il faut positionner le contrat dans la modernité juridique et faire en sorte que les obligations réciproques des parties aient un sens clair. C'est ici à notre avis que le flou de l'*uberrima fides* cause problème : loin de préciser la nature et la portée des engagements du preneur et de l'assureur, elle laisse libre cours à l'interprétation subjective – parce que morale – des tribunaux et des juristes. Difficile dans un tel contexte de rhétorique juridique de demander au profane en droit et en assurance de réaliser pleinement la signification de la proposition, de la déclaration et de la police. Il ne s'agit plus de créer des remparts aux abus respectifs des parties, de présenter le contrat comme une joute hostile inévitable, mais de mettre l'accent sur le contexte plus global dans lequel s'inscrit l'entente entre les parties.

Sans doute parce qu'elle est encore considérée essentielle, un auteur déplore la disparition de la notion, soulignant que le « droit québécois des assurances, en matière de bonne foi, semble désormais s'apparenter beaucoup plus au droit français qu'au droit anglais⁷⁶ ». Il ajoute 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 québécois⁷⁷ ». Quant à nous, bien que – ou parce que ? – nous ne partagions pas cet attachement pour la notion, nous la trouvons encore trop présente sous la plume des juristes et des spécialistes de l'assurance. Un peu comme une bonne

vieille habitude dont on tarde à se défaire. Toutefois, et en cela nous rejoignons les propos de Rémi Moreau, mais non son découragement, la plus haute bonne foi est appelée à disparaître en droit civil.

Dans la mesure où la notion de plus haute bonne foi semble davantage jouer un rôle « négatif », il faut accélérer cette disparition annoncée. Aujourd'hui, elle n'est invoquée que lorsque les débordements surviennent, alors que la relation contractuelle perd son sens. Ainsi, son apparition historique est-elle liée à des circonstances exceptionnelles propres au XVIII^e siècle, circonstances qui n'ont que peu de liens concrets avec les contrats produits à grande échelle dans notre société assurantielle. De la même manière, lorsque la bonne foi est invoquée pour protéger les assurés contre les débordements contractuels des assureurs⁷⁸, le mal est fait, dans la mesure où son utilisation n'est que le reflet d'un malaise contractuel. En ce sens, la plus haute bonne foi ne permet pas d'aller de l'avant dans l'élaboration d'une théorie du contrat d'assurance que pourraient établir, s'appropriier et exploiter les juristes et les parties au contrat d'assurance. Au mieux, elle ne permet que 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. Et là encore, il n'est pas certain que *l'uberrima fides* permette d'établir clairement ce qui *était* acceptable et ce qui ne l'était pas. Pour ces raisons, il nous paraît important de contourner l'écueil théorique de la plus haute bonne foi afin de favoriser l'élaboration d'un ensemble de règles plus facilement conciliables avec une communauté d'intérêts – ce que constitue d'ailleurs la gestion des risques en assurance. Tout ceci permettra, peut-être, d'éviter de confiner l'assuré dans son rôle passif de spectateur ébloui par le tour de magie moralisant qu'opère la plus haute bonne foi.

Notes

1. *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549.

2. À titre d'exemple : « 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, pré-contractuelle et contractuelle, de renseignements», Didier Lluellas, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 32.

3. Sur la question du tropisme juridique, voir Marie-Claude Prémont, *Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Liber, 2003.

4. Selon Rémi Moreau toutefois : «[...] le caractère de «contrat d'adhésion» conféré au contrat d'assurance est discutable. La propre expertise de l'assuré, le rôle du courtier et la négociation entre les deux parties permettent de nombreuses clauses conçues par l'assuré et acceptables par l'assureur. Depuis que le droit des assurances pose des principes d'ordre public [...], la théorie du contrat d'adhésion ne semble plus s'appliquer au contrat d'assurance.», dans «La plus entière bonne foi», (1993) *Assurances*, 577, 578. Avec égards, nous ne pouvons partager ce point de vue. Nous serions cependant heureux, dans un avenir que nous souhaitons proche, de faire nôtres ces propos. Pour l'heure, toutefois, et en accord avec ce que Patterson écrivait au début du XX^e siècle, le contrat d'assurance revêt, au plan historique, le titre de premier contrat d'adhésion. Nous irions même jusqu'à soutenir qu'à ce jour, le contrat d'assurance conserve non seulement son titre de contrat d'adhésion premier, mais de contrat d'adhésion type. Voir E.W. Patterson, "The Delivery of a Life-Insurance Policy", (1920) 33 *Harv. Law Rev.* 198-222.

5. *Carter c. Boehm*, (1766) 97 E.R. 1162 (K.B.).

6. Un auteur affirme ce qui suit : «This doctrine is the product of mid-18th century marine insurance law, when vessel's owners were far more likely than insurers to know of information about the hazards of a particular voyage. According to Professor Besson (RÉF. OMISE) : «l'assureur est à la merci de l'assuré»», Daniel Cooper, «The Criterion of a Normally Provident Insured : an Interpretation», (1997) 64 *Assurances* 579, 581. Présentée ainsi, il y a risque que la 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 assurantiels, «l'assureur est à la merci de l'assuré».

7. Voir par exemple R.A. Hasson, «The Doctrine of *Uberrima Fides* in Insurance Law – A Critical Evaluation», (1969) 32 *Mod. L. Rev.* 615.

8. Daniel Cooper, «The Criterion of a Normally Provident Insured : an Interpretation», (1997) 64 *Assurances* 579.

9. R.A. Hasson, «The Doctrine of *Uberrima Fides* in Insurance Law – A Critical Evaluation», (1969) 32 *Mod. L. Rev.* 615, 632.

10. Patrice Deslauriers, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 3.

11. Sur la question de la postmodernité en droit, voir Jacques Chevalier, «Vers un droit postmoderne?» dans *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, 21-46. et Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan, & Québec, PUL, 2000, 153-176. De plus, et dans un contexte plus général, il est toujours pertinent de référer au texte fondamental de la conférence que Habermas prononçait en 1980 et lors de laquelle il qualifiait les tenants du postmodernisme de néo-conservateurs, voir J. Habermas, «La modernité : un projet inachevé», (1981) 413 *Critique* 950-967.

12. Voir par exemple l'article fort instructif de Denis W. Boivin, «La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées», (1998) 43 *R.D. McGill*, 221.

13. *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549

14. *Falduto c. Compagnie d'assurance-vie Federated du Canada*, J.E. 2008-598 (C.A.); *Assurance-vie Desjardins-Laurentienne inc. c. Poirier-Wilson*, [2003] R.R.A. 1098 (C.A.);

Korhani Import-Export inc. c. Montreal Underwriters Inc., [2003] R.R.A. 67 (C.A.); *Sharma c. Victoria (La), compagnie d'assurances*, [1997] R.R.A. 46 (C.A.); *Lapointe-Boucher c. Mutuelle-vie des fonctionnaires*, [1996] R.R.A. 957 (C.A.); *Giguère c. Mutuelle vie des fonctionnaires du Québec*, [1995] R.J.Q. 1990 (C.A.).

15. Rémi Moreau résume fort bien le contexte légal dans lequel s'inscrit le droit des assurances au Québec lorsqu'il écrit : « Le contrat d'assurance, ce salmigondis de clauses et de contre-clauses, d'inclusions et d'exclusions, de conditions et de réserves, est un document juridique complexe, mais stable, s'appuyant sur des règles de droit. À l'origine, ces règles étaient fortement empreintes des principes du droit anglais. Les nouvelles dispositions de 1974 étaient fortement inspirées de la Loi française. Plusieurs dispositions nouvelles de 1994 sont métissées d'importation de common law et de la pratique nord-américaine, le législateur voulant sans doute permettre aux assureurs québécois d'évoluer de façon concurrentielle dans le contexte continental de l'Amérique du Nord. », Rémi Moreau, « Le milieu québécois de l'assurance : un secteur en perpétuelle ébullition législative », (2002) 70 *Assurances* 93, 112.

16. Gunther Teubner, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », (1998) 61 *Modern Law Review*, 11, 12. Soulignons le contexte inverse présenté par Teubner : il traite de l'intégration de la règle civiliste de *bona fides* en droit Britannique, alors que l'*uberrima fides* est apparue d'abord en droit anglais avant d'être invoquée en droit civil, surtout québécois. Toutefois, il va sans dire que la pertinence de la réflexion est la même.

17. Gunther Teubner, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », (1998) 61 *Modern Law Review*, 11, 31.

18. Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) *RTD Civ.* 357.

19. Voir par exemples la règle générale de l'article 2410 C.c.Q., ainsi que l'article 2424 C.c.Q. en assurance de personnes, l'article 2464 C.c.Q. pour la faute intentionnelle en assurance de dommages, de même que l'article 2472 C.c.Q.

20. Denis Boivin, *Le droit des assurances dans les provinces de common law*, Markham, Lexis Nexis, 2006, p. 105.

21. Voir André Bélanger & Ghislain Tabi Tabi, « Vers un repli de l'individualisme contractuel? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 *C. de D.* 429.

22. R. A. Hasson, « The Doctrine of *Uberrima Fides* in Insurance Law – A Critical Evaluation », (1969) 32 *Mod. L. Rev.* 615.

23. R. A. Hasson, « The Doctrine of *Uberrima Fides* in Insurance Law – A Critical Evaluation », (1969) 32 *Mod. L. Rev.* 615, 625.

24. H. Cousy, « Les différents cadres juridiques de l'assurance », dans François Ewald, Jean-Hervé Lorenzi (Dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 207-234, p. 213.

25. Voir, quant à la difficulté de justifier les obligations du preneur sur le principe de mutualité assurantielle, en référant ou non à la plus haute bonne foi : A. Bélanger et J. Manekeng Tawali, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance », (2009) 39(2) *Revue Générale de Droit*, 8-38.

26. À titre d'exemple, Patrice Deslauriers écrit : « Comme toute convention, [le contrat d'assurance] doit être conclu et exécuté de bonne foi. Toutefois, le contrat d'assurance se distingue des autres contrats car il impose en plus à chaque partie une obligation d'agir avec la *plus haute bonne foi*. Ce standard de bonne foi, considéré comme fondamental, est plus élevé que celui généralement requis par les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. », Patrice Deslauriers, « Des déclarations du preneur en assurance terrestre », dans Sébastien Lanctôt et Paul A. Melançon (dir.), *Commentaires sur le droit des assurances et textes législatifs et réglementaires*, Montréal, LexisNexis, 2008, p. 39-64, 40.

27. Voir par exemples Didier Lluellas, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 32; Christianne Dubreuil, « L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution », (1992) 37 *R.D. McGill* 1087; D.V. Boivin, « La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées », (1998) 43 *R.D. McGill*, 221; Odette Jobin-Laberge, « Le difficile équilibre entre les droits de l'assuré et les droits de l'assureur », in *La morale et le droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 262-282; Rémi Moreau, « La protection des consommateurs et l'assurance », (1996) 63 *Assurances*, 563-579; Patrick Henry, « Le mensonge : du polygraphe à la déchéance », in Barreau du Québec. Service de la formation permanente, *Développements récents en droit des assurances (2001)*. Volume 147, Cowansville, Y. Blais, 2001, 75-104; Didier Lluellas, « Déclarations de risque et bénéficiaires d'assurance-vie : de certaines énigmes léguées par le rédacteur du nouveau Code », (1995) 4 *Assurances*, 639, 648-649; Patrice Deslauriers, « Des déclarations du preneur en assurance terrestre », dans Sébastien Lanctôt et Paul A. Melançon (dir.), *Commentaires sur le droit des assurances et textes législatifs et réglementaires*, Montréal, LexisNexis, 2008, p. 39-64, 40; Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance, Lignes et entre-lignes*, Tome 1, Sherbrooke, Éditions SEM inc., 1992; Rémi Moreau, « La plus entière bonne foi », (1992) 60 *Assurances*, 577, p. 587 et s.; Odette Jobin-Laberge, « Les limites de la bonne foi dans les contrats : l'assurance, un cas particulier », (2001) 68 *Assurances*, 493-516; Ch. Dubreuil, « L'obligation de renseignement de l'assureur : vers une moralisation des relations entre assureurs et assurés », in *La morale et le droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 242-259; Gabrielle Grégoire, Richard Alemjrodo et Annie Chagnon, « La discrimination et l'assurance-vie : les mesures de protection actuelles suffisent-elles ? », (2009) 14(1) *Lex electronica*, 1-30, p. 11 et 29.

28. Barreau du Québec, *Mémoire sur l'avant projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations et des assurances*, octobre 1988, p. 30, cité dans Patrice Deslauriers, « La déclaration du risque et le nouveau Code civil : qui est ce mystérieux « assuré normalement prévoyant » ? », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 249-268, 256.

29. Christianne Dubreuil, « L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution », (1992) 37 *R.D. McGill* 1087, 1089.

30. H. Cousy, « Les différents cadres juridiques de l'assurance », dans François Ewald, Jean-Hervé Lorenzi (Dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 207-234, p. 227.

31. En ce sens, un auteur écrit : « Le devoir de loyauté constitue la base théorique de l'exigence de transparence, chaque partenaire devant apporter à l'autre les informations nécessaires à une décision éclairée. Toutefois, pourquoi avoir recours à cette idée de loyauté, dès lors que le législateur a pris soin d'édicter lui-même une telle obligation? Il suffirait alors de suivre scrupuleusement cet ordre législatif, et il ne serait plus nécessaire de faire état de concepts moraux ou autres, ceux-ci ne demeurant utiles que pour sous-tendre les interventions du juge quand la transparence ne voit pas ses modes d'exécution établis par la loi. En conséquence, si la réticence par exemple, est formellement sanctionnée par une disposition du Code des assurances, il ne serait plus indispensable de justifier la sanction par l'inexécution de l'obligation générale de contracter de bonne foi, justification qui ne garderait une utilité qu'en l'absence de texte. », Jean Bigot, *Traité de droit des assurances*, t. 3 : Le contrat d'assurance, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 672. Nous remercions M. Rémi Moreau pour nous avoir rappelé l'existence de ce texte.

32. Voir André Bélanger et Ghislain Tabi Tabi, « Vers un repli de l'individualisme contractuel? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 *C. de D.* 429.

33. « Une première caractéristique est incontestablement la lenteur du processus historique de « juridisation » des opérations et activités d'assurance. Si les origines du droit de l'assurance, et plus précisément les premières réglementations du contrat d'assurance, remontent à des époques assez éloignées, il est patent que le droit a

tardé à reconnaître l'assurance comme une activité juridique à part entière, puisque celle-ci n'a obtenu que très tard droit de cité ou surtout lettres de noblesse comme institution juridique en plein épanouissement. [...] Lorsque [...] les parlements commencent à légiférer en matière d'assurance terrestre, leur législation se montrera scrupuleusement respectueuse de l'autonomie de la volonté des parties. Dans cette phase, c'est donc le contrat ou, plus concrètement, la police d'assurance qui constitue le principal sinon l'unique cadre juridique de l'activité d'assurance. La juridisation de l'opération d'assurance ne se développe que progressivement dans les phases ultérieures. Elle interviendra par le biais de la multiplication des assurances obligatoires, l'instauration d'une action directe contre l'assureur de responsabilité, et surtout la multiplication des règles impératives, voire d'ordre public, imposant le respect ou, au contraire, interdisant l'insertion de certaines clauses. Lorsque la loi ou la réglementation seront ainsi très largement devenues impératives, la juridisation du contrat d'Assurance atteindra son degré le plus élevé, le contrat d'assurance se transformant en institution légale. Si donc le contrat d'assurance n'a obtenu que très tard droit de cité dans le monde juridique, l'encadrement juridique de l'activité d'assurance et des entreprises pratiquant cette activité fut encore plus lent à se développer. Expression d'une nouvelle vision du rôle de l'État dans la vie économique, le contrôle des entreprises d'assurance se mettra en place à partir de certaines branches d'assurances à vocation sociale particulière (telles l'assurance des accidents du travail, l'assurance vie, l'assurance responsabilité civile auto).», H. Cousy, «Les différents cadres juridiques de l'assurance», dans François Ewald, Jean-Hervé Lorenzi (Dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 207-234, p. 211.

34. Un auteur écrit : «Au commencement, il y avait le jeu et, pendant longtemps, l'activité d'assurance s'est trouvée comme poursuivie, plus d'une fois même précédée, par l'ombre de ces origines douteuses. L'assurance n'a obtenu que graduellement les bases techniques nécessaires pour lui permettre d'accéder au statut d'activité actuarielle sérieuse et de transaction juridique licite et normale. Dans le souci de distinguer le contrat d'assurance du jeu et d'autres opérations aléatoires illicites, le législateur a ajouté, en ce qui concerne ce contrat, une condition de validité supplémentaire à celles du droit commun des contrats, à savoir l'exigence d'un «intérêt d'assurance». Par crainte d'un usage abusif de l'opération d'assurance par l'assuré, plus précisément encore par crainte des sinistres volontaires, a été introduit «le principe indemnitaire», ce principe ce trouvant à son tour à l'origine de la distinction, devenue fondamentale, entre assurances à caractère indemnitaire et assurance à caractère forfaitaire. Par crainte de violations du principe indemnitaire, le droit a longtemps hésité (à tort) à reconnaître la validité de l'assurance en valeur à neuf ou de la couverture du profit espéré. Cet esprit de méfiance a entraîné une conception des plus strictes des limites (juridiques) de l'assurabilité, ce qui s'est traduit, par exemple, dans une interprétation extensive du concept de faute grave inassurable. Si la nature même du contrat d'assurance a ainsi conduit à une approche prudente, le droit semble cependant avoir trouvé une certaine sérénité dans son approche de l'assurance. À l'heure actuelle, la notion d'intérêt d'assurance fait l'objet d'une interprétation large; les limites de l'assurabilité connaissent une nette extension; le caractère aléatoire requis de l'événement assuré est interprété de façon à élargir les limites d'assurabilité. Le recul de la méfiance est allé de pair avec la multiplication des cas dans lesquels l'autorité publique elle-même fait appel à l'assurance, en multipliant les assurances obligatoires, en appelant les assurances maladie, vieillesse et accidents à remplacer, à tout le moins à compléter, les assurances sociales en difficulté.», H. Cousy, «Les différents cadres juridiques de l'assurance», dans François Ewald, Jean-Hervé Lorenzi (Dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 207-234, p. 211.

35. Le fait par exemple que Jacques Ghestin, dans sa définition du contrat, réfère à la théorie de la convention de Kelsen pour rejeter le volontarisme, de manière à mieux tableur sur un utilitarisme contrebalancé par la «justice», nous semble représentatif d'un tel retour moralisant généralement défendu, par ailleurs, par les tenants du

néo-libéralisme. Voir Jacques Ghestin, «L'utile et le juste dans le contrat», (1981) 26 *Archives de philosophie du droit*, 35-57.

36. Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 33.

37. «Quant à la bonne foi, entendue dans son double sens de croyance erronée et de norme de comportement, elle est, surtout depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, au centre même de l'activité contractuelle. Elle est désormais bien connue des tribunaux qui l'appliquent souvent dans l'exercice du contrôle d'une moralité contractuelle nouvelle.», Jean-Louis Baudouin, «Introduction», in *Droits de la personne : Solidarité et bonne foi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 13.

38. Jean-Louis Baudouin, «Introduction», in *Droits de la personne : Solidarité et bonne foi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 13.

39. Par exemple : «C'est bien sûr à cause du fait que le contrat d'assurance est basé sur l'ultime bonne foi des parties («*uberimae fidei*») que le mensonge prendra une dimension particulière lorsque l'assuré présentera sa demande d'indemnité. Toutefois, l'ultime bonne foi sous-jacente au rapport assureur-assuré ne suffira pas à conjurer la banale contradiction ou l'erreur, même avec un soupçon de mauvaise foi.», Patrick Henry, «Le mensonge : du polygraphe à la déchéance», in Barreau du Québec. Service de la formation permanente, *Développements récents en droit des assurances (2001)*. Volume 147, Cowansville, Y. Blais, 2001, 75, 93.

40. D.W. Boivin écrit : «Présentement, il n'existe aucune définition universelle de la bonne foi requise lors de l'exécution d'un contrat d'assurance.», «La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées», (1998) 43 *R.D. McGill*, 221, 244; «Ch. Dubreuil, «L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution», (1992) 37 *R.D. McGill*, 1087, 1089.

41. «Il convient de signaler que, dans un *obiter dictum*, la Cour suprême a déjà suggéré d'adoucir quelque peu la rigueur de la règle «*uberrimae fidei*» lorsqu'il s'agit d'un contrat obligatoire et qu'il bénéficie principalement à des tiers.», Didier Lluelles, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 31.

42. Rémi Moreau, «Les principes d'assurances», (1999) 63 *Assurances*, 433, 441.

43. Didier Lluelles, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 30.

44. Odette Jobin-Laberge, «Le difficile équilibre entre les droits de l'assuré et les droits de l'assureur», dans Pierre Côté & Christiane Dubreuil (Dir.), *La morale et le droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, 262, 263.

45. Denis Boivin, *Le droit des assurances dans les provinces de common law*, Markham, Lexis Nexis, 2006, p. 243.

46. «Le devoir de loyauté, qui se traduit par l'obligation de bonne foi dans la formation et dans l'exécution des contrats, est un principe général du droit.», James Landel & Martine Charré-Serveau, *Lexique des termes d'assurance*, Paris, Éditions de l'Argus, 2003, p. 285.

47. François Ewald, «Quel cadre politico-juridique pour l'assurance?», (2006) 63 *Risques* 78.

48. François Ewald écrit : «[L]e terme de *risque social* ne doit pas cacher qu'il n'y a, par principe, de risques que sociaux, puisqu'il n'y a pas de risques sans socialisation des risques.», *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 390.

49. «La notion de plus entière bonne foi continue encore de nos jours 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.», Rémi Moreau, «La plus entière bonne foi», (1992) 60 *Assurances*, 577, 581.

50. « Pour résumer, les expressions « bonne foi » et « mauvaise foi » doivent être utilisées avec prudence dans le contexte de l'exécution du contrat d'assurance. Ces qualificatifs sont souvent superflus, eu égard aux recours traditionnels à la disposition de la personne assurée. Une obligation de bonne foi possède alors une fonction essentiellement résiduelle. Sa fonction est de combler les lacunes soulevées par les obligations primaires et secondaires, c'est-à-dire les obligations qui réglementent d'emblée la relation entre assureur et assuré. », Denis W. Bovin, « La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées », (1998) 43 *R.D. McGill*, 221, 230.

51. Albert Mayrand, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994, p. 515.

52. Jacques Mestre, « Jurisprudence française en matière de droit civil », (1987) 86(3) *RTD civ.*, 532, 537.

53. « Dès le début du [XXe] siècle, l'accent a été porté sur la nécessité d'une protection du souscripteur et de l'assuré, ceux-ci étant compris comme partenaires de l'assureur et liés par un contrat d'adhésion. », Jérôme Kullmann, « Clauses abusives et contrat d'assurance », (1996), I *R.G.A.T.*, 11, 34.

54. Rémi Moreau, « Les principes d'assurances », (1999) 63 *Assurances*, 433, 443.

55. Rappelons que l'article 2409 du Code civil considère désormais que le proposant qui a donné une réponse inexacte ne sera pas considéré comme étant en défaut si un assuré « normalement prévoyant » avait donné semblable réponse. Le législateur, par cet ajout au Code de 1994, vient quelque peu relativiser la teneur contraignante de la plus haute bonne foi est ainsi nuancée. Ce qui n'est pas sans faire naître d'autres interrogations quant à la teneur normative précise de l'article 2408; voir Patrice Deslauriers, « La déclaration du risque et le nouveau Code civil : qui est ce mystérieux « assuré normalement prévoyant » ? », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 249-268.

56. À titre d'observation, soulignons que dans le cadre de séminaires de 2^e cycle en droit des assurances tenus à l'Université Laval, sur une cinquantaine d'étudiants – dont près de 50 % pratiquaient dans le milieu de l'assurance – il a été à plusieurs reprises impossible de dégager un consensus sur l'attitude « de plus haute bonne foi » à adopter dans des exemples de situations contractuelles tirées de diverses décisions jurisprudentielles. Or, nous emble-t-il, il ne fait aucun doute qu'un tel consensus est d'autant plus illusoire chez l'ensemble des preneurs d'assurances qui ne sont ni juristes, ni experts dans le domaine.

57. Marie-Hélène Maleville, « Le langage des contrats d'assurance : perspectives d'évolution », (1994) 3 *R.G.A.T.*, 733, 742.

58. Denis W. Bovin, « La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées », (1998) 43 *R.D. McGill*, 221, 232.

59. Sans compter que : « Les jugements qui accordent des dommages-intérêts pour mauvaise foi sont généralement silencieux quant au fondement de l'obligation de bonne foi. » Denis W. Bovin, « La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées », (1998) 43 *R.D. McGill*, 221, 237.

60. Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance, Lignes et entre-lignes*, Tome I, Sherbrooke, Éditions SEM inc., 1992, p. 22.

61. François Ewald, « Quel cadre politico-juridique pour l'assurance? », (2006) 63 *Risques* 78, 81.

62. En ce sens, Ewald écrit d'ailleurs : « L'assurance est impitoyable vis-à-vis de cette attitude [de dénégation]. Elle contraint à la vérité. De plusieurs manières. Le risque d'abord est un principe de véridiction. C'est une manière de donner une objectivité aux événements qui leur confère une certaine réalité, la réalité de leur prix, leur valeur vraie, économique au moins. Lorsque, en réponse à une demande d'assurance, l'assurance fixe le prix du risque, l'assuré prend conscience d'une réalité qu'il ne soup-

çonnait pas nécessairement et souvent le surprend. Et l'acte d'assurance suppose en principe de la part de l'assuré la reconnaissance de la réalité du risque. L'accompagner est l'une des métiers de l'assureur; elle caractérise le devoir de conseil. L'assureur a un intérêt à la perception de la vérité par l'assuré, parce que c'est sa reconnaissance qui entraînera le comportement d'assurance comme sa conséquence rationnelle. Mais on sait que, de fait, la perception du risque se fait dans des conditions telles qu'il faut souvent contraindre à l'assurance par le biais d'obligation». François Ewald, « Les valeurs de l'assurance », dans François Ewald, Jean-Hervé Lorenzi (Dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 399-424, p. 420.

63. Autorité des marchés financiers, *Rapport annuel 2008 Assurances*, 2009, p. 2-2.

64. SIGMA / Swiss Re, *L'assurance dans le monde en 2008: chute de l'assurance vie dans les pays industriels - forte croissance dans les pays émergents*, Zurich, Swiss Re, 2009, p. 39.

65. François Ewald, « Génétique et assurance », (1999) R.D.G.A. 539, 548.

66. Robert Rochefort, « Le consommateur entrepreneur et l'assurance », (1997) 32 *Risques* 69.

67. Voir *supra*, note 2.

68. À titre d'exemple, soulignons que la référence à la notion de « plus haute bonne foi » est malheureusement fréquente dans les jugements de la division des petites créances : *Santantonio c. Assurance-vie Banque Nationale* (C.Q., 2007-01-08) SOQUIJ AZ-50407286; *Ruel c. SSQ, société d'assurance-vie inc.* (C.Q., 2006-11-13), SOQUIJ AZ-50410974; *Publicover c. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (C.Q., 2006-05-10), SOQUIJ AZ-50375730; *Roch c. Internationale (L'), compagnie d'assurance-vie* (C.Q., 2006-02-08), SOQUIJ AZ-50358481; *Dumont c. ING Assurances* (C.Q., 2006-11-02), SOQUIJ AZ-50405469; *D'Amore c. Compagnie d'assurance ING du Canada* (C.Q., 2005-06-06), SOQUIJ AZ-50321027; *Davignon c. Banque Nationale* (C.Q., 2005-06-22), SOQUIJ AZ-50322055; *Daragon-Normandin c. Assurances générales des Caisses Desjardins* (C.Q., 2005-01-14), SOQUIJ AZ-50289874; *Bissonnette c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie* (C.Q., 2004-10-08), SOQUIJ AZ-50283191; *Robert Cloutier Autos Itée c. Robidoux* (C.Q., 2004-07-09), SOQUIJ AZ-50262268; *Tardif c. 9111-7317 Québec inc.* (C.Q., 2004-02-23), SOQUIJ AZ-50223331; *Marcotte c. S.S.Q. Vie* (C.Q., 2003-12-18), B.E. 2004BE-445; *Pauzé c. Association des policiers provinciaux du Québec* (C.Q., 2003-12-12), SOQUIJ AZ-50211253; *Caissy c. Excellence, compagnie d'assurance-vie* (C.Q., 2002-11-27), SOQUIJ AZ-50155006; *Ethier c. Axa Assurances inc.* (C.Q., 2002-12-12), SOQUIJ AZ-50159874; *Bouffard c. Ing Groupe Commerce inc.* (C.Q., 2002-05-09), SOQUIJ AZ-50125735.

69. Jérôme Kullmann, « Clauses abusives et contrat d'assurance », (1996) 1 R.G.A.T. 11, 41.

70. Rémi Moreau, « La plus entière bonne foi », (1992) 60 *Assurances*, 577; Odette Jobin-Laberge, « Les limites de la bonne foi dans les contrats : l'assurance, un cas particulier », (2001) 68 *Assurances*, 493, 494.

71. *Contra*, Odette Jobin-Laberge qui écrit : « En raison du caractère aléatoire de ce contrat et de l'absence de précisions sur le risque qui surviendra éventuellement et de ses conséquences, le contrat d'assurance a été caractérisé comme un contrat de « la plus haute bonne foi » et ce, depuis plus de trois siècles. », « Les limites de la bonne foi dans les contrats : l'assurance, un cas particulier », (2001) 68 *Assurances*, 493, 495.

72. Par exemple, Philippe Delebecque écrit : « Le contrat est, qu'on le veuille ou non, l'expression d'un antagonisme d'intérêts. Pourquoi faudrait-il tenir compte, précisément, des intérêts de l'autre [référence omise]? Pourquoi faudrait-il informer son cocontractant de la bonne affaire que l'on espère [références omises]? Pourquoi faudrait-il fixer le prix de la prestation en se demandant s'il correspond au désir de l'autre plutôt qu'à ses capacités financières [référence omise]? Si ce n'est pour faire plaisir à l'autre, pour l'assister, pour se mettre à sa place ! Mais ce n'est nullement se

que demande le droit des contrats. Bien au contraire.», Philippe Delebecque, « La bonne foi contractuelle : *quid novi sub sole ?* », (2008) 46 *Revue Lamy droit civil*, 6.

73. Jean-Guy Belley, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 121, 138.

74. François Ewald, « Les valeurs de l'assurance », dans François Ewald, Jean-Hervé Lorenzi (Dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 399-424.

75. Le professeur Lluellas écrit : « Le preneur [...] doit être non seulement honnête, mais aussi compétent. », *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 30.

76. Rémi Moreau, « La plus entière bonne foi », (1992) 60 *Assurances*, 588.

77. Rémi Moreau, « La plus entière bonne foi », (1992) 60 *Assurances*, 603.

78. Dans le contexte américain des assurances, un auteur écrivait au début des années 1990 : « Over the past two decades, courts have increasingly awarded punitive damages against insurers for tortious bad-faith refusal to pay benefits due under insurance contracts. », Richard B. Graves III, « Bad-Faith Denial of Insurance Claims : Whose faith, whose punishment? An Examination of Punitive Damages and Vicarious Liability », (1991) *Tulane Law Review*, 395.