

Les Cahiers de droit

La solitude contractuelle de l'assurance

Vincent Caron



Volume 61, numéro 4, décembre 2020

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1073844ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1073844ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Caron, V. (2020). La solitude contractuelle de l'assurance. *Les Cahiers de droit*, 61(4), 1053–1095. <https://doi.org/10.7202/1073844ar>

Résumé de l'article

La théorie générale du contrat repose sur l'idée romantique de la rencontre de deux volontés venant à fusionner. L'étude du contrat d'assurance démontre toutefois un changement de paradigme allant de la fusion contractuelle à celui de la solitude contractuelle où la rencontre des volontés des contractants ne se produit jamais réellement. Cette solitude s'illustre de différentes manières lorsque la Proposition a préséance sur la Police ou inversement lorsque la seconde surpasse la première. De même, plusieurs solutions dégagées par les tribunaux ne trouvent pas de fondement dans la Proposition ni dans la Police, ce qui laisse ainsi croire que le « contrat » d'assurance réside dans un ailleurs qui n'est pas celui de l'intention commune des contractants. Ultimement, le tiraillement entre la Proposition et la Police pose la question de la véritable nature de l'assurance : est-ce encore un contrat ?

La solitude contractuelle de l'assurance

Vincent CARON*

La théorie générale du contrat repose sur l'idée romantique de la rencontre de deux volontés venant à fusionner. L'étude du contrat d'assurance démontre toutefois un changement de paradigme allant de la fusion contractuelle à celui de la solitude contractuelle où la rencontre des volontés des contractants ne se produit jamais réellement. Cette solitude s'illustre de différentes manières lorsque la Proposition a préséance sur la Police ou inversement lorsque la seconde surlasse la première. De même, plusieurs solutions dégagées par les tribunaux ne trouvent pas de fondement dans la Proposition ni dans la Police, ce qui laisse ainsi croire que le « contrat » d'assurance réside dans un ailleurs qui n'est pas celui de l'intention commune des contractants. Ultimement, le tiraillement entre la Proposition et la Police pose la question de la véritable nature de l'assurance : est-ce encore un contrat ?

The general theory of the contract is based on the romantic idea of the merging of two wills. A study of the insurance contract, however, reveals a paradigm shift from a contractual merging to a contractual solitude, where the co-contractors' wills never truly meet. This solitude appears both when the application takes precedence over the policy and when the policy takes precedence over the application. Furthermore, many solutions identified by the courts have no basis in insurance contracts, suggesting that this 'contract' resides in a place other than the

* Avocat ; professeur agrégé, Faculté de droit (Section de droit civil), Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier les évaluateurs anonymes de son texte pour la générosité de leurs commentaires.

common will of the contracting parties. This paper raises the question of the true nature of insurance agreements: are they truly contracts?

La teoría general del contrato radica en la idea romántica del encuentro de dos voluntades que aspiran fusionarse. Sin embargo, el estudio del contrato de seguros demuestra un cambio de paradigma, que va desde la fusión contractual hasta la soledad contractual y en la cual la voluntad de los contratantes no se encuentra realmente nunca. Esta soledad se ilustra de diferentes maneras: cuando la Propuesta tiene prioridad sobre la Póliza, e inversamente, cuando esta última prevalece sobre la Propuesta. Asimismo, diversas soluciones dirimidas por los tribunales no han hallado fundamento ni en la Propuesta ni en la Póliza, lo que ha permitido creer que el « contrato » de seguros reside en otro lugar que no es el de la intención común de los contratantes. En última instancia, este debate entre la Propuesta y la Póliza ha suscitado una interrogante sobre la verdadera naturaleza del seguro: ¿se trata aún de un contrato?

	Pages
1 De la fusion contractuelle à la solitude contractuelle	1056
1.1 La solitude contractuelle	1056
1.2 Les composantes de l'assurance.....	1059
2 La préséance de la Proposition sur la Police	1064
2.1 La non-remise de la Police d'assurance.....	1064
2.2 Les divergences entre la Proposition et la Police	1066
2.3 L'interprétation en fonction des attentes raisonnables de l'assuré	1071
3 La préséance de la Police sur la Proposition	1074
3.1 L'acte clair et l'interprétation littérale de la Police	1075
3.2 L'intention du rédacteur.....	1077
3.3 Le précédent et la doctrine.....	1082
3.4 L'aggravation de risque.....	1087
4 Les limbes de la solitude contractuelle	1088
4.1 La fin de non-recevoir	1089
4.2 L'interprétation du texte de la police qui devient une question de droit	1092
4.3 Le rejet de l'intention commune	1093
Conclusion	1095

Depuis sept ans, nous étudions la manière dont les tribunaux interprètent le contrat d'assurance. Nos recherches ont démontré qu'en ce domaine la théorie interprétative du contrat ne concorde pas avec l'activité judiciaire et vice versa. Les difficultés à proposer une théorie générale *descriptive* (et non *prescriptive*) de l'interprétation du contrat d'assurance soulèvent une question fondamentale : le contrat d'assurance est-il réellement un contrat ? À ce sujet, l'analyse du droit des assurances démontre un changement de paradigme¹ allant de la fusion contractuelle (modèle maintenu par la théorie classique) à la solitude contractuelle (modèle en émergence dans toute société hypermoderne²) où la rencontre des volontés des contractants ne se produit jamais réellement. Notre article a essentiellement pour objectif de démontrer cette transition³. Pour ce faire, nous aborderons, dans un premier temps, la question des différentes composantes du contrat d'assurance (partie 1). Dans un deuxième temps, nous regrouperons les rapports tumultueux entre les composantes du contrat d'assurance, aux fins d'analyse, en deux grandes catégories, soit lorsque la Proposition a préséance sur les dispositions de la Police (partie 2) ou inversement lorsque cette dernière prime le contenu de la Proposition (partie 3). Nous verrons, dans un troisième temps, que l'assurance perd définitivement ses attributs de « contrat » lorsque les solutions dégagées par les tribunaux ne trouvent tout simplement pas de fondement dans le contrat d'assurance, tant en regard du contenu de la Proposition que du texte de la Police. Dans un quatrième temps, nous examinerons ces scénarios qui tombent en quelque sorte dans les limbes de la solitude contractuelle (partie 4). À terme, la démonstration de ce changement de paradigme nous permettra d'expliquer avec plus de justesse diverses situations juridiques entourant l'assurance.

-
1. Sur l'idée de solitude contractuelle, voir Maurice TANCELIN, « L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du contrat », dans Nicolas KASIRER (dir.), *La solitude en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 214.
 2. Sur l'idée d'hypermodernité, voir : François ASCHER, *La société hypermoderne. Ces événements nous dépassent, feignons d'en être les organisateurs*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2005 ; Nicole AUBERT (dir.), *La société hypermoderne : ruptures et contradictions*, Paris, L'Harmattan, 2010 ; Gilles LIPOVETSKY, *De la légèreté*, Paris, Éditions Grasset & Fasquelle, 2015 ; Françoise ANDRIEU, Olivier BADOT et Sandrine MACÉ, « Hypermodernité et distribution : le cas du West Edmonton Mall », *Management & Avenir*, n° 2, 2004, p. 27.
 3. Cette transition soulève à son tour plusieurs interrogations en rapport avec l'interprétation du contrat d'assurance, que nous aborderons, faute d'espace ici, dans un texte subséquent.

1 De la fusion contractuelle à la solitude contractuelle

La théorie générale des obligations a une vision romantique du contrat fondé sur la rencontre de deux volontés antagonistes. De cet échange naîtra un accord que l'on dit contractuel. Cette vision romantique fait toutefois abstraction des nouvelles réalités : le contrat éclair (*speed contracting*), la contractualisation programmée, les engagements sans lendemain ou encore l'arrachement du consentement par la force ou par des prétextes technologiques. À titre d'exemple, un employeur convoque un salarié à une rencontre à laquelle il n'a pas le choix d'assister en raison du pouvoir de direction de l'employeur. Le salarié doit cependant prendre le rendez-vous en ligne, et il est impossible de confirmer celui-ci sans « accepter » les conditions de l'application coordonnant les rendez-vous. Selon la théorie générale des obligations, un contrat s'est alors formé entre le salarié et l'entreprise responsable de l'application. Le modèle de la fusion contractuelle peut s'illustrer de la manière suivante :



Ce modèle apparaît rapidement dépassé au regard de la situation donnée en exemple. Pourtant, c'est une réalité banale du quotidien que le droit civil n'est pas en mesure d'expliquer convenablement. Certes, nous avons là le seul modèle reconnu par le *Code civil du Québec*⁴, mais n'est-ce pas le rôle de la doctrine de proposer un modèle innovant et plus satisfaisant à l'égard de la nouvelle réalité contractuelle (1.1) et de s'interroger davantage à propos des composantes du « contrat » d'adhésion, en l'occurrence l'assurance (1.2) ? Si notre article ne permet pas encore d'esquisser un modèle alternatif exhaustif, il pose toutefois la première brique de ce nouvel édifice.

1.1 La solitude contractuelle

Une proposition alternative réside dans l'idée de solitude contractuelle (ou plutôt solitude obligationnelle⁵) où un *rapprochement* d'intérêts

4. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

5. De même, ne serait-il pas mieux de parler de « relation assurantielle » ou de « lien assurantiel » unissant l'assureur et l'assuré plutôt que de « contrat d'assurance » ? Pour

est apparent⁶. La solitude contractuelle s'observe à l'égard de ce que la doctrine appelle parfois l'«erreur obstacle», où la rencontre des consentements des parties n'advient jamais, ce qui laisse ainsi planer une apparence de contrat⁷. À vrai dire, la solitude contractuelle est visible de bien des façons, mais une récente décision de la Cour supérieure l'illustre à merveille :

Les attentes du Syndicat à titre d'assuré sont de le protéger des conséquences découlant de gestes qui engagent sa responsabilité civile pour des dommages matériels ou corporels. Le Tribunal soupçonne même que l'assureur, lorsqu'il a rédigé le texte de sa police, ne pouvait imaginer pareille situation : celle du voisin qui, pour éviter un probable grave accident, poursuit en responsabilité son assuré et réclame des dommages «préventifs».

Finalement, si doute il y avait, il doit bénéficier à l'assuré. La notion de dommages matériels n'est pas suffisamment explicite pour exclure ce type de réclamation car la neige excessive sur la toiture des demandeurs pourrait être considérée comme génératrice d'un dommage potentiel. Et l'exclusion limitée de dommage à un bien n'ayant subi aucun dommage permet de conclure que *l'assureur n'a pas voulu* exclure la garantie pour ce type de situation⁸.

On le voit, cette décision ne traite pas de l'intention commune des contractants : elle soupèse plutôt les intérêts en présence. La tension entre les intérêts de l'assuré et ceux de l'assureur est également notable dans l'arrêt *Produits forestiers Canadien Pacifique limitée c. Compagnie d'assurance New Hampshire*⁹, où la Cour d'appel doit qualifier la police d'assurance de *biens* ou de *responsabilité* afin de déterminer si le recours de l'assuré est prescrit ou non. Pour être en mesure de se prononcer à ce sujet, la Cour d'appel est d'avis qu'il «faut plutôt lire la clause de façon à lui donner un sens par rapport à la couverture d'assurance que l'assurée recherche et par rapport à l'objectif visé par l'insertion d'une telle clause dans un contrat d'assurance (*West of England Ship Owners Mutual Insurance Association c. Laurentian General Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 122 (C.S.))¹⁰».

cette étape préliminaire de déconstruction, nous avons conservé les termes «contrat d'assurance».

6. Cette proposition alternative a peut-être vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats d'adhésion à large distribution, mais nous limiterons nos propos à l'assurance, objet principal de notre texte.
7. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 590, p. 298.
8. 123834 *Canada inc. c. Syndicat des copropriétaires Dix sur le Main*, 2014 QCCS 831, par. 47 et 48 (l'italique est de nous).
9. *Produits forestiers Canadien Pacifique limitée c. Compagnie d'assurance New Hampshire*, 2004 CanLII 24094 (Qc C.A.).
10. *Id.*, par. 46.

Si l'assuré peut discourir au sujet de ses attentes raisonnables, il peut aussi sauter la clôture sans pour autant ne jamais traiter de l'intention commune et se déplacer carrément sur le terrain voisin, soit celui de la volonté de son cocontractant, à savoir l'assureur :

[L'assuré] attire l'attention du tribunal sur les exclusions mentionnées aux pages 10 et 17 du contrat P-1 qui prévoit l'exclusion d'une lombalgie dont l'existence ne peut être attestée que subjectivement par la seule présence de symptômes décrits par un assuré et non supportés par des tests appropriés prescrits par un médecin.

[L'assuré] en tire donc argument que si l'assureur avait voulu exclure la fibromyalgie qui ne peut être attestée que subjectivement, [l'assureur] l'aurait fait tout comme pour le lumbago ou la lombalgie.

D'ailleurs, [l'assureur] ne semble pas contester cette prétention¹¹.

Le modèle de la solitude contractuelle explique la raison pour laquelle la notion d'intention commune est en voie d'extinction en matière d'assurance¹². Cette idée n'est toutefois pas nouvelle puisque, à l'occasion de la réforme du Code civil, le professeur Jean-Guy Bergeron écrivait ce qui suit :

L'article 1425 C.c.Q. ne fait qu'exprimer le sens attribué par les tribunaux à l'article 1013 C.c.B.C. La règle maîtresse d'interprétation est la commune intention des parties [...] Cette intention ne peut se trouver chez l'assureur, mais plutôt chez l'assuré. En effet, une intention commune suppose des intentions convergentes et les possibilités d'une rencontre des volontés sont au niveau de l'assuré¹³.

La métaphore géologique est celle qui représente le mieux la solitude contractuelle où la volonté de l'assuré et celle de l'assureur s'apparentent à des plaques tectoniques : elles se touchent, mais demeurent distinctes¹⁴. La

11. *Lemelin c. Union-vie (L'), compagnie mutuelle d'assurances*, 2013 QCCS 1855, par. 7-9; voir aussi l'affaire *Gervais c. Chaput*, 2017 QCCS 752, par. 27 : « [L'assuré] souligne que les conditions particulières de la police d'assurance ne sont pas rédigées en texte intelligible, particulièrement en ce qu'il y a plusieurs mentions apparaissant aux documents en question, mais sans structure de phrase permettant au lecteur d'y comprendre, à première vue, ce que l'assureur a bien voulu y exprimer. »

12. Vincent CARON, « Les deux solitudes de l'assurance voyage : cap sur une nouvelle théorie interprétative », (2019) 60 C. de D. 171; Vincent CARON, « L'interprétation du contrat d'assurance construction : de l'intention commune des contractants au précédent de common law », (2017) 95 R. du B. can. 269; Vincent CARON, « Interpréter un contrat sans rechercher l'intention commune des parties ? Illustration à l'aide de l'assurance automobile », (2017) 58 C. de D. 819; Vincent CARON, « L'interprétation du contrat d'assurance de responsabilité professionnelle : de l'intention commune à la protection du public », *Assurances et gestion des risques*, vol. 83, nos 1-2, 2016, p. 1.

13. Jean-Guy BERGERON, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1996, p. 4 et 5.

14. D'autres métaphores pourraient servir à illustrer le phénomène dont celle du terrain de tennis : la balle (le sens) peut atterrir d'un côté (solitude 1) ou de l'autre (solitude 2)

lithosphère contractuelle compte alors deux plaques : la Proposition et la Police. En contact, ces plaques donnent une impression d'unicité à la croûte contractuelle. Cela dit, ces plaques ne viennent jamais à fusionner, elles se juxtaposent seulement. Certains évènements provoquent des glissements explicitant ainsi l'existence respective des deux plaques. Curieusement, le législateur nomme « divergence » une opposition entre la Proposition et la Police : en géologie, un éloignement de deux plaques tectoniques est également appelé « divergence ».

La solitude contractuelle peut aussi s'apparenter à une vinaigrette : bien mélangés, le vinaigre et l'huile viennent à fusionner. Après quelque temps, ces deux éléments finissent par se séparer, et l'huile prend le dessus. En matière d'assurance, tantôt la Proposition fait figure d'huile et a préséance sur les dispositions de la Police, tantôt la Police émise par l'assureur joue le rôle de l'huile et prime la Proposition du preneur. Cette dichotomie met en lumière une opposition classique entre le véritable contrat (*real deal* ou *negotium*) et le contrat sur papier (*paper deal* ou *instrumentum*). Le *real deal* est la véritable entente des contractants comprenant le dit et le non-dit. Il tient alors compte des représentations intervenues au cours de la formation du contrat et en cours d'exécution. Pour sa part, le *paper deal* est l'*instrumentum* servant à prouver la survenance du *real deal*. Lorsque les dispositions de la Police sont écartées en vue de s'intéresser davantage à la Proposition, la solution prend ainsi en considération le *real deal*. À l'inverse, quand la solution se fonde exclusivement sur la Police sans égard à la Proposition, le *paper deal* éclipse le *real deal*. Ces tensions entre la Proposition et la Police s'observent dans plusieurs scénarios et à différents moments de la relation contractuelle. Autre dichotomie visible, par le mécanisme des divergences et la notion d'attentes raisonnables, l'assuré peut plaider sa volonté interne, tandis que, en raison de l'article 2403 du Code civil prévoyant que « l'assureur ne peut invoquer des conditions ou déclarations qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat », l'assureur ne peut argumenter qu'à partir de sa volonté extériorisée.

1.2 Les composantes de l'assurance

Dans la mesure où il n'est plus question de fusion contractuelle, il convient dès lors de mettre en évidence les multiples éléments de l'assurance.

du filet, mais ne peut rester sur le filet (intention commune). De même, nous pourrions employer l'image de deux aimants pour illustrer le phénomène : tant que l'assuré n'effectue pas une réclamation, les deux aimants s'attirent, il n'y a pas de répulsion, et tout est calme. Toutefois, dès qu'une réclamation est formulée, la Proposition et la Police ont tendance à se repousser, créant ainsi un écart entre les deux.

La Proposition de l'assuré¹⁵, acte juridique unilatérale, consiste en une commande d'un produit¹⁶. L'acceptation de cette dernière par l'assureur, autre acte juridique unilatéral, implique conséquemment de distribuer la Police d'assurance émise en faveur de l'assuré. Ces deux actes juridiques unilatéraux forment ensemble le contrat d'assurance, lequel est un acte juridique bilatéral. Ce contrat bilatéral souffre toutefois d'un profond tiraillement entre la Proposition et la Police. La perpétuelle tension au sein du contrat d'assurance s'illustre notamment par l'opposition entre le désir du preneur d'obtenir le produit d'assurance convenant le mieux à ses besoins *concrets* et *particuliers*¹⁷ et celui de l'assureur de distribuer un produit *abstrait*, *générique*, standardisé dont la portée est immuable. Ces intérêts irréconciliables auront toutefois préséance l'un sur l'autre au gré des circonstances. Il est intéressant de constater que l'élément fondateur du contrat d'assurance n'est pas la Police mais plutôt la Proposition¹⁸. À remarquer que le contrat d'assurance ne se limite pas à la Proposition et à la Police. À notre avis, cinq éléments semblent composer la relation unissant l'assuré et l'assureur :

Contrat d'assurance	1) la Proposition ;
	2) la Police ;
	3) les représentations effectuées à l'égard de l'assuré au moment de la Proposition ¹⁹ ;
	4) la durée de la relation ;
	5) le montant de la prime ²⁰ .

15. Il serait plus exact de dire la Proposition du preneur mais, aux fins de notre démonstration, preneur et assuré seront assimilés à une seule personne, celle de l'assuré.
16. Didier LLUELLES, *Droit des assurances terrestres*, 6^e éd., Montréal, Thémis, 2017, n^o 125, p. 95.
17. Ce sont des besoins que le représentant en assurance doit trouver une façon de combler (*Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2, art. 27, 28 et 39).
18. Voir D. LLUELLES, préc., note 16, n^o 59, p. 43 et 44.
19. *Great West Life Insurance Co. c. Paris*, [1959] B.R. 349 ; D. LLUELLES, préc., note 16, n^o 156, p. 116, et n^o 379, p. 269.
20. *Société coopérative d'assurance-vie les Artisans c. Richard*, 1990 CanLII 3007 (Qc C.A.) : « Nul doute que l'assureur qui a allègrement touché des primes doit être serré de près lorsqu'il cherche à se défiler » ; *Groupe commerce compagnie d'assurances c. Commission scolaire régionale de Chambly*, 1990 CanLII 3051 (Qc C.A.) : « Avec égard, je ne vois aucune raison d'interpréter le libellé de la police de cette façon. Il est certain que ce que [les compagnies d'assurance] avaient à l'esprit en établissant le montant de la prime de la police c'était ce qu'elles pouvaient potentiellement être appelées à payer suivant les normes prévues dans la loi en vigueur à l'époque. »

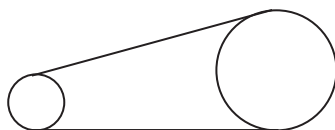
Si la Proposition et la Police, objets principaux de la démonstration, seront amplement discutées plus bas, nous estimons cependant nécessaire d'élaborer dès maintenant au sujet des trois dernières composantes du contrat d'assurance. Tout d'abord, les représentations effectuées à l'égard de l'assuré au moment de la Proposition peuvent influencer sur le contenu normatif du contrat d'assurance²¹. Cet effet peut se justifier tantôt par l'application des règles du mandat, tantôt par la théorie du mandat apparent ou encore par l'obligation de cohérence²². Cette composante confirme les propos du professeur Jean-Guy Belley pour qui le contrat se compose de dit et de non-dit²³.

La durée de la relation établie entre l'assureur et l'assuré est un autre facteur pouvant également moduler les obligations contractuelles des parties²⁴. Ce résultat s'explique davantage par la théorie du contrat relationnel ou par les obligations découlant du devoir de bonne foi (art. 1375 C.c.Q.) que par l'intention commune des contractants au moment de la formation du contrat d'assurance.

Enfin, le montant de la prime s'avère un des éléments-surprises de notre recherche. Pour l'instant, nous ne pouvons préciser clairement si c'est le cinquième élément composant le contrat d'assurance ou plutôt un sous-élément de la Proposition ou encore de la Police. En effet, le montant de la prime chargée par l'assureur est un élément entrant dans l'analyse

-
21. *Excellence (L'), compagnie d'assurance-vie c. St-Jacques*, 2009 QCCA 2354, par. 14 (observations de l'assureur dans la lettre de couverture accompagnant la police); *St-Pierre c. ING groupe commerce*, 2003 CanLII 44176 (Qc C.Q.) (observation du mandataire de l'assureur).
 22. *Roy c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2006 QCCA 1645; *Deslauriers c. Coopérants, société mutuelle d'assurance-vie*, 1993 CanLII 4142 (Qc C.A.).
 23. Ces propos sont ceux du professeur Belley à l'occasion d'une discussion alors que nous étions étudiant au doctorat. Voir également la thèse d'Agnès VIAUD, *Contrat et imprévision: approche comparée*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2017, où il est proposé que la relation des parties puisse modeler le contenu contractuel.
 24. *R. Pinsonneault & Fils ltée c. Promutuel Les Prairies, société mutuelle d'assurance générale*, 2000 CanLII 18091 (Qc C.S.), par. 94: «[L'assurée] a des attentes raisonnables quant aux services de protection qu'elle achète et qu'elle paie à des personnes et une compagnie d'assurance qu'elle connaît et en qui elle fait confiance depuis de nombreuses années»; *Bernier c. Promutuel Bellechasse, société mutuelle d'assurances générales*, 2008 QCCQ 8462 (loyauté continue de l'assuré envers l'assureur qui influe sur l'étendue de la couverture); *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, 1997 CanLII 6406 (Qc C.Q.).

de l'étendue de la protection offerte²⁵. Parfois, cette donnée sera plutôt incorporée dans l'analyse de l'attente raisonnable de l'assuré²⁶ ou encore analysée au moment de la détermination de la cause subjective de l'engagement de l'assuré²⁷. Cela dit, l'interaction du montant de la prime et l'étendue de la couverture pourrait se schématiser de la sorte :



Montant de la prime Étendue de la couverture

Ainsi, plus le montant de la prime augmente, plus le spectre de la couverture s'étend, ou inversement. C'est évidemment une vue de l'esprit, car le montant de la prime n'est absolument pas le seul élément déterminant l'étendue de la couverture²⁸. Ce schéma ne fonctionne pas lorsque l'assureur offre des protections d'assurance supplémentaire sans prime ajoutée par exemple²⁹. Toutefois, le montant de la prime est un élément généralement mis en avant par les assureurs et qui trouve écho dans le raisonnement judiciaire.

Le schéma portant sur la relation entre le montant de la prime et l'étendue de la couverture se révèle intéressant, car il a le mérite de remettre à l'avant-plan un concept important, mais sous-exploité, celui de

25. *Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boiler*, [1980] 1 R.C.S. 888, 901 : « les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait [...] à l'assureur de toucher une prime sans risque » ; *Laurentienne agricole, compagnie d'assurance inc. c. Gilbert*, 1995 CanLII 4855 (Qc C.A.) ; *Deguisse c. Montminy*, 2014 QCCS 2672, par. 2176 ; *St-Paul Fire Marine Insurance Co. c. Parsons & Misiurak Construction Ltd.*, 1996 CanLII 4647 (Qc C.S.), par. 308 ; *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, préc., note 24, par. 11 et 23 ; *Triantopoulos c. Croix Bleue Canassurance*, 2019 QCCQ 5920, par. 22.

26. *Côté c. Promutuel Coaticook-Sherbrooke*, 2016 QCCQ 8496, par. 65 et 66 : « la compagnie d'assurance a perçu les primes relatives à l'avenant qui serait complètement inutile aux assurés vu la clause d'exclusion beaucoup trop large qu'il contient. Ce n'était certainement pas conforme à l'intention et aux attentes des assurés » ; *Muir c. Magog (Ville de)*, 2015 QCCQ 508, par. 94-96 ; *Giguère c. Compagnie d'assurances Bélair inc.*, 2016 QCCQ 2023, par. 21.

27. *Bionaire inc. c. Calvert Insurance Company*, 1994 CanLII 3796 (Qc C.S.), par. 68.

28. *Family Insurance Corp. c. Lombard du Canada ltée*, [2002] 2 R.C.S. 695, 2002 CSC 48, par. 35, dans un contexte de multiplicité d'assurances responsabilité : « la Cour d'appel a commis une erreur en tenant compte de considérations liées à la tarification pour déterminer l'intention véritable des assureurs et contourner ainsi l'incompatibilité, de par leur libellé même, des deux clauses de "pluralité d'assurances" ».

29. *Mexx Canada inc. c. Chubb du Canada Cie d'assurance*, 2004 CanLII 13843 (Qc C.S.).

l'aspect corrélatif des obligations³⁰. À titre d'exemple, dans la décision *Morrisette c. Axa Assurances inc.*³¹, la Cour du Québec souligne ceci :

Dans le cas présent, Axa aura empoché les primes relatives à l'avenant «*Dégât d'eau par le sol et sous-sol incluant le refoulement d'égout*» pendant des années, lequel s'avère complètement inutile vu la clause d'exclusion qu'il contient.

Il ne peut en être ainsi. La clause d'exclusion de l'avenant ne peut aller au-delà de la clause d'exclusion relative aux inondations contenue au contrat principal³².

Sans le dire ou sans le savoir, la Cour du Québec règle le litige en appliquant l'article 2400 du Code civil au sujet des divergences entre la Proposition et la Police, mais en faisant un détour inutile par la théorie des attentes raisonnables de l'assuré. Cette décision montre très bien l'aspect superflu de la théorie des attentes de l'assuré car, en procédant à l'analyse de l'aspect corrélatif des obligations, la Cour du Québec serait probablement arrivée au même résultat, à la différence qu'elle aurait suivi une démarche propre au génie du droit civil.

Le montant de la prime soulève une autre question encore plus fondamentale de la théorie générale des obligations. Selon la Cour supérieure, «une clause qui permettrait à l'assureur de percevoir une prime "sans prise en charge réelle du risque" serait considérée abusive³³». En réalité, c'est reconnaître indirectement la lésion objective du fait de la disproportion importante entre les prestations des parties³⁴. Pourquoi ne pas tout simplement dire qu'il ne peut y avoir d'obligation sans cause³⁵? Nous ouvrons ici une parenthèse, car cela devrait faire l'objet d'une autre démonstration, pour préciser que plusieurs mécanismes de protection des intérêts de l'assuré reposent en fait sur la cause (objective ou subjective) : la notion de divergence, la nullité des clauses abusives, les attentes raisonnables de

30. À ce sujet, voir François CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, 2008.

31. *Morrisette c. Axa Assurances inc.*, 2012 QCCQ 14158.

32. *Id.*, par. 43 et 44.

33. *A.Y.K. Socks Inc. c. 3096-0124 Québec inc.*, 2003 CanLII 4713 (Qc C.S.), par. 46; voir aussi l'affaire *Giguère c. Compagnie d'assurances Bélair inc.*, préc., note 26.

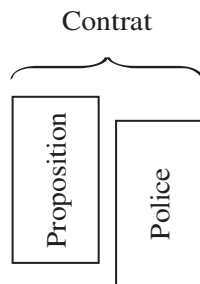
34. Art. 1406 al. 1 C.c.Q. : «La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.»

35. *Lawrence v. Kansa General International Insurance Co.*, 2000 CanLII 19238 (Qc C.S.), par. 69 : «Such a construction would remove all meaning from the civil liability policies and permit Kansa to have received a premium for no consideration whatsoever», conf. par l'affaire *Kansa General International Insurance Co. Ltd. c. Dale-Parizeau*, 2002 CanLII 41253 (Qc C.A.); *Hirsch c. Sun Life du Canada*, [1993] R.R.A. 656 (C.S.) : «S'en tenir littéralement à cette définition serait permettre à l'assureur de toucher une prime presque sans risque, car seuls les invalides inconscients pourraient obtenir une indemnité.»

l'assuré et la maxime selon laquelle *l'assureur ne peut percevoir de prime sans assumer de risque*. On peut alors se demander si ces concepts, dont plusieurs se trouvent propres au droit des assurances, sont véritablement nécessaires pour protéger correctement les intérêts de l'assuré dans la relation asymétrique l'unissant à l'assureur. Arriverait-on au même résultat, à l'avantage de ne pas multiplier les concepts, si l'on s'appropriait davantage les concepts fondamentaux de la théorie générale du contrat (par exemple, l'objet, la cause et l'aspect corrélatif) plutôt que de focaliser uniquement sur l'intelligibilité du consentement ? Bref, l'adage selon lequel il est préférable d'éviter de multiplier inutilement les notions juridiques (*pluralitas non est ponenda sine necessitate*) est-il applicable dans le cas des contrats spéciaux ? Cette question fondamentale, mais accessoire à la présente démonstration, devra toutefois attendre : les prochaines sections de notre texte seront consacrées aux diverses interactions de la Proposition et de la Police.

2 La préséance de la Proposition sur la Police

À plusieurs occasions, la Proposition prime les dispositions de la Police. Ainsi en est-il lorsque cette dernière n'est pas encore remise au preneur (2.1), lorsqu'apparaît une divergence entre le contenu de la Proposition et celui de la Police (2.2) ou encore lorsque la Police d'assurance est interprétée à la lumière des attentes raisonnables de l'assuré au moment de la Proposition (2.3). Si une image vaut mille mots, ces différents scénarios peuvent s'illustrer de la façon suivante :



2.1 La non-remise de la Police d'assurance

L'assureur doit remettre à l'assuré une copie de la Proposition écrite et de la Police afin de lui « permettre [...] d'établir la concordance entre le contenu des deux documents³⁶ ». En cas de défaut de remettre une copie de

36. *Henderson c. Promutuel Valmont*, 2004 CanLII 7738 (Qc C.S.), par. 167.

toute Proposition écrite, l'assureur pourra être tenu d'indemniser l'assuré malgré une exclusion dans la Police³⁷. L'assureur a donc intérêt à remettre rapidement la Police puisqu'il ne peut opposer d'exclusions ou de limitations de garantie (art. 2403 C.c.Q.)³⁸ si le preneur n'a pas eu connaissance du contenu de la Police avant la demande d'indemnisation³⁹. Dans ce cas, les termes de la Proposition délimitent l'étendue de la protection⁴⁰. Un mécanisme semblable se trouve également en matière d'assurance collective. De toute évidence, si l'assureur ne remet pas de certificat à l'adhérent, il ne pourra pas lui opposer d'exclusion⁴¹. En cas de remise partielle de la Police avant le sinistre, la partie du document non envoyée sera inopposable à l'assuré⁴². Voilà une règle asymétrique puisque l'absence de délivrance de la Police est sans conséquence pour l'assuré, car elle n'empêche pas la formation du contrat (art. 2398 C.c.Q.)⁴³. Par conséquent, l'assureur ne peut pas opposer une clause d'exclusion prévue dans la Police : les conditions prévues dans la Proposition ont bel et bien préséance⁴⁴.

Dans la même veine, l'assureur ne peut invoquer des conditions qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat, selon l'article 2403 du Code civil. Cet article doit être lu conjointement avec l'article 2400⁴⁵ qui oblige

-
37. Isabelle HUDON, «Le contenu du contrat d'assurance et les clauses externes», dans *L'assurance de dommages*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 3, à la page 15; 9110-1857 *Québec inc. c. ING Assurances*, 2008 QCCQ 7001; *Jelmini c. Horizon Lussier ltée*, [2000] n° AZ-50187663 (C.Q.) (modalité de réclamation).
 38. *Du Sablon c. Prudentielle (La), Cie d'assurance ltée*, [1988] R.J.Q. 2305, 2308 et 2309 (C.P.); *Société d'entraide et d'établissement du Québec inc. c. Assurances Dumas & associés inc.*, 1998 CanLII 12768 (Qc C.A.); *Chassé c. Union canadienne, compagnie d'assurances*, 1999 CanLII 12127 (Qc C.S.) (clause d'arbitrage); *Bergeron c. Sécurité nationale, compagnie d'assurances*, 2006 QCCQ 659, par. 59.
 39. *Société d'entraide et d'établissement du Québec inc. c. Assurances Dumas & associés inc.*, préc., note 38; *Ferme Marie-Andrée inc. c. Promutuel Bagot*, 2003 CanLII 35177 (Qc C.S.); *Castonguay c. Axa Assurances inc.*, 2009 QCCQ 9574, par. 14; *Tremblay c. Assurances 5000 inc.*, 2004 CanLII 46539 (Qc C.Q.); *Toyota Credit Canada inc. c. Axa Assurances inc.*, 2002 CanLII 550 (Qc C.Q.).
 40. *United States Fire Insurance Company c. Kouratzoglou*, 1988 CanLII 1138 (Qc C.A.).
 41. *Côté c. Desjardins sécurité financière, Cie d'assurance vie*, 2005 CanLII 8503 (Qc C.Q.).
 42. *Burle c. Desjardins Assurances générales*, 2008 QCCQ 7812.
 43. I. HUDON, préc., note 37, aux pages 15 et 16.
 44. *Parent c. British Aviation Insurance Group (Canada) Ltd.*, 1999 CanLII 10881 (Qc C.S.); *British Aviation Insurance Group (Canada) Ltd. c. Parent*, 2001 CanLII 39665 (Qc C.A.) (question esquivée en appel); à une autre occasion, les termes anglais de la Police ont été interprétés en faveur de l'assuré : *Bidégaré c. Unum d'Amérique, compagnie d'assurance-vie*, J.E. 2005-1546 (C.S.).
 45. I. HUDON, préc., note 37, à la page 11; *Simard c. Axa Assurances Missisquoi*, 2003 CanLII 35514 (Qc C.Q.); *Millette c. Cie d'Assurance Missisquoi*, 2003 CanLII 34919 (Qc C.Q.).

l'assureur à remettre une copie de la Police au preneur. En effet, l'objectif de ces deux articles est que le contenu contractuel soit matériellement à la disposition de l'assuré⁴⁶. Si les documents publicitaires ne peuvent être opposés à l'assuré⁴⁷, ils peuvent l'être à l'assureur, et ce, au profit de l'assuré⁴⁸. De même, la Cour supérieure a déjà interprété en faveur de l'assuré une Police à la lumière du « Guide du marketing » expliquant le produit distribué⁴⁹. Si l'assureur ne peut invoquer des conditions qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat, l'interprétation de la Police peut-elle reposer sur les usages de l'assurance non spécifiés dans le document⁵⁰? Nous ne le croyons pas. L'inverse semble toutefois possible. Ainsi, en dépit d'une exclusion de couverture explicite dans la Police, un assureur a dû indemniser un assuré en raison de sa pratique passée consistant à indemniser les assurés pour certains dommages causés par l'eau⁵¹. Si les règles entourant la remise de la Police montrent bien les tensions existantes entre la Proposition et la Police, c'est pourtant en matière de divergences que les tensions se font le plus ressentir.

2.2 Les divergences entre la Proposition et la Police

L'article 2400 du Code civil prévoit un régime dérogatoire au droit commun quant à la formation du contrat. En conséquence, afin de protéger l'assuré qui pourrait se croire à tort à l'abri d'un risque alors qu'en réalité il ne l'est pas, le législateur a prévu ce qui suit :

2400. En matière d'assurance terrestre, l'assureur est tenu de remettre la police au preneur, ainsi qu'une copie de toute proposition écrite faite par ce dernier ou pour lui.

En cas de divergence entre la police et la proposition, cette dernière fait foi du contrat, à moins que l'assureur n'ait, dans un document séparé, indiqué par écrit au preneur les éléments sur lesquels il y a divergence.

La notion de divergence s'applique indistinctement, que la Proposition soit écrite ou verbale⁵². Le Code civil ne définit pas le terme « divergence ».

46. I. HUDON, préc., note 37, à la page 8.

47. *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191.

48. *169912 Canada inc. c. Cie d'assurance-vie Transamerica du Canada*, 2005 CanLII 8590 (Qc C.S.).

49. *Rossignol c. Transamerica Vie Canada*, 2009 QCCS 77.

50. *Lavoie c. S.S.Q. Vie*, 2003 CanLII 33200 (Qc C.S.), par. 96; voir D. LLUELLES, préc., note 16, n° 120, p. 92.

51. *Marois c. Compagnie d'assurances ING du Canada*, 2007 QCCQ 7646; voir aussi : *Derepentigny c. Intact, compagnie d'assurances*, 2019 QCCQ 5774, par. 30; *Faubert c. Intact, compagnie d'assurances*, 2019 QCCQ 5768, par. 39.

52. *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.) (ci-après « arrêt Ribo »).

Essentiellement, c'est une «inconsistance juridique⁵³» entre la Proposition et la Police, un «écart sur un point essentiel entre ce qui a été voulu et ce qui a été réalisé⁵⁴». Selon le professeur Didier Lluelles, il y a divergence seulement à l'occasion d'une opposition réelle et non seulement apparente entre la proposition et la police⁵⁵, «c'est-à-dire en présence de différences entre les demandes expresses du preneur ou de l'assuré et la police, ou du moins entre la proposition, telle que comprise par le preneur ou l'assuré, et la police⁵⁶». Voici le point de vue de la Cour d'appel :

La théorie de la divergence vise à s'assurer que la protection et les conditions sur lesquelles les parties se sont entendues soient celles accordées et que l'assureur n'a pas fait une contre-offre au lieu de les accepter. En fait, la divergence doit être examinée à la lumière de l'ampleur de la couverture que croyait obtenir l'adhérent. On considérera généralement comme une divergence une modification au désir initial de l'assuré qui fera en sorte qu'un volet de couverture sera exclu alors qu'il le croyait inclus⁵⁷.

La divergence est donc une opposition entre la Proposition et la Police⁵⁸. Cette antinomie s'évalue en fonction du critère des attentes du preneur au moment de la formation du contrat⁵⁹. Un tel exercice, hautement factuel, nécessite l'étude approfondie des circonstances entourant la Proposition⁶⁰. Ainsi, les représentations effectuées à l'égard de l'assuré au moment de la Proposition, troisième composante du contrat d'assurance préalablement discutée, prennent toute leur importance.

La protection contre les divergences permet de *façonner*, de *modeler*, de *personnaliser* ou d'*individualiser* le produit d'assurance qui a normalement vocation à s'appliquer de manière universelle. La protection contre

53. *Réunion européenne le Languedoc c. Entreprises Forestière J.R. inc.*, 1993 CanLII 3608 (Qc C.A.).

54. Arrêt *Ribo*, préc., note 52, 962.

55. D. LLUELLES, préc., note 16, n° 127, p. 95, et n° 131, p. 98.

56. Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., vol. 2 «Responsabilité professionnelle», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 2-517, p. 548.

57. *Larrivée c. SSQ Mutuelle d'assurance groupe*, 2000 CanLII 10180 (Qc C.A.), par. 59.

58. *Moreau c. Excellence (L'), compagnie d'assurance-vie*, [1999] R.R.A. 874 (C.S.) : la divergence s'apprécie «en considération de la perception d'un homme raisonnable à la lecture et à la comparaison des documents d'attestation d'assurance et du contrat».

59. *Jean Pineau & Associés ltée c. Société de Gestion D'Assurance Encon inc.*, 2002 CanLII 63722 (Qc C.S.) ; *Tessier c. Thériault*, 2000 CanLII 17735 (Qc C.S.) ; 9110-1857 *Québec inc. c. ING Assurances*, préc., note 37.

60. Isabelle HUDON, «Formation et contenu du contrat en assurance», dans JurisClasseur Québec, coll. «Droit civil», *Contrats nommés II*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, n° 14, à jour au 4 juillet 2017 ; *Bissonnette c. Desjardins Sécurité Financière*, 2004 CanLII 44822 (Qc C.Q.) (demande d'émission rapide de la police pour une couverture immédiate).

les divergences fait donc du contrat d'assurance le contrat d'adhésion qui se trouve le plus près de la souplesse du contrat de gré à gré. En effet, «la notion de divergence a un caractère concret et doit être examinée dans toutes les circonstances du dossier et en retenant primordialement ce qu'envisageait l'assuré, puisque la proposition émane de lui⁶¹». Plusieurs éléments peuvent ainsi être pris en considération afin d'établir les attentes du preneur: les documents fournis par le preneur⁶², les informations données au moment de la Proposition (brochure publicitaire de l'assureur⁶³, plan détaillé du régime des protections offertes par la police⁶⁴, guide de distribution⁶⁵, représentations du représentant en assurance⁶⁶ ou de la personne qui distribue le produit⁶⁷) ainsi que celles qui ne sont pas données au preneur⁶⁸, les informations demandées au preneur⁶⁹, la soumission de l'assureur⁷⁰, la Proposition d'assurance, la confirmation d'assurance adressée par le courtier⁷¹, le sommaire des garanties, le sommaire de tarification⁷², la page frontispice de la Police⁷³, le titre de la garantie⁷⁴, de même que la correspondance entre le preneur et le courtier⁷⁵. L'identification de

61. *Faubert c. Industrielle (L'), Cie d'assurance sur la vie*, [1987] R.J.Q. 973, 975 et 976 (C.A.).
62. *Monaghan c. Allstate du Canada, compagnie d'assurances*, 1999 CanLII 12006 (Qc C.S.).
63. *Id.*; *St-Pierre c. Excellence, Cie d'assurance-vie*, 2000 CanLII 14705 (Qc C.Q.); *Trudel c. Centre du sport Alary*, 2005 CanLII 44494 (Qc C.Q.).
64. *Kaperonis c. Standard Life Insurance Company of Canada*, 2011 QCCS 6654 (requête en rejet d'appel acceptée: *Kaperonis c. 9121-4528 Québec inc.*, 2016 QCCA 1634).
65. *Horth c. Industrielle Alliance, services financiers inc.*, 2009 QCCQ 1285, par. 44: «Ce guide forge les attentes du proposant, soit au moment de la proposition.»
66. *Kaperonis c. Standard Life Insurance Company of Canada*, préc., note 64 (requête en rejet d'appel acceptée: *Kaperonis c. 9121-4528 Québec inc.*, préc., note 64); *Bombardier Produits récréatifs inc. c. Gosselin Logistique inc.*, 2008 QCCS 2607.
67. *Trudel c. Centre du sport Alary*, préc., note 63.
68. *Monaghan c. Allstate du Canada, compagnie d'assurances*, préc., note 62; *Centre de Téléphone Mobile (Location) ltée c. Québière inc.*, 1999 CanLII 10549 (Qc C.Q.); *Bissonnette c. Desjardins Sécurité Financière*, préc., note 60.
69. *Jean Pineau & Associés ltée c. Société de Gestion D'Assurance Encon inc.*, préc., note 59; *Centre de Téléphone Mobile (Location) ltée c. Québière inc.*, préc., note 68.
70. *Bombardier Produits récréatifs inc. c. Gosselin Logistique inc.*, préc., note 66.
71. *Centre de Téléphone Mobile (Location) ltée c. Québière inc.*, préc., note 68.
72. *Bernier c. La Cie. d'assurance Liberté du Canada*, 2002 CanLII 8612 (Qc C.Q.).
73. *Arrêt Ribo*, préc., note 52; *Jean Pineau & Associés ltée c. Société de Gestion D'Assurance Encon inc.*, préc., note 59; *Tessier c. Thériault*, préc., note 59; *Auto Gladu inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, 1999 CanLII 20509 (Qc C.Q.); *St-Pierre c. Excellence, Cie d'assurance-vie*, préc., note 63; *Dumont c. Survivance (La), compagnie mutuelle d'assurance-vie*, [1996] R.R.A. 1272 (C.Q.).
74. *Arrêt Ribo*, préc., note 52.
75. *Serres Magog ltée c. Lumbermens Mutual Casualty Co.*, 1999 CanLII 11793 (Qc C.S.).

la divergence devient donc une question *excessivement factuelle*. Elle est à rapprocher de la cause du contrat pour l'assuré⁷⁶. Ainsi, dans la décision *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance of Canada*⁷⁷, dont les faits sont analogues à ceux de l'arrêt *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo inc.*⁷⁸, dans la mesure où le principal risque dont l'assuré souhaitait se prémunir était exclu de la Police⁷⁹, la Cour supérieure résout le litige en faveur de l'assuré, mais à la lumière de la cause du contrat.

En cas de divergence entre le contenu de la Proposition et celui de la Police, si l'article 2400 du Code civil n'existait pas, le contrat serait, dans bien des cas, déclaré nul, puisqu'en réalité l'acceptation n'est pas substantiellement conforme à l'offre comme le prévoit l'article 1393 pour que le contrat soit formé. À titre d'exemple, une contradiction portant sur le montant total de la prime d'une assurance vie a été considérée comme une divergence, ce qui a ainsi protégé la validité du contrat⁸⁰ alors que, selon la théorie générale du contrat, ce serait davantage une contre-offre empêchant sa formation. Ainsi, en cas de divergence, l'article 2400 maintient en vie artificiellement le contrat. Dans ces circonstances, la protection contre les divergences fait en sorte que l'assurance tient moins du contrat que d'un *bien*. D'ailleurs, dans l'arrêt *Ribo* où l'assurée, entreprise spécialisée dans l'entretien de bâtiment, se retrouve sans couverture pour le dommage causé aux biens de ses clients lorsque son préposé en a la garde, le contrôle ou exerce sur lui une action quelconque, la Cour d'appel souligne ceci : « Nous sommes donc en présence d'un cas où un contractant voulant acheter un cheval se retrouve avec un bardot⁸¹ ! » En réalité, la Cour d'appel perçoit très bien qu'il y a une erreur entre le *bien* commandé par l'assuré et celui que l'assureur a livré.

La protection contre les divergences est loin d'être anecdotique puisque les tribunaux ont souvent donné préséance à la Proposition dans

76. *Roc-Teck Coatings Inc. c. Cie canadienne d'assurance générale Lombard*, 2004 CanLII 47899 (Qc C.Q.), par. 41 : « Il répugne de penser que [l'assuré] ait voulu prendre une assurance responsabilité en cas de survenance de dommages matériels, payer une prime à cet effet, et qu'ensuite l'assureur prétende que [l'assuré] ne bénéficie pas de cette couverture. »

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

78. Arrêt *Ribo*, préc., note 52.

79. Le preneur voulait assurer sa cargaison de sucre déchargée d'urgence au port de Québec, alors que la police excluait les biens laissés à l'extérieur.

80. *169912 Canada inc. c. Cie d'assurance-vie Transamerica du Canada*, préc., note 48.

81. Arrêt *Ribo*, préc., note 52.

ce contexte⁸². Cela dit, « si une différence entre la proposition et la police ne constitue pas une divergence, les termes de la police l'emportent sur ceux de la proposition⁸³ ». Phénomène particulier, l'application des divergences peut faire en sorte que l'assureur soit tenu d'indemniser un assuré pour un risque ou un dommage qu'il ne couvre habituellement pas⁸⁴. Voici ce que souligne à cet égard la Cour d'appel :

Il est paradoxal que, par suite de la faute de [son courtier], [l'assurée] peut être indemnisée, alors que si [le courtier] avait expliqué à [l'assurée] qu'aucun assureur à l'époque ne consentait à assumer les risques d'inondation et de refoulement d'égoûts, [l'assurée] aurait quand même accepté la police de [l'assureur] sans pouvoir faire une demande d'indemnité à la suite de l'événement du 14 juillet. Mais c'est l'effet de l'[article 2400 du Code civil] lorsqu'un assureur utilise une

82. *Robitaille c. Madill*, [1990] 1 R.C.S. 985; *Kaperonis c. Standard Life Insurance Company of Canada*, préc., note 64 (requête en rejet d'appel acceptée: *Kaperonis c. 9121-4528 Québec inc.*, préc., note 64), par. 104: « In the Court's view, the moratorium period can be assimilated to a "counter-offer" by Standard Life, to which Mr. Kaperonis was never given the opportunity to reply »; *Lapointe c. Industrielle-Alliance (L'), compagnie d'assurance sur la vie*, [1998] R.R.A. 14 (C.A.); *Commonwealth Insurance Co. c. Hôtel Le Chanteclerc (1985) inc.*, [1998] R.R.A. 360 (C.A.); *Compagnie d'assurance continental du Canada c. Hercules auto parts inc.*, 1996 CanLII 6447 (Qc C.A.); *Fournier c. Mutuelle d'Omaha (La), compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 663 (C.S.), appel rejeté sur requête (C.A., 1995-08-07) 200-09-000335-957; *Faubert c. Industrielle (L'), compagnie d'assurance sur la vie*, préc., note 61; *Roy c. Capitale (La), assurances et gestion du patrimoine inc. (Capitale (La), assurances de personnes inc.)*, 2012 QCCS 4464; *Bombardier Produits récréatifs inc. c. Gosselin Logistique inc.*, préc., note 66; *9110-1857 Québec inc. c. ING Assurances*, préc., note 37; *ACA Assurance c. Bensimon*, 2005 CanLII 27585 (Qc C.S.); *Jean Pineau & Associés ltée c. Société de Gestion D'Assurance Encon inc.*, préc., note 59; *Tessier c. Thériault*, préc., note 59; *Serres Magog ltée c. Lumbermens Mutual Casualty Co.*, préc., note 75; *Monaghan c. Allstate du Canada, compagnie d'assurances*, préc., note 62; *Perron c. Compagnie d'assurances canadienne universelle ltée/Gore générale compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 686 (C.S.); *Horth c. Industrielle Alliance, services financiers inc.*, préc., note 65; *St-Pierre c. Desjardins Sécurité financière*, 2008 QCCQ 1604; *Gendron c. Promutuel Lac St-Pierre – Les Forges, société mutuelle d'assurance générale*, 2003 CanLII 10274 (Qc C.Q.); *Bissonnette c. Desjardins Sécurité Financière*, préc., note 60; *Bernier c. La Cie. d'assurance Liberté du Canada*, préc., note 72; *St-Pierre c. Excellence, Cie d'assurance-vie*, préc., note 63; *Auto Gladu inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, préc., note 73; *Centre de Téléphone Mobile (Location) ltée c. Québière inc.*, préc., note 68; *Dumont c. Survivance (La), compagnie mutuelle d'assurance-vie*, préc., note 73; *Crédit Ford du Canada ltée c. Compagnie d'assurances Missisquoi*, [1995] R.R.A. 234 (C.Q.); *Dubreuil c. L. Lavigne ltée*, [1989] R.R.A. 451 (C.Q.); *Marion c. Cie Croix-Bleue mutuelle-vie du Québec*, [1988] R.J.Q. 683 (C.S.), appel rejeté: C.A. Québec, n° 500-09-000300-889, 22 janvier 1992, [1992] n° AZ-50071949 (la Cour s'abstient toutefois d'exprimer une opinion au sujet des divergences entre la Proposition et la Police).

83. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 56, n° 2-515, p. 547.

84. *Monaghan c. Allstate du Canada, compagnie d'assurances*, préc., note 62.

formule de proposition comme celle qui est en cause et qu'il établit une note de couverture ou sa police sans par écrit indiquer à l'assuré les points de divergence entre la proposition d'une part et la note de couverture et la police d'autre part⁸⁵.

En fait, la divergence protège l'assuré et sanctionne en même temps l'assureur par l'imposition du contenu contractuel. Le scénario se rapproche en conséquence du « contrat sanction », sorte de responsabilité sans faute analogue au mandat apparent, où l'artificialité de l'« accord de volonté⁸⁶ » brille dans toute sa splendeur.

2.3 L'interprétation en fonction des attentes raisonnables de l'assuré

L'interprétation de la Police démontre bien les deux solitudes de l'assurance : elle est interprétée tantôt à la lumière de l'intention de son rédacteur, en l'occurrence l'assureur, tantôt en fonction des attentes raisonnables de l'assuré. Cette dernière variable est la plus opposée aux intérêts de l'assureur. C'est peut-être la seule qui ne peut pas vraiment se justifier par une présomption d'intention commune. En effet, elle consiste à résoudre l'équation interprétative en tenant compte d'une seule variable intentionnelle, celle de l'assuré. Selon le professeur Lluelles, la théorie des attentes raisonnables de l'assuré, parfois appelées « attentes légitimes de l'assuré », comprend deux dimensions : la première s'avère essentiellement une redondance de la règle d'interprétation *contra proferentem*, tandis que la seconde impliquerait « qu'un texte litigieux doit être lu de telle sorte qu'il satisfasse aux désirs légitimes qu'avait le proposant, et ce, même si le texte est clair et ne requiert aucune interprétation⁸⁷ ».

La réception de la théorie des attentes raisonnables de l'assuré ne fait pas l'unanimité dans la jurisprudence⁸⁸. Parfois la Cour d'appel la retient,

85. *Compagnie d'assurance continental du Canada c. Hercules auto parts inc.*, préc., note 82.

86. Art. 1378 C.c.Q.

87. D. LLUELLES, préc., note 16, n° 166, p. 123 ; *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 1032, 2016 CSC 34.

88. Gilbert A. HOURANI, « L'attente raisonnable de l'assuré : à tort ou à raison ? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit des assurances (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 105 ; Didier LLUELLES, « La théorie des "attentes légitimes" (ou "raisonnables") dans la clarification contractuelle : Est-ce si légitime ? Est-ce bien raisonnable ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 407 ; Hélène LEFEBVRE, « *Reasonable Expectations* : cette doctrine a-t-elle une raison d'être au Québec ? », dans *Le droit et la pratique de l'assurance : nouvelles demandes – développement récents – attentes croissantes*, Toronto, The Canadian Institute, 1988, p. B-1 ; Marie-Chantal THOUIN, « La théorie de l'attente raisonnable de

parfois elle la rejette⁸⁹. Cette théorie est également l'objet de débats doctrinaux⁹⁰. Il paraît difficile de donner un portrait juste de la réception ou du rejet de la théorie des attentes légitimes de l'assuré, car elle se trouve employée à toutes les sauces, que ce soit pour expliquer les choix du législateur⁹¹ ou bien justifier la solution retenue en cas de multiplicité d'assurances responsabilité⁹². À l'occasion présentée sans explicitation, cette notion se révèle souvent latente dans le raisonnement suivi par l'interprète :

Le contrat ne définit pas qu'est-ce qu'une méthode, ni ne propose de technique pour effectuer l'évaluation en question. Finalement, il ne fixe aucune balise dans le choix de cette façon de faire.

L'adhérent à un tel contrat peut raisonnablement s'attendre à être indemnisé pour le coût *réel* de reconstruction, en souscrivant à une garantie au moins égale à ce qu'il en coûterait *probablement* pour rebâtir le même immeuble⁹³.

Cet extrait s'avère intéressant, car l'analyse ne se fait pas relativement aux attentes du preneur *in concreto*, mais bien à la lumière des attentes raisonnables d'un adhérent *in abstracto*⁹⁴. Il faut en quelque sorte interpréter le texte de la Police en fonction de la compréhension d'une personne

l'assuré», *Assurances et gestion des risques*, vol. 64, 1996-1997, p. 545 ; Jean-François PICHETTE, « L'interprétation du contrat d'assurance au Québec et la théorie de l'attente raisonnable de l'assuré », EYB2007REP555.

89. *Hallé c. Bélair Cie d'assurances générales*, 2004 CanLII 39117 (Qc C.A.), par. 22 : « [E]n raison de son manque de limpidité, la clause d'exclusion invoquée par [l'assureur] ne satisfait pas les exigences de clarté et de limpidité qu'impose le premier alinéa de l'article 2563 C.c.B.-C. Il convient, dès lors, de privilégier une interprétation conforme aux attentes légitimes des assurés, d'où il résulte que les appelants sont en droit de réclamer la protection d'assurance prévue à la police. »

90. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 56, n° 2-561, p. 597.

91. Parfois employée pour expliquer les choix du législateur, cette théorie est abordée dans l'affaire *Hallé c. Bélair Cie d'assurances générales*, préc., note 89, par. 21 : « Le fait pour une personne d'assumer la responsabilité de la conduite criminelle d'une autre personne ne correspond tellement pas aux attentes légitimes d'un assuré que le législateur québécois est intervenu pour prohiber dorénavant les clauses d'exclusion qui auraient clairement la portée de celle que l'intimée attribue à la clause litigieuse. »

92. *Family Insurance Corp. c. Lombard du Canada ltée*, préc., note 28.

93. *Touchette c. Oppenheim*, 2014 QCCS 6039, par. 72 et 73.

94. Voir aussi l'affaire *Bourdeau c. Desjardins Sécurité financière*, 2016 QCCQ 10602, par. 55 (caractères gras ajoutés ; italique dans l'original) :

[À] la lumière des enseignements de la jurisprudence, c'est l'utilisation du mot "*normales*" qui permet de mettre de côté la prétention de l'assureur pour adopter une interprétation qui donnera à la clause un effet conforme à cette jurisprudence et aux attentes raisonnables d'**un** assuré, qui n'aura pas à être complètement grabataire pour bénéficier de l'assurance qu'il a contractée et dont il a assumé les primes depuis sa délivrance.

ordinaire⁹⁵. Plus qu'un simple procédé interprétatif, c'est une mesure atténuée de contrôle du contenu contractuel, le critère étant moins sévère que celui qui est prévu pour la clause abusive dans l'article 1437 du Code civil :

Le soussigné ajoute qu'il est aussi difficile d'envisager qu'une police d'assurance collective visant apparemment la même protection pour tous les assurés adhérents, puisse dans les faits produire des effets complètement différents d'un assuré à l'autre – certains heureux, d'autres malheureux – uniquement en raison d'une combinaison unique pour chaque assuré, de ses habitudes de paiement et de la date de l'émission de son relevé de carte de crédit, par rapport à celle, incontrôlable, de son décès⁹⁶.

Notion contemporaine de la société de consommation, les attentes raisonnables de l'assuré font parfois tout simplement double emploi avec une notion plus traditionnelle, mal aimée et mal comprise du droit des obligations : la cause⁹⁷. Selon les circonstances, la notion d'attentes raisonnables de l'assuré peut recouper la cause de l'obligation, en instituant un contrôle de la réciprocité des obligations⁹⁸. Ladite notion peut également s'aligner sur la cause du contrat⁹⁹. Une version atténuée à cet égard consisterait à interpréter les dispositions de la Police à la lumière des besoins d'assurance exprimés par l'assuré au moment de la Proposition. Une fois encore, la notion coïncide avec celle de la cause subjective du contrat. À titre d'exemple, dans une décision, l'assureur niait couverture au motif que les marchandises volées faisaient l'objet d'un engagement formel, à savoir qu'un chargement d'aluminium doit être surveillé. Bien que le chargement de bobines électriques volé ait contenu effectivement de l'aluminium, l'engagement formel visait uniquement un chargement de lingots d'aluminium tel que l'assuré a mentionné, dans la Proposition, en transporter occasionnellement¹⁰⁰.

95. *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, 1043 (ci-après «*arrêt Katsikonouris*»); *Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, [2017] 1 R.C.S. 121, 2017 CSC 7.

96. *Chamberland c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2019 QCCQ 1621, par. 82.

97. *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, préc., note 24, par. 31 : «La clause d'exclusion, de la manière que propose l'interprétation donnée par [l'assureur], dénature le contrat et l'attente raisonnable de [l'assuré]. Dans ces circonstances, elle constitue également une clause abusive en matière de contrat d'adhésion.»

98. *Id.*, par. 11 : «[L'assurée] désirait une protection complète et avait placé sa confiance en la personne représentant l'assureur. [L'assurée] témoigne que si l'information avait été adéquate, elle aurait, pour quelques dollars de plus, payé la prime pour "l'avenant" alléguée par [l'assureur] pour une réelle couverture complète.»

99. *Id.*, par. 41.

100. *S.G.T. 2000 inc. c. Transport Sodifer (1998) inc.*, 2004 CanLII 8861 (Qc C.Q.).

Paradoxalement, si la solution basée sur les attentes raisonnables de l'assuré préjudicie aux intérêts de l'assureur appelé à verser l'indemnité, cette solution lui est malgré tout favorable. Effectivement, la solution basée sur les attentes raisonnables de l'assuré n'altère alors pas la signification à venir du texte de la Police contrairement à une interprétation fondée sur l'intention commune, auquel cas elle présumerait que la solution découle en partie de la volonté de l'assureur. Or, en fondant la solution sur les attentes raisonnables de l'assuré, l'interprète se trouve à signaler aux futurs interprètes que, tel un signe avant-coureur (*redflag*), cette solution n'illustre pas véritablement le fonctionnement du produit d'assurance étudié, mais représente plutôt une décision d'équité appelée à être marginalisée : la solution sera davantage une question factuelle qu'une question de droit¹⁰¹. La notion d'attente raisonnable de l'assuré éclaire donc bien l'asymétrie du contrat d'assurance, les tiraillements entre la Proposition et la Police ; un assureur a d'ailleurs déjà tenté de plaider ses propres attentes raisonnables, mais sans succès¹⁰². Il faut croire qu'en ce domaine il y a deux poids, deux mesures. Qu'à cela ne tienne, d'autres scénarios font en sorte que les dispositions de la Police émise par l'assureur ont préséance sur la Proposition de l'assuré.

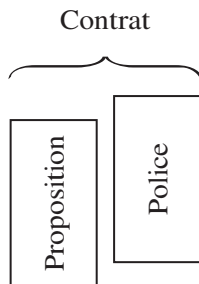
3 La préséance de la Police sur la Proposition

La préséance de la Police sur la Proposition exacerbe le malaise de l'intention commune en matière d'assurance. À plusieurs occasions, l'interprète dit s'en tenir au libellé clair de la Police pour trancher le litige (3.1). En d'autres circonstances, la solution de l'interprète repose sur l'intention du rédacteur consignée dans la Police (3.2). De la même manière, un dénouement qui s'appuie sur des précédents ayant interprété un texte similaire déstabilise l'équilibre entre la Proposition et la Police au profit de cette dernière (3.3). Enfin, en matière d'aggravation de risque, la qualification repose exclusivement sur la volonté de l'assureur déclarée dans la

101. *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, [2016] 2 R.C.S. 23, 2016 CSC 37, par. 46 : « Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit » ; *Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, préc., note 95, par. 37 : « Pour interpréter une police d'assurance type, la Cour doit examiner le sens ordinaire du contrat, tel qu'il serait compris par un assuré ordinaire. »

102. *Touchette c. Oppenheim*, préc., note 93, par. 116 : « [L'assureur] ajoute que le Tribunal doit considérer qu'il ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à devoir déboursier une telle somme pour une prime annuelle d'environ 2 000\$ ». »

Police (3.4). Ces phénomènes variés peuvent s'illustrer, à leur tour, de la façon suivante :



3.1 L'acte clair et l'interprétation littérale de la Police

Selon la Cour suprême du Canada, le premier principe d'interprétation en matière d'assurance repose sur le dogme de l'acte clair selon lequel, « lorsque le texte de la police n'est pas ambigu, le tribunal doit *l'interpréter* en donnant effet à son libellé non équivoque et en le considérant dans son ensemble¹⁰³ ». Le dogme s'est récemment raffermi puisque maintenant la Cour suprême est d'avis que, « lorsque le texte de la police n'est pas ambigu, le tribunal doit donner effet à ce texte clair et *considérer* le contrat dans son ensemble¹⁰⁴ ». La Cour suprême évite dorénavant d'employer le terme *interprétation*, préférant laisser croire que c'est une simple *application* du texte de la Police : « Si les termes du contrat sont clairs, le rôle du tribunal se limite à les appliquer à la situation factuelle qui lui est soumise¹⁰⁵. » Dans les deux cas, cette approche hypertextualisante déstabilise le délicat équilibre entre la Proposition et la Police au profit de cette dernière. À ce sujet, une source de confusion provient du fait que les arrêts *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*¹⁰⁶ et *Progressive Home Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*¹⁰⁷—qui sont souvent cités et qui établissent le dogme de l'acte clair comme premier principe d'interprétation du contrat d'assurance—ont été rendus dans un contexte de

103. *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, [2010] 2 R.C.S. 245, 2010 CSC 33, par. 22 (ci-après « arrêt *Lombard* ») (l'italique est de nous).

104. *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, préc., note 101, par. 49 (l'italique est de nous); *Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, préc., note 95, par. 12: « lorsque le texte de la clause contestée n'est pas ambigu, compte tenu du contrat dans son ensemble, le tribunal doit donner effet à ce texte clair ».

105. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, [2017] 2 R.C.S. 59, 2017 CSC 43, par. 36.

106. *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24.

107. Arrêt *Lombard*, préc., note 103.

détermination de l'obligation de défendre de l'assureur. En effet, lors d'une requête de type Wellington, dans laquelle l'assuré demande à la Cour supérieure de condamner son assureur responsabilité à prendre fait et cause pour lui, cette dernière doit «déterminer, à la lumière des allégations de la demande [du tiers] et en tenant celles-ci pour avérées, s'il existe une possibilité que l'assureur soit tenu d'indemniser [l'assuré]¹⁰⁸». Dans l'arrêt *Lombard*, la Cour suprême fait reposer l'obligation de défendre de l'assureur sur la Police, et ne discute pas de la Proposition de l'assuré :

[L]'obligation de défendre ne dépend ni du fait que l'assuré soit réellement responsable ni du fait que l'assureur soit réellement tenu de l'indemniser. Ce qu'il faut, c'est la simple possibilité que la demande relève de la *police d'assurance*. Lorsqu'il ressort clairement que la demande ne relève pas de la *portée de la police*, soit parce qu'elle n'est pas visée par la protection initiale, soit en raison d'une clause d'exclusion, il n'y a pas d'obligation de défendre¹⁰⁹.

Le cadre procédural même mis en place par les tribunaux ne permet donc pas d'entendre la preuve à l'égard des circonstances au moment de la formation du contrat¹¹⁰. Les dispositions de la Police ont alors préséance sur la Proposition. Cela dit, l'interprétation littérale de la Police dans ce contexte propre à l'assurance responsabilité ne devrait normalement pas être transposée à l'assurance de biens ni à l'assurance de personne.

Le dogme du texte clair contient en lui une multitude de paradoxes¹¹¹. Parmi ceux-ci, il y a le fait que la clarté n'est pas une qualité intrinsèque du texte, mais bien le résultat d'une interprétation¹¹². À titre d'exemple, dans l'arrêt *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*¹¹³, la majorité de la Cour suprême—**après** avoir fait un exercice de droit comparé avec le droit américain—juge que le texte de la Police est clair. Pour sa part, la dissidence, **après** un exercice de droit comparé avec le droit français—se montre également d'avis que le texte de la Police est clair, mais elle opte pour la solution inverse ! On le voit, le constat de clarté du

108. *Delage c. Ville de Westmount*, 2018 QCCS 1243, par. 32.

109. Arrêt *Lombard*, préc., note 103, par. 19 (l'italique est de nous).

110. *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801 ; *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, [2001] 2 R.C.S. 699, 2001 CSC 49 ; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, [2006] 1 R.C.S. 744, 2006 CSC 21.

111. Vincent CARON, «Les paradoxes de la théorie de l'acte clair en droit civil et de la *parol evidence rule* en common law», (2017) *R.I.D.C.* 637 ; Vincent CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, Montréal, Thémis, 2016, p. 81-96.

112. Voir l'affaire *Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, préc., note 95, par. 42, où le constat de clarté est la conclusion à laquelle arrive la Cour suprême.

113. Arrêt *Katsikonouris*, préc., note 95.

texte correspond donc à la **conclusion** à laquelle arrive l'interprète après avoir normalement pris dûment en considération le contexte de la volonté des parties régnant au moment de la formation du contrat. Or, en excluant la Proposition de l'équation interprétative en raison de la prétendue clarté du texte de la Police, le sens octroyé fait alors l'impasse sur la Proposition, composante essentielle de la relation assurantielle. L'article 1425 du Code civil condamne pourtant le dogme de l'acte clair en prescrivant que, « dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés ». Le législateur privilégie donc la recherche de la volonté réelle des contractants (*real deal*) au lieu de se borner à la volonté déclarée (*paper deal*)¹¹⁴. Or, en limitant l'analyse exclusivement au texte de la Police qui émane de l'assureur, l'interprète tient compte d'un seul côté de la médaille, dénaturant ainsi le contrat qui, faut-il le rappeler, est un acte juridique bilatéral. La solution qui repose exclusivement sur le libellé de la Police donne des allures d'acte juridique unilatéral à l'assurance. Généralement de rédaction unilatérale, la Police est parfois interprétée comme un acte juridique impliquant une seule volonté¹¹⁵. Autre paradoxe, l'interprétation littérale de la Police ne concorde pas nécessairement non plus avec l'intention de l'assureur¹¹⁶. Il y a lieu de se demander si la volonté des contractants y est encore pour quelque chose dans l'attribution du sens.

3.2 L'intention du rédacteur

Il arrive fréquemment que les tribunaux interprètent le texte de la Police à la lumière de l'intention de son rédacteur, en l'occurrence l'assureur¹¹⁷. Par exemple, les tribunaux précisent souvent que, *si l'assureur avait*

114. *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, 2005 QCCA 1172.

115. *Laurentienne générale compagnie d'assurance c. Blanchard*, 1990 CanLII 3255 (Qc C.A.): « L'assureur qui a rédigé la police a voulu établir clairement la nature de la garantie comme il devait le faire en vertu du Code civil. »

116. *Bertrand c. Crown, compagnie d'assurance-vie*, 1999 CanLII 13320 (Qc C.A.): « Le premier juge a conclu que les trois conditions étaient cumulatives et que le défaut d'en respecter une entraînait une contravention à la clause. Cette analyse littérale est irréfutable. Si on recherche toutefois l'intention de l'assureur, la solution est moins évidente »; *Transamerica Vie Canada c. Cadrin*, 2011 QCCA 2397, par. 8-10.

117. *Axa Assurances inc. c. Les Habitations Claude Bouchard inc.*, 2001 CanLII 10748 (Qc C.A.), par. 61 : « En revanche, l'intention de l'assureur n'est pas de nier la garantie à son assuré lorsque celui-ci n'a pas mal exécuté ses travaux, mais s'est servi d'un matériau qui était défectueux, hors de sa connaissance et dont il ne pouvait vérifier la qualité »; *3457265 Canada inc. c. 9124-8948 Québec inc.*, 2016 QCCS 2462, par. 26 ; voir aussi l'affaire *Droit de la famille – 14766*, 2014 QCCS 1473, où un litige entre assurés au sujet de l'interprétation à donner à la police est résolu à l'aide de la volonté de l'assureur.

*voulu (couvrir ou exclure) tel risque, il aurait dû l'indiquer clairement*¹¹⁸. Il est question à plusieurs occasions de l'intention du rédacteur afin de circonscrire l'étendue de la couverture¹¹⁹ et de saisir la portée des exclusions¹²⁰. Ce processus fait penser à une personne qui étudie le guide d'utilisation du manufacturier en vue de comprendre les fonctionnalités du produit.

Dans un tel contexte, non seulement la volonté de l'assureur prime celle de l'assuré, mais dans bien des cas la volonté de l'assureur est confortée par celle d'un autre assureur—tiers au contrat—ayant entretenu des visées similaires dans une autre police pourtant distincte¹²¹. À titre d'exemple,

-
118. Arrêt *Katsikonouris*, préc., note 95, 1035 et 1041 ; *Western Assurance Co. c. Desgagnés*, [1976] 1 R.C.S. 286, 291 : « Si l'assureur avait voulu aller plus loin, il aurait pu imposer dans son contrat d'assurance la stipulation qu'il désirait voir insérer dans tous les contrats de transports, ainsi qu'il l'a fait dans l'al. (b) de la clause précitée » ; *Taheri c. Assurances générales Banque Nationale*, 2017 QCCQ 538, par. 26 ; *Dana c. Royal & Sun Alliance du Canada*, 2017 QCCQ 15374, par. 51 ; *Construction Leclerc et Pelletier inc. c. Axa Boréal Assurances*, 2003 CanLII 11760 (Qc C.Q.), par. 66 ; *Bellemare c. Aviva, Cie d'assurance du Canada*, 2005 CanLII 24067 (Qc C.Q.), par. 6 ; *Synstal inc. c. Compagnie d'assurances ING du Canada*, 2006 QCCQ 7321, par. 34 ; voir aussi l'affaire *Gagnon c. Capitale (La), assurances générales inc.*, 2012 QCCQ 2168, par. 30, en matière d'engagement formel.
119. Arrêt *Katsikonouris*, préc., note 95 ; *Tessier c. Drake Insurance Co.*, 1991 CanLII 3875 (Qc C.A.) ; *Tembec inc. c. American Home Assurance Company*, 1997 CanLII 9379 (Qc C.S.), par. 45 ; *Laboratoire Rayjant inc. c. Royal & Sun Alliance du Canada*, 2002 CanLII 63745 (Qc C.S.), par. 32 ; *Robitaille c. Personnelle (La), compagnie d'assurances*, 2014 QCCQ 2790 ; *Survivance (La) c. Bédard*, 2006 QCCQ 1059, par. 29 ; *Boucher c. Personnelle (La), assurances générales inc.*, 2013 QCCQ 7607, par. 20 et 22 : « Il est évident qu'une telle clause confirme l'intention de l'assureur de ne pas s'obliger pour la valeur de l'ensemble en cas de dommages à une de ses composantes seulement [...] L'assureur n'a pas accepté de couvrir une telle éventualité » ; cité également dans l'affaire *Tardif c. Promutuel Haut St-Laurent, société mutuelle d'assurances générales*, 2013 QCCQ 12218, par. 21 ; *Compagnie d'assurances ING du Canada c. 9003-6054 Québec inc. (Ouzerie Mythos enr.)*, 2007 QCCQ 423, par. 31.
120. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'assurances Commerce & Industry du Canada*, 2010 QCCS 6126, par. 76 et 77 ; *Labonté c. Promutuel de Dorchester, société mutuelle d'assurances générales*, 2003 CanLII 794 (Qc C.S.), par. 23 ; *Howor c. Compagnie Mutuelle Wawanesa*, 2001 CanLII 25133 (Qc C.S.), par. 44 ; *Syndicat des copropriétaires condo des Berges c. Personnelle (La), assurances générales inc.*, 2011 QCCQ 10997, par. 45 : « Il faut donc étudier la police d'assurance en cause pour comprendre l'intention de l'assureur quant à ce qu'il souhaite exclure de la police d'assurance » ; *Chauvin (Succession de) c. Desjardins Sécurité financière*, 2011 QCCQ 2616, par. 15 : « Ainsi, l'intention de l'assureur est claire. Il ne veut pas couvrir les transactions effectuées entre le dernier relevé et le décès. »
121. *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317, 329 : « À mon sens, les rédacteurs du genre de police qui nous occupe ont été suffisamment clairvoyants pour atteindre ce résultat avant une décision judiciaire à ce sujet » ; *École*

l'intention de l'assureur sera étudiée pour déterminer s'il a renoncé à son droit d'être subrogé¹²², tout comme l'est l'intention des autres assureurs dans l'industrie à l'égard de cette possibilité¹²³. Ce phénomène remet en question le principe de l'effet dit relatif des contrats dans la mesure où la volonté d'un tiers interfère avec la détermination du contenu contractuel des parties. Un tel procédé a pour conséquence d'expulser en quelque sorte l'assuré de la discussion, celle-ci étant alors orientée sur les pratiques des assureurs¹²⁴. Forcément, lorsque l'interprétation du texte de la Police d'assurance est assimilée à une question de droit, l'intention de l'assuré se trouve dès lors mise aux oubliettes¹²⁵. Cette solution conduit à un étrange résultat où l'assureur peut témoigner de sa volonté, ainsi que de celle des

Progressive inc. c. Montréal (Ville), 1996 CanLII 6347 (Qc C.A.): «Relativement aux exclusions faisant l'objet du paragraphe d) (i) et (ii), je reconnais, comme l'avait fait le juge Michaud alors juge à la Cour supérieure, dans l'affaire *Congrégation Shomrim Laboker c. La Compagnie d'assurance Continental du Canada*, [1991] R.R.A. 143 (C.S.) que ce que l'assureur a voulu exclure par ces textes, ce sont les dommages résultant du manque d'étanchéité de l'immeuble, en somme, les dommages résultant des vices ou faiblesses de l'immeuble»; *Tembec Industries Inc. c. AIG Commercial Insurance Company of Canada*, 2013 QCCS 592, par. 157.

122. *Corp. Cadillac Fairview Ltée c. Zurich Insurance Co.*, [1990] R.J.Q. 2031 (C.A.): «Nous sommes donc en face de clauses qui, à mon avis, sont claires, indiquent l'intention de l'assureur de renoncer à certains des droits qu'il pourrait autrement posséder en vertu de la clause prévoyant la subrogation aux droits de son assurée et qui ne sont pas en principe prohibées par la loi»; voir aussi l'affaire *Intact, compagnie d'assurances c. Théberge & Belley (1985) inc.*, 2014 QCCA 787, par. 51.
123. *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd.*, préc., note 121, 328: «Ma conclusion est fondée sur le libellé de la clause de subrogation, aussi bien que sur l'ensemble de la police. Selon moi, elle est également conforme à l'intention des rédacteurs de ce genre d'assurance, aussi bien qu'à celle des parties au contrat de construction en l'espèce.»
124. *Somersall c. Friedman*, [2002] 3 R.C.S. 109, 2002 CSC 59, par. 34: «Étant donné l'adoption du libellé même qui est utilisé dans la plupart des polices américaines, il me semble qu'un regard sur l'interprétation qui a déjà été attribuée à l'expression consacrée "a le droit de recouvrer" peut nous éclairer quant à l'intention des rédacteurs des avenants SEF 42 et 44» (voir aussi par. 67); *Vallée du Richelieu, compagnie mutuelle c. Caisse populaire des deux rives*, 1988 CanLII 946 (Qc C.A.); *Commercial Union Cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.); *Simcoe & Erie General Assurance Company c. National Bank of Greece (Canada)*, 1988 CanLII 1302 (Qc C.A.): «Il s'agit là d'événements subséquents à l'émission de la police d'assurance et ceci m'amène à conclure que ce sont de telles situations que les assureurs ont voulu prévoir dans leur clause de garantie hypothécaire.»
125. *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, préc., note 101, par. 4: «Lorsque [l'enjeu] porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit.»

autres assureurs de l'industrie, tandis que l'assuré ne peut même pas invoquer sa propre volonté, laquelle ne constitue qu'une vulgaire question de fait.

Dans la même veine, les contours de la couverture sont souvent analysés à la lumière des autres produits d'assurance sur le marché¹²⁶ : « Le marché offre des assurances de responsabilité ciblées pour les compagnies dans un cadre commercial. Telle n'est pas la protection souscrite par [l'assuré]¹²⁷. » C'est d'ailleurs un procédé interprétatif propre au domaine de l'assurance qui, lui aussi, défie le principe de l'effet dit « relatif » des contrats : les produits offerts sur le marché par d'autres assureurs déterminent les droits et les obligations des contractants¹²⁸. Devant ce phénomène, on peut se demander si l'assurance n'est pas tout simplement un produit où la Police est en fait le guide d'utilisation de ce bien immatériel. Dans ce procédé, l'interprète n'étudie pas une potentielle intention commune, mais compare plutôt l'utilité ou le fonctionnement de différents produits mis sur le marché.

Sans surprise, le processus interprétatif sera irrigué par l'intention de l'assureur lorsque l'assuré n'a pas lu le texte de la Police¹²⁹. Ce scénario est susceptible de se présenter souvent puisque la Cour d'appel du Québec a reconnu qu'un assuré pouvait légitimement s'abstenir de lire la Police d'assurance¹³⁰. De manière générale, l'intention de l'assureur alimente le processus initial ; dans d'autres cas, elle se révèle le pivot central du raisonnement :

Le paragraphe introductif de la clause 14 donne l'idée générale de *ce que l'assureur souhaite* exclure de la protection d'assurance, c'est-à-dire les mouvements de sol.

[...]

Quant au sous-paragraphe 2, une personne raisonnable peut conclure que *l'assureur désire* exclure les dommages causés par l'expansion, la dilatation, la contraction ou la compression du sol, ces phénomènes étant eux-mêmes causés par le gel ou le dégel du sol.

126. *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, préc., note 110, par. 163.

127. *Delev c. Sécurité Nationale, compagnie d'assurances*, 2016 QCCQ 8868, par. 73.

128. *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, [2009] 3 R.C.S. 605, 2009 CSC 59 ; *Produits forestiers Canadien Pacifique limitée c. Compagnie d'assurance New Hampshire*, préc., note 9.

129. *Élevage et grains Gelé inc. c. Promutuel Monts et Rives, société mutuelle d'assurances générales*, 2015 QCCS 1141, par. 46.

130. Arrêt *Ribo*, préc., note 52.

La version anglaise du sous-paragraphe 2 *précise l'intention de l'assureur* quand on y lit que les phénomènes énumérés «result(ing) from freezing and thawing of the ground»¹³¹.

Dans une autre décision, l'assureur avait ajouté unilatéralement des avenants au contrat, hors la connaissance de l'assuré, à l'occasion du renouvellement. La bonification de couverture était offerte gracieusement par l'assureur. L'interprétation des avenants qui s'en est suivie a reposé sur l'intention de l'assureur¹³². Un tel scénario a de quoi alimenter la réflexion au sujet de l'engagement unilatéral de volonté¹³³.

La référence au rédacteur de la police plutôt qu'à l'intention de l'assureur est propre à l'assurance¹³⁴. En effet, lorsque les tribunaux interprètent d'autres types de contrats, ils se réfèrent généralement à l'intention des deux contractants; cependant, s'ils tentent de préciser la volonté spécifique d'un des contractants, il n'est pas question du rédacteur du contrat, qui—outre l'application de la maxime *contra stipulatorem*—ne présente aucun intérêt. La dichotomie constatée entre l'assureur et le rédacteur de la police renforce l'idée de l'assurance à titre de produit où l'assureur agit à l'instar d'un concessionnaire d'automobiles qui distribue les véhicules dont le fabricant est le véritable concepteur.

Enfin, le recours à l'intention du rédacteur en dit long sur la nature juridique de la Police. Pour autant que l'activité interprétative soit manifestement axée sur la volonté d'un seul acteur, l'interprétation contractuelle se rapproche grandement de l'interprétation légale. Cette façon de faire a pour conséquence que le contrat s'apparente alors davantage à un acte juridique

131. *Wooden c. Compagnie d'assurances Bélair inc.*, 2011 QCCS 2565, par. 64, 67 et 68, cité dans l'affaire *Barcelo c. Sécurité Nationale, compagnie d'assurances*, 2014 QCCQ 1462 (l'italique est de nous).

132. *Élevage et grains Gelé inc. c. Promutuel Monts et Rives, société mutuelle d'assurances générales*, préc., note 129; voir aussi l'affaire 9169-2327 *Québec inc. c. Compagnie d'assurances ING du Canada*, 2009 QCCS 3922, par. 69:

[M]ême si la preuve révèle que l'assurée n'a pas exigé de couverture reliée à «la valeur locative exprimée des parties inoccupées», ceci ne veut pas dire qu'elle n'y a pas droit puisque l'article 6.2 le prévoit; de la même façon, l'assurée n'a pas requis d'être assurée précisément pour la valeur locative de toute partie des bâtiments désignés occupée par elle (art. 6.3), mais l'assureur l'a indemnisée à ce titre selon la formule prévue au contrat.

133. À ce sujet, voir: Jeremy ANTIPPAS, «L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil», (2018) *Revue des contrats* 272; Didier LLUELLES, «L'engagement par déclaration unilatérale de volonté: l'état du droit au Québec, à travers le prisme du droit comparé», (2011) 45 *R.J.T.* 211; Didier LLUELLES, *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit civil*, Montréal, Thémis, 2010.

134. *Bourgouin c. Auberge de jeunesse de Tadoussac inc.*, 1999 CanLII 11735 (Qc C.S.), par. 65; *Touchette c. Oppenheim*, préc., note 93, par. 86.

unilatéral¹³⁵. La recherche de la volonté de l'assureur se manifeste également par l'utilisation des précédents et de la doctrine en vue d'octroyer un sens à la Police conforme aux choix du rédacteur.

3.3 Le précédent et la doctrine

Une fois de plus, la Proposition est éclipsée par le texte de la Police lorsque cette dernière est analysée à l'aide de la jurisprudence ayant interprété un texte similaire dans un litige différent opposant un assureur distinct à un assuré distinct. Si l'on conçoit encore romantiquement le contrat, on peut se demander en quoi cette solution qui a été appliquée dans un litige opposant des tiers s'avère pertinente par rapport au contrat unissant l'assureur et l'assuré. Si l'on envisage plutôt l'assurance comme un produit—où l'interprète a pour tâche de dégager les utilisations possibles du produit et de choisir la plus raisonnable—, on ne s'étonne guère de constater que les décisions ayant déjà octroyé un sens à une expression employée dans la Police sont bien souvent intégrées à la discussion¹³⁶. Ces décisions proviennent fréquemment de juridictions canadiennes de common law (Colombie-Britannique¹³⁷, Alberta¹³⁸, Saskatchewan¹³⁹, Manitoba¹⁴⁰, Ontario¹⁴¹, Île-du-Prince-Édouard¹⁴²), mais

135. À ce sujet, voir M. TANCELIN, préc., note 1.

136. *Montcap Financial Corporation c. Boréal assurances inc.*, 2000 CanLII 18463 (Qc C.S.); *Arkwright Mutual Insurance Co. v. Isko Heat Exchangers Ltd.*, 2000 CanLII 19316 (Qc C.S.); *Labelle c. Industrielle Alliance Cie*, 2005 CanLII 6269 (Qc C.Q.); *Berardi c. Personnelle (La), assurances générales inc.*, 2008 QCCQ 7671.

137. *Optimum, société d'assurances inc. c. Plomberie Raymond Lemelin inc.*, 2009 QCCA 416; *Produits forestiers Canadien Pacifique limitée c. Compagnie d'assurance New Hampshire*, préc., note 9; *Commercial Union Cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, préc., note 124.

138. *Intact, compagnie d'assurances c. Théberge & Belley (1985) inc.*, préc., note 122; *Canadian Pacific Ltd. c. American Home Assurance Co.*, 2001 CanLII 9272 (Qc C.A.); *Québec (Ville de) c. Genitech Entrepreneur général inc.*, 2013 QCCS 5042; *Coopérative d'habitation La Folle du Logis c. Groupe Desjardins (Le), assurances générales*, [1989] R.R.A. 1003 (C.S.).

139. *St-Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Parsons & Misiurak Construction Ltd.*, préc., note 25; *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Tecno-Métal inc.*, [1987] R.R.A. 163 (C.S.).

140. *Excavations Gilbert Théorêt inc. c. Marcel Baril ltée*, 2004 CanLII 4614 (Qc C.S.).

141. *Allianz Canada (Compagnie Canadian Surety) c. Entreprises Bon Conseil inc.*, 2008 QCCA 920; *Canadian Pacific Ltd. c. American Home Assurance Co.*, préc., note 138; *Commercial Union Cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, préc., note 124.

142. *Axa Assurances inc. c. Valko Électrique inc.*, 2007 QCCS 5449.

également de juridictions américaines¹⁴³ dont la provenance est très variée (Texas¹⁴⁴, Georgie¹⁴⁵, Nebraska¹⁴⁶, Minnesota¹⁴⁷, Maryland¹⁴⁸, Colorado¹⁴⁹, Minnesota¹⁵⁰, Michigan¹⁵¹, Illinois¹⁵², Iowa¹⁵³, Kansas¹⁵⁴, Louisiane¹⁵⁵, Wisconsin¹⁵⁶, Missouri¹⁵⁷), anglaises¹⁵⁸ et même australiennes¹⁵⁹. Si ce procédé ne prend pas en considération la volonté de l'assuré, il détourne également l'interprète de la recherche de l'intention commune des contractants prévue dans l'article 1425 du Code civil : « Nous savons qu'en vertu de la jurisprudence [...] les dommages économiques ne sont pas couverts, sauf la perte d'usage qui est souvent stipulée couverte dans ce type de contrat d'assurance¹⁶⁰. » Ce procédé ne s'interroge pas sur le contexte de

-
143. *Intact, compagnie d'assurances c. Théberge & Belley (1985) inc.*, préc., note 122; *St-Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Parsons & Misiurak Construction Ltd.*, préc., note 25.
 144. *Intact, compagnie d'assurances c. Théberge & Belley (1985) inc.*, préc., note 122; *St-Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Parsons & Misiurak Construction Ltd.*, préc., note 25; *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Tecno-Métal inc.*, préc., note 139.
 145. *R. Pinsonneault & Fils ltée c. Promutuel Les Prairies, société mutuelle d'assurance générale*, préc., note 24.
 146. *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Entreprises Clément Boisvert inc.*, [1992] R.J.Q. 2915 (C.S.).
 147. *Intact, compagnie d'assurances c. Théberge & Belley (1985) inc.*, préc., note 122.
 148. *Comité paritaire de l'industrie des services automobiles de la région de Montréal (CPA Montréal) c. Société d'assurances générales Northbridge (Lombard General Insurance Company of Canada)*, 2015 QCCA 2039, par. 25 : « La Court of Special Appeal du Maryland traite de l'intention derrière cette exclusion dans l'affaire *ABC Imaging of Washington Inc. v. The Travelers Indemnity company of America et al.* en ces termes. »
 149. *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, préc., note 106.
 150. *R. Pinsonneault & Fils ltée c. Promutuel Les Prairies, société mutuelle d'assurance générale*, préc., note 24.
 151. *Demian c. Teesdale*, 2010 QCCS 1553.
 152. *Canadian Pacific Ltd. c. American Home Assurance Co.*, [1997] R.R.A. 757 (C.S.).
 153. *R. Pinsonneault & Fils ltée c. Promutuel Les Prairies, société mutuelle d'assurance générale*, préc., note 24.
 154. *Young v. Economical Mutual Insurance Company*, 1998 CanLII 9547 (Qc C.S.).
 155. *Deslongchamps c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, 2004 CanLII 12798 (Qc C.S.).
 156. *Commission scolaire catholique de Sherbrooke c. Lombard du Canada ltée*, 2000 CanLII 17584 (Qc C.Q.).
 157. *Vallée c. Assurance-vie Desjardins*, 2001 CanLII 37667 (Qc C.A.).
 158. *Produits forestiers Canadien Pacifique limitée c. Compagnie d'assurance New Hampshire*, préc., note 9; *Commercial Union Cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, préc., note 124; *Prévoyants du Canada, assurance générale c. Britton Electric Co.*, [1981] C.S. 1.
 159. *Canadian Pacific Ltd. c. American Home Assurance Co.*, préc., note 138; *Canadian Pacific Ltd. c. American Home Assurance Co.*, préc., note 152.
 160. *Excavations Gilbert Théorêt inc. c. Marcel Baril ltée*, préc., note 140, par. 32.

formation du contrat (tant celui qui est analysé dans le précédent opposant des tiers que celui qui fait l'objet du litige entre l'assuré et l'assureur). L'attention de l'interprète est alors strictement focalisée sur le texte de la Police. L'approche de la Cour suprême se révèle paradoxale à ce sujet. Tantôt elle appuie son raisonnement sur la jurisprudence¹⁶¹ en faisant l'historique complet de l'expression à interpréter¹⁶², de la clause litigieuse¹⁶³ ou du texte de la Police afin de déterminer l'intention des assureurs¹⁶⁴; tantôt, elle rejette le même procédé :

L'assureur soutient que l'expression [TRADUCTION] « police d'assurance » aux termes de l'avenant doit être interprétée eu égard à l'arrêt *Gill* de la Cour, et la Cour d'appel a retenu cet argument. L'approche préconisée par l'assureur suggère implicitement que l'arrêt *Gill* de la Cour étaye une autre interprétation raisonnable des mots contestés à la première étape du cadre d'analyse énoncé dans *Ledcor*. Comme je l'explique plus loin, je ne peux accepter cela comme une interprétation raisonnable de cette police d'assurance. Dans l'arrêt *Gill*, la Cour n'a pas interprété les mots ordinaires de l'avenant, ni éclairé leur sens. Une personne ordinaire demandant une telle garantie n'aurait pas non plus envisagé les contextes de responsabilité délictuelle et législatif distincts relatifs à l'arrêt *Gill* pour comprendre les mots de l'avenant. *L'assureur se fonde sur sa connaissance spécialisée de la jurisprudence pour faire valoir une interprétation qui va au-delà des mots clairs de la police.*

[...]

Premièrement, on aurait tort de se fonder sur l'arrêt *Gill* pour illustrer le fait que les compagnies d'assurance ont modifié leurs polices eu égard à ce jugement et qu'elles avaient donc l'intention d'inclure les prestations du RPC. On ne peut présumer qu'une personne ordinaire qui présente une demande en vue d'obtenir une telle police de garantie complémentaire comprendrait les mots de l'avenant au sens que leur donnent les tribunaux aux fins de l'application des lois provinciales en matière d'assurance et de la règle des prestations parallèles en matière délictuelle. *Dans ce contexte, l'acheteur ne possède pas une connaissance spécialisée de la jurisprudence pertinente ou des objectifs des assureurs.* Par conséquent, l'historique de l'avenant et l'intention des assureurs lors de sa rédaction suivant l'arrêt *Gill* ne sont pas utiles à l'interprétation de ce contrat¹⁶⁵.

Cette inconsistance méthodologique éclaire fort bien le caractère réversible des arguments. Devant un revirement aussi draconien, on peut se demander si la finalité commande la méthodologie en ce domaine. Plus

161. *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, préc., note 106.

162. *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, préc., note 128.

163. *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, préc., note 101.

164. *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd.*, préc., note 121; pour une illustration de ce procédé, voir l'affaire *Zurich Insurance Co. v. 686234 Ontario Ltd.*, 2002 CanLII 33365 (Ont. C.A.).

165. *Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, préc., note 95, par. 29 et 35 (l'italique est de nous).

encore, l'utilisation des précédents soulève trois questions fondamentales, systématiquement ignorées dans la jurisprudence. Tout d'abord, le choix du comparable dicte la solution retenue. L'arrêt *Katsikonouris* met en lumière cette réalité : alors que la majorité donne raison à l'assuré en effectuant un exercice de droit comparé basé sur la jurisprudence américaine, la dissidence abonde dans le sens de l'assureur en réalisant le même exercice, mais cette fois à l'aide de la jurisprudence française. Dans la mesure où le comparatif retenu sera aléatoire, le résultat le sera tout autant. Cela donne fortement des allures de bingo à l'assurance (particulièrement lorsque le droit d'un seul État américain sur 50 est sélectionné). Ensuite, qu'en est-il de la prévisibilité juridique dans ces circonstances ? Enfin, le recours au précédent se trouve également problématique à l'égard de l'accessibilité à la justice, car faire une recherche sur la situation du droit dans chacune des 9 provinces de common law canadienne et dans les 50 États américains engendre un coût que bien souvent seul un assureur peut absorber. C'est sans doute la raison pour laquelle les assureurs eux-mêmes introduisent fréquemment cet argument¹⁶⁶. Le juge Jean-Louis Baudouin semble bien s'être rendu compte de l'ampleur de l'enjeu :

Les parties, au soutien de leurs prétentions, nous ont cité de nombreuses décisions émanant des autres provinces et des États-Unis. Ces dernières ont sûrement un intérêt intellectuel et de droit comparé, mais n'ont aucune pertinence directe dans le dossier. Les premières non plus d'ailleurs, dans la mesure où le droit civil québécois a codifié les règles du contrat d'assurance et qu'on n'est plus, heureusement, à l'époque où les cours d'appel et la Cour suprême se sentaient une mission unificatrice du droit sur ce genre de sujet, aux dépens du droit civil. Le danger est pourtant réel. Ainsi, l'application de l'affaire *Mc Clelland and Stewart Ltd. c. Mutual Life Assurance Co.*, [1982] 2 R.C.S. 6, originant de l'Ontario, au droit québécois est boiteuse et même inappropriée, puisque contrairement à l'article 2532 C.c.B.C., le droit ontarien, lui, ne limite pas dans le temps la portée des clauses de suicide («Ontario Insurance Act», R.S.O. c. I-8, art. 165(1))¹⁶⁷.

166. *Comité paritaire de l'industrie des services automobiles de la région de Montréal (CPA Montréal) c. Société d'assurances générales Northbridge (Lombard General Insurance Company of Canada)*, préc., note 148 ; *Tamper Corporation c. General Insurance Company*, 1998 CanLII 13216 (Qc C.A.) ; *Société d'entraide économique K.R.T. c. Prévoyants du Canada*, 1988 CanLII 883 (Qc C.A.) ; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'assurances Commerce & Industry du Canada*, préc., note 120 ; *Au Dragon forgé inc. c. Ro-Lou Transport ltée*, 2006 QCCS 3651.

167. *London Life Insurance Company c. Chablis Textiles inc.*, 1994 CanLII 5471 (Qc C.A.) ; voir aussi l'affaire *Cirvek Fund I, l.p. c. Lombard General Insurance Company of Canada*, 2013 QCCS 2620, par. 62 :

Le Tribunal ne peut accepter l'invitation de Lombard d'adopter les concepts de *common law* ou du droit américain afin de définir le sens du mot *eviction* inscrit à la police d'assurance, et encore moins de faire appel au concept de *possessory interest* que, possiblement, le droit de certains états américains ou de provinces de *common*

Enfin, si l'article 2403 du Code civil, comme nous en avons précédemment discuté, prévoit effectivement que « l'assureur ne peut invoquer des conditions ou déclarations qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat », l'objectif demeure que l'assuré soit en mesure de déterminer l'étendue de la couverture dès la remise de la police¹⁶⁸. Or, si la signification des termes peut varier aléatoirement en fonction d'une décision missourienne ou floridienne mise en preuve par l'assureur après un sinistre, l'objectif du législateur est alors contourné. Plus fondamentalement, l'argumentation reposant sur la jurisprudence met de côté la Proposition et fait remonter à la surface la Police. En conséquence, le texte de cette dernière revêt un sens particulier où certaines expressions acquièrent une charge symbolique fort grande que la volonté des contractants ne saurait mettre de côté. En ce sens, le texte de la Police traduit plus que la volonté de l'assureur ayant contracté avec l'assuré, il incorpore la compréhension de tous les acteurs de l'industrie : « Ma conclusion est fondée sur le libellé de la clause de subrogation, aussi bien que sur l'ensemble de la police. Selon moi, elle est également conforme à l'intention des rédacteurs de ce genre d'assurance, aussi bien qu'à celle des parties au contrat de construction en l'espèce¹⁶⁹. »

Cet extrait est particulièrement révélateur du rôle secondaire, voire marginal, que jouent les contractants dans l'attribution du sens à donner au texte de la Police. Un tel constat porte à croire qu'il y a « contrat » et « Contrat¹⁷⁰ ». Dans le premier cas, c'est une entente librement négociée où une véritable fusion contractuelle intervient, bref, le modèle contractuel sur lequel repose la théorie romantique. Dans le second cas, le terme désigne un acte juridique ayant vocation à s'appliquer indistinctement à une multitude d'acteurs. L'acte se rapproche alors d'une institution qui dépasse les intérêts des contractants ; que l'on songe à l'assurance responsabilité professionnelle ou à l'assurance automobile obligatoire¹⁷¹.

law exige comme condition pour qu'une personne puisse prétendre avec succès être victime d'une *eviction*. Il serait erroné de faire appel aux concepts développés par la *common law* puisque ceux-ci sont étrangers au droit civil québécois. Or, il n'est pas contesté que la police d'assurance est régie par les lois du Québec, et par conséquent par le *Code civil du Québec*.

168. Conformément à cet article, seul l'assuré devrait pouvoir plaider la jurisprudence étrangère. Autrement, l'assureur doit circonscrire clairement les contours de la garantie.

169. *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd.*, préc., note 121, 328 (l'italique est de nous).

170. Nous proposons cette tournure par analogie avec l'idée du professeur Belley pour qui « il y a « doctrine » et « doctrine » » : Vincent CARON et Jean-Guy BELLEY, « Le renouvellement des institutions classiques : *Provigo Distribution c. Supermarché A.R.G.* », dans Benoît MOORE (dir.), *Les grands arrêts*, Montréal, Thémis, 2016, p. 285, à la page 300.

171. V. CARON, « Interpréter un contrat sans rechercher l'intention commune des parties ? Illustration à l'aide de l'assurance automobile », préc., note 12 ; V. CARON,

3.4 L'aggravation de risque

Après la formation du contrat d'assurance, l'assuré doit «déclarer à l'assureur [...] les circonstances qui aggravent les risques stipulés dans la police et qui résultent de ses faits et gestes si elles sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement du taux de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance» (art. 2466 C.c.Q.). À défaut, le contrat d'assurance peut être résilié ou encore l'assureur peut être libéré de son obligation d'indemniser en lui versant une indemnité proportionnelle (art. 2466 al. 2 et 2411 C.c.Q.). Lorsqu'un contractant plaide que les faits et gestes de l'assuré constituent une aggravation de risque, cette prétention est appréciée à partir de l'intention de l'assureur exprimée dans la Police¹⁷². À ce sujet, la Cour suprême, dans l'arrêt *Lejeune c. Cumis Insurance Society Inc.*¹⁷³, cite avec approbation les propos des professeurs Maurice Picard et André Besson :

Il faut d'autre part, de l'aggravation de risque, distinguer l'*exclusion de risque ou non-assurance*. La distinction repose, en réalité, sur une question de nature entre l'aggravation et l'exclusion de risque : dans l'un et l'autre cas, on est en présence d'un risque qui, d'après le contrat, n'a pas été pris en charge par l'assureur. Mais, au regard de ces deux situations, la volonté des parties, spécialement de l'assureur, n'est pas la même et ne produit pas les mêmes effets. Lorsqu'il y a exclusion de risque, l'assureur manifeste explicitement sa volonté de ne jamais couvrir le risque exclu : à l'avance, il déclare ne pas le prendre en charge, de sorte que, si ce risque exclu se réalise ou si, ce qui revient au même, un sinistre se produit en dehors des conditions précises posées par la police, l'assuré n'a droit à aucune garantie : il y a en ce cas purement et simplement non-assurance [...]. Au contraire l'aggravation de risque est un risque qui, non pris en charge dans le contrat, est susceptible de l'être par la suite. Certes l'assureur ne s'engage pas, de façon ferme, à garantir les risques aggravés. Mais il ne refuse pas catégoriquement de les couvrir, se réservant d'apprécier ultérieurement la situation et, suivant les cas, d'exiger une surprime ou de résilier [le contrat]¹⁷⁴...

La Cour suprême applique ensuite ces principes : « Ainsi, pour déterminer s'il s'agit d'aggravation de risque ou d'exclusion de risque en l'espèce, il faut, moyennant une étude attentive de la police d'assurance, identifier

«L'interprétation du contrat d'assurance de responsabilité professionnelle : de l'intention commune à la protection du public», préc., note 12.

172. *Gerling Globale compagnie d'assurances générales c. Service d'hypothèques Canada-vie ltée*, 1997 CanLII 10065 (Qc C.A.); *Comité paritaire de l'industrie des services automobiles de la région de Montréal (CPA Montréal) c. Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2014 QCCS 1747; *Alonzo c. Compagnie d'assurance La Guardian du Canada*, 2000 CanLII 18695 (Qc C.S.); *Harvey c. ING Assurance inc.*, 2007 QCCS 1747.

173. *Lejeune c. Cumis Insurance Society Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 1048.

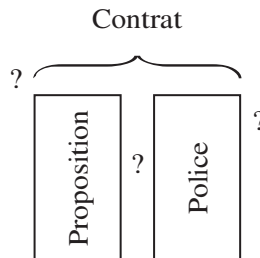
174. *Id.*, 1062.

ce que l'assureur avait l'intention d'assurer. Une fois l'objet de l'assurance identifié, il faut déterminer si l'assureur avait manifesté l'intention d'assurer le risque qui s'est réalisé¹⁷⁵. »

Cette solution qui date de plus d'une trentaine d'années n'a pas changé depuis. Aucune autre façon de résoudre la question n'a d'ailleurs été proposée. Ainsi, en matière d'aggravation de risque, l'analyse est centrée sur l'intention de l'assureur ; la Proposition n'entre pas dans les limites d'une analyse axée avant tout sur le texte de la Police. Cela dit, dans d'autres scénarios que nous étudierons dans la section suivante, la solution ne repose ni sur la Proposition ni sur le texte de la Police. Il devient alors illusoire de tracer un lien avec l'intention commune des contractants dans ces cas où le résultat loge plutôt dans les limbes de la solitude contractuelle.

4 Les limbes de la solitude contractuelle

Plusieurs solutions dégagées par les tribunaux, lorsqu'elles sont examinées attentivement, ne peuvent trouver, à proprement dit, de fondement dans le contrat d'assurance, et ce, autant à l'égard du contenu de la Proposition qu'en ce qui concerne le texte de la Police. Ainsi en est-il lorsque l'assureur est appelé à déboursier une somme d'argent en raison d'une fin de non-recevoir (4.1), lorsque l'interprétation du texte de la Police devient une question de droit (4.2) ou encore lorsque l'intention commune des parties est carrément *rejetée* en vue de résoudre le litige (4.3). Il va sans dire qu'il est difficile de situer où se trouvent exactement ces diverses solutions qui pourraient être représentées de la manière suivante :



175. *Id.*, 1063.

4.1 La fin de non-recevoir

Par son comportement, ses gestes ou sa conduite, l'assureur peut se voir opposer une fin de non-recevoir à son argumentation¹⁷⁶. Pensons notamment aux limitations de couverture ou aux exclusions éventuelles de la Police : elles ne seront peut-être pas applicables si l'assureur ne dépose pas en preuve la Police, et qu'il se contente plutôt de fournir une description sommaire des protections¹⁷⁷. Autre exemple, le retard de l'assureur à invoquer un argument peut le priver de l'application d'une clause particulière de la police¹⁷⁸. De façon évocatrice et juste, un auteur compare la fin de non-recevoir à « l'art de "désécrire" une police¹⁷⁹ ». Dans un tel scénario, les dispositions de la Police sont alors mises de côté au profit des intérêts de l'assuré¹⁸⁰. Ce n'est toutefois pas un scénario où les volontés de l'assuré et de l'assureur sont en opposition, car la fin de non-recevoir, bien qu'elle soit qualifiée par plusieurs de renonciation implicite de l'assureur¹⁸¹, semble davantage, dans ce cas, une forme de responsabilité civile fondée sur la déception des attentes créées.

À titre d'exemple, un assuré effectue une réclamation et l'assureur nie couverture pour divers motifs, mais ne mentionne pas dans sa lettre de refus d'indemnisation une exclusion prévue dans la Police¹⁸². Au procès, l'assureur invoque pour la première fois l'exclusion pourtant prévue dans la Police. Le tribunal rejette ce moyen de défense au motif qu'il n'a pas

176. *Couverture provinciale Talbot inc. c. Général Accident, compagnie d'assurances*, 2012 QCCA 1715 ; *Di Capua c. Barreau du Québec*, 2003 CanLII 13471 (Qc C.A.) ; *Affiliated F.M. Insurance Co. c. Appel Jewellery Manufacturing Ltd.*, 1990 CanLII 3157 (Qc C.A.) ; *Touchette c. Oppenheim*, préc., note 93 ; *Beauséjour c. Capitale (La), assureur de l'administration publique inc.*, 2012 QCCS 1494 ; notamment à l'égard de la validité du contrat : *Lagacé c. Excellence, Cie d'assurances*, 2004 CanLII 20616 (Qc C.Q.) ; Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance (terrestre) : lignes et entre-lignes*, t. 2, Sherbrooke, Éditions SEM, 1992, p. 373 ; D. LLUELLES, préc., note 16, n° 508, p. 344 ; Philippe PAGÉ, « L'irrémissible "Waiver" et le prix des sous-entendus », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit des assurances* (2005), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 3.

177. *Lépine c. Innovassur*, 2019 QCCQ 5473, par. 70 et 71.

178. Jean-François LAMOUREUX, « Dispositions générales applicables en droit des assurances », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Contrats nommés II*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, n° 51, à jour au 15 janvier 2020.

179. *Id.*, n°s 44 et suiv.

180. *Touchette c. Oppenheim*, préc., note 93 ; J.-Fr. LAMOUREUX, préc., note 178, n° 45.

181. J.-Fr. LAMOUREUX, préc., note 178, n° 45.

182. *Deguisse c. Montminy*, préc., note 25, par. 2177 ; *Ezefflow inc. c. Lombard du Canada ltée*, 2006 QCCS 5276, inf. par *Lombard du Canada ltée c. Ezefflow inc.*, 2008 QCCA 1759 ; *Androustos v. Manolakos*, 2000 CanLII 19285 (Qc C.S.) ; *Tembec Industries Inc. c. AIG Commercial Insurance Company of Canada*, préc., note 121.

été dénoncé suffisamment tôt et qu'il prend l'assuré par surprise. Ainsi, le défaut de l'assureur de *rappeler* à l'assuré l'existence de la clause d'exclusion — pourtant écrite dans la Police¹⁸³ — dans sa lettre de refus d'indemnisation place par conséquent le sinistre, initialement non couvert par le contrat d'assurance, sous le spectre de la couverture, ce qui transforme ainsi l'étendue des obligations de l'assureur, d'où l'expression «désécrire une police». Conséquemment, ce qui ne faisait initialement pas partie de l'entente contractuelle est ramené dans le giron du contrat¹⁸⁴. Le silence de l'assureur, à l'étape de l'exécution du contrat, élargit dès lors la portée de la couverture¹⁸⁵.

Cet exemple permet de constater que l'intention commune qui règne au moment de la formation du contrat ne détermine pas nécessairement les obligations des contractants. La condamnation de l'assureur à payer l'assuré dans de telles circonstances découle-t-elle véritablement du contrat d'assurance ou trouve-t-elle sa source ailleurs ? La question est importante car, dans le premier cas, le paiement effectué par l'assureur fait l'objet d'une subrogation légale, tandis que dans le second, non¹⁸⁶. Faut-il le rappeler, dans ce scénario, le sinistre n'était initialement pas couvert lors de la formation du contrat. L'obligation n'est donc pas contractuelle, puisque l'assureur a clairement manifesté dans la Police son intention de ne pas couvrir ce type de sinistre, et l'exclusion ne diverge pas de la Proposition. De même, ce n'est pas une obligation légale ni un quasi-contrat prévu

183. Nous sommes devant une autre illustration démontrant que l'assuré n'a pas à lire sa Police.

184. À ce sujet, comparer les opinions des juges Robert et Beauregard dans l'affaire *Lombard du Canada ltée c. Ezefflow inc.*, préc., note 182, par. 62 : «Par conséquent, je suis d'accord avec la juge de première instance lorsqu'elle écrit que Lombard est forclosée de soulever l'exclusion 2K) ne l'ayant pas évoquée dans son avis de refus d'indemnisation ni dans sa défense, mais en me basant sur un principe juridique autre que l'estoppel, à savoir la renonciation tacite.» Voir aussi le paragraphe 86 :

Il serait extraordinaire que, pour ne pas avoir invoqué une clause d'exclusion plutôt qu'une autre, l'avocat de l'assureur ait fait en sorte que la police d'assurance responsabilité générale soit magiquement convertie en une police garantissant l'assuré contre les défauts de ses produits. Un tribunal ne peut quand même pas condamner un assureur lorsque, à la lecture de la police, il constate que le sinistre n'est pas garanti.

185. *Jamieson c. HB Group Insurance Management Ltd.*, 1999 CanLII 12086 (Qc C.S.), par. 34 : «La théorie de l'estoppel ou de la renonciation implicite ou explicite (*doctrines of implied waiver and estoppel*) existe en droit des assurances. Elle signifie que l'action ou la conduite d'un assureur, après un événement, peut entraîner l'obligation de couvrir un événement autrement exclus par les termes du contrat d'assurance.»

186. Art. 2474 C.c.Q. : «L'assureur est subrogé dans les droits de l'assuré contre l'auteur du préjudice, jusqu'à concurrence des *indemnités* qu'il a payées» (l'italique est de nous).

par le Code civil (enrichissement injustifié, réception de l'indu, gestion d'affaires ou mandat apparent). Il reste donc trois possibilités :

- 1) l'obligation est de nature extracontractuelle, ce qui implique alors une faute de la part de l'assureur ;
- 2) il s'agit, au contraire, d'une forme de responsabilité civile atténuée fondée sur la déception des attentes créées ;
- 3) l'équité est source d'obligation. Si l'équité n'est pas reconnue formellement à titre de source autonome d'obligation (elle l'est incidemment par l'entremise des quasi-contrats prévus dans le Code civil), elle semble parfois l'être.

Tel est le cas lorsque la fin de non-recevoir opposée à l'assureur repose en quelque sorte sur l'adage québécois selon lequel *ce qui est bon pour pitou l'est aussi pour minou*. En effet, dans deux décisions la juge Céline Gervais écrivait ceci : « Au surplus, l'article 1426 C.c.Q. indique que parmi les éléments à considérer pour interpréter un contrat se trouve l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée. Or, il est difficile de ne pas considérer qu'à au moins cinq reprises, l'assureur a accepté d'indemniser des assurés se trouvant dans une situation similaire à celle de [l'assuré]¹⁸⁷. »

Cet extrait est intéressant pour trois raisons. Premièrement, la détermination de la couverture basée sur l'indemnisation accordée aux autres assurés pourrait peut-être s'expliquer par le concept de mutualité, lequel est la plupart du temps opposé à l'assuré en raison d'un manquement à la déclaration initiale de risque ou à la déclaration d'une aggravation de risque. Deuxièmement, l'article 1426 du Code civil, fondé sur le modèle de la fusion contractuelle, s'intéresse normalement à l'interprétation que les parties ont déjà donnée à leur *propre* contrat (*acta exteriora indicant interiora secreta*) et non à la manière dont d'autres contractants ont interprété précédemment *un* contrat similaire¹⁸⁸. Ce raisonnement—qui tend à se généraliser en matière de contrat standardisé—remet en doute l'effet dit « relatif » des conventions¹⁸⁹. Troisièmement, l'application universelle de la

187. *Derepentigny c. Intact, compagnie d'assurances*, préc., note 51, par. 30 ; *Faubert c. Intact, compagnie d'assurances*, préc., note 51, par. 39.

188. V. CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, préc., note 111, p. 159-162.

189. Voir notamment l'affaire *Marois c. Compagnie d'assurances ING du Canada*, préc., note 51, où l'assureur est tenu d'indemniser l'assuré en dépit d'une exclusion de couverture contenue dans la police, car il a déjà indemnisé d'autres assurés (dont le voisin de l'assuré) pour des dommages similaires causés par l'eau ; V. CARON, « Les deux solitudes de l'assurance voyage : cap vers une nouvelle théorie interprétative », préc., note 12 ; V. CARON, « Interpréter un contrat sans rechercher l'intention commune des

Police porte à croire que l'assurance ressemble davantage à un produit qu'à un véritable échange de volontés. L'interprète paraît vraisemblablement plus préoccupé par le fait que le même produit d'assurance doit générer des effets identiques pour tous plutôt que de chercher à établir la commune intention pouvant lier l'assureur et l'assuré.

4.2 L'interprétation du texte de la Police qui devient une question de droit

Longtemps, la détermination de l'intention commune des contractants a été assimilée à une question de fait en droit civil, tandis que l'interprétation du contrat en common law était considérée comme une question de droit. Dans un désir d'harmonisation, la Cour suprême, dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*¹⁹⁰, a coupé la poire en deux : à ses yeux, c'est une question mixte de fait et de droit dans les deux systèmes juridiques. Cette cour a franchi un pas additionnel à l'égard de l'interprétation du contrat d'assurance qu'elle qualifie maintenant de question de droit : « Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit¹⁹¹. »

Si cette solution peut paraître logique quant à la réalité des produits d'assurance mis sur le marché au Canada, elle plante toutefois le dernier clou dans le cercueil de l'intention commune des parties, lesquelles étant dès lors tout simplement aliénées de l'exercice interprétatif. Si leurs témoignages ne sont pas pertinents, les contractants sont alors des accessoires au processus judiciaire. La Cour suprême poursuivait récemment dans la même veine dans l'arrêt *Sabeen c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.* lorsqu'elle a affirmé à plusieurs occasions que, « [p]our interpréter une police d'assurance type, la Cour doit examiner le sens ordinaire du contrat, tel qu'il serait compris par un assuré ordinaire¹⁹² ». Une fois de plus, la mesure de l'interprétation ne se réfère aucunement à l'intention de l'assuré

parties ? Illustration à l'aide de l'assurance automobile », préc., note 12 ; V. CARON, « L'interprétation du contrat d'assurance de responsabilité professionnelle : de l'intention commune à la protection du public », préc., note 12.

190. *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, [2014] 2 R.C.S. 633, 2014 CSC 53.

191. *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, préc., note 101, par. 46.

192. *Sabeen c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, préc., note 95, par. 37 ; voir aussi l'affaire *Hirsch c. Sun Life du Canada*, préc., note 35.

lors de la Proposition ni à celle de l'assureur exprimée dans la Police. Elle se fait plutôt à la lumière d'un tiers hypothétique : l'assuré ordinaire.

L'évacuation de la question de fait n'est pas un phénomène nouveau puisque, il y a près de 20 ans, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Canadian Pacific Ltd. c. American Home Assurance Co.*¹⁹³, qualifiait de règles de droit l'interprétation donnée à certaines clauses des Polices par les tribunaux :

La clause d'exclusion fondée sur l'erreur de conception (*faulty design*) a fait l'objet d'un examen judiciaire attentif par les tribunaux de Common Law et par les tribunaux civils québécois. *Il se dégage de ces règles de droit des principes d'interprétation* communs qui – même s'ils émanent de la jurisprudence de Common Law – s'harmonisent avec l'économie générale du droit civil québécois¹⁹⁴.

Certains s'interrogeront sans doute sur la manière dont le contrat d'assurance doit être interprété s'il n'est plus question de chercher l'intention commune des contractants présidant à la formation dudit contrat. Les tribunaux ont trouvé depuis longtemps la réponse à cette question : « lorsqu'un tribunal se prête à un exercice d'interprétation de contrat, il doit notamment pencher vers l'interprétation la plus raisonnable et la plus compatible avec la réalité commerciale¹⁹⁵ ». Contrairement à la théorie classique, les tribunaux ne sont plus de nos jours dans une logique de vérité (recherche de l'intention commune), mais bien dans une logique d'adhésion (recherche d'une solution raisonnable pouvant susciter un consensus) lorsqu'ils interprètent une police d'assurance. Alors que la doctrine a pour rôle de faire évoluer le droit, elle accuse un retard quelque peu embarrassant, voire gênant, en matière d'interprétation contractuelle. Nous croyons qu'il y a lieu d'accélérer la réflexion en ce domaine, car les tribunaux sont parfois dans une réelle impossibilité d'identifier l'intention commune des contractants : ainsi en est-il lorsque les parties n'ont produit aucune preuve à ce sujet¹⁹⁶ ou lorsque les règles de procédure ne permettent pas d'entendre une telle preuve (à l'occasion d'une demande de type Wellington par exemple). Plus encore, certains arrêts vont même jusqu'à rejeter l'intention commune des contractants afin d'appliquer la couverture d'assurance.

4.3 Le rejet de l'intention commune

Contrairement à ce qu'affirme la doctrine, depuis près de 20 ans, les tribunaux évitent de parler d'intention commune lorsqu'ils interprètent

193. *Canadian Pacific Ltd. c. American Home Assurance Co.*, préc., note 138.

194. *Id.*, par. 53 (l'italique est de nous).

195. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'assurances Commerce & Industry du Canada*, préc., note 120, par. 120.

196. *Aldo Group Inc. c. Chubb Insurance Company of Canada*, 2016 QCCA 554, par. 78.

le contrat d'assurance. Certes, dans leur énumération superfétatoire des critères devant présider l'interprétation du contrat d'assurance, ils mentionnent la nécessité de chercher la commune intention des contractants. C'est en réalité un leitmotiv puisque le processus interprétatif qui suit est à mille lieues de ces enseignements. Cela dit, une étape additionnelle a cependant été franchie dans deux arrêts importants, le premier datant de 1990, le second, de 2009. Tout d'abord, dans l'arrêt *Katsikonouris*, la Cour suprême refuse de s'occuper du contexte dans lequel s'est effectuée la déclaration initiale de risque, de sorte que les fausses déclarations du preneur sont inopposables au créancier hypothécaire, autre assuré au contrat. Dans cette affaire opposant le créancier hypothécaire à l'assureur, ce dernier soutenait que la clause hypothécaire employant la formule type du Bureau d'assurance du Canada (BAC) insérée dans la Police ne pouvait pas avoir pour effet de protéger le créancier hypothécaire contre les fausses déclarations de son propre mandataire. Faisant fi des règles élémentaires du mandat, la majorité de la Cour suprême — composée de juges venant d'une province de common law — a donné raison au créancier hypothécaire au motif que la clause hypothécaire type « témoigne de l'existence d'un contrat indépendant entre l'assureur et le créancier hypothécaire¹⁹⁷ ». Il demeure que le contrat aurait normalement dû être annulé puisque le consentement de l'assureur avait été vicié par les fausses déclarations de l'assuré. Pourtant, l'assureur a été tenu d'indemniser l'assuré (créancier hypothécaire) en vertu d'un contrat d'assurance maintenu artificiellement en vie aux dépens des règles du Code civil au sujet du mandat¹⁹⁸.

L'influence de la common law est également bien présente dans l'arrêt *Optimum, société d'assurances inc. c. Plomberie Raymond Lemelin inc.*¹⁹⁹ de la Cour d'appel du Québec. Dans cette affaire, l'assuré et l'assureur témoignent unanimement qu'ils ne souhaitent pas faire bénéficier les sous-entrepreneurs de la couverture d'assurance, ce à quoi la Cour d'appel répond que « l'intention n'est pas un guide fiable pour interpréter un contrat dont les termes et la nature font en sorte de couvrir un assuré innommé²⁰⁰ ». Ainsi, même en présence de témoignages concordants de l'assuré et de l'assureur au sujet de leur intention commune, ni la Police ni la Proposition n'a préséance : le contrat unissant l'assuré et l'assureur

197. Arrêt *Katsikonouris*, préc., note 95.

198. À ce sujet, voir la critique des professeurs Didier LLUELLES et Sébastien LANCTÔT, *Droit des assurances. Décisions commentées et textes normatifs*, 6^e éd., Montréal, Thémis, 2013, p. 216 et 217.

199. *Optimum, société d'assurances inc. c. Plomberie Raymond Lemelin inc.*, préc., note 137.

200. *Id.*, par. 47.

est plutôt interprété en fonction de l'intérêt des tiers plutôt qu'en tenant compte de leur intention commune²⁰¹.

Conclusion

Comme nous venons de le démontrer, la volonté de l'assuré exprimée dans la Proposition et celle de l'assureur consignée dans la Police ne se rencontrent jamais réellement. Tout au plus pouvons-nous parler de rapprochement—et non de rencontre—des deux volontés. La juxtaposition d'intérêts semble suffisante pour conférer à l'assurance la qualification de contrat. Pourtant, s'il y a contrat, c'est bien en apparence, car la Proposition et la Police entretiennent des rapports tumultueux où la Proposition a préséance sur la Police, et vice versa au gré des circonstances. Au surplus, l'assurance perd définitivement ses attributs de « contrat » lorsque les solutions dégagées par les tribunaux ne trouvent tout simplement pas de fondement dans le contrat d'assurance. Ces solutions errent en quelque sorte dans les limbes de la solitude contractuelle. Il va sans dire que nos constats soulèvent plus de questions qu'ils n'apportent de réponses. Qu'à cela ne tienne, il est primordial de se pencher sur ces questions, si l'on veut un jour proposer des solutions satisfaisantes à cette réalité, plutôt que de se limiter *ad vomitum*²⁰² au mythe de la volonté. Y a-t-il lieu de désigner sous le vocable de « contrat » un lien de droit entre deux acteurs en l'absence d'intention commune, au moment tant de la formation que de l'exécution de l'obligation ? Certes, le législateur considère le dépôt nécessaire et le mandat apparent comme des contrats, alors qu'ils sont davantage des quasi-contrats, mais n'est-ce pas le rôle de la doctrine de sortir de ces embarrassantes fictions ? L'aspect qui distingue le contrat des autres sources d'obligation n'est-il pas le rôle central joué par la volonté dans la naissance et la détermination du contenu obligationnel²⁰³ ? Si tel n'est pas le cas de l'assurance, peut-être serait-il temps de réfléchir sérieusement quant à sa véritable nature. *A priori*, deux options sont envisageables : soit l'assurance est assimilée à un bien immatériel, soit elle constitue une nouvelle forme de relation juridique. Autant d'avenues qui demeurent à exploiter.

201. Un phénomène similaire est également observable en matière d'assurance automobile et d'assurance responsabilité professionnelle où les tribunaux tiennent compte de la protection du public dans la détermination des obligations respectives des parties : V. CARON, « Interpréter un contrat sans rechercher l'intention commune des parties ? Illustration à l'aide de l'assurance automobile », préc., note 12 ; V. CARON, « L'interprétation du contrat d'assurance de responsabilité professionnelle : de l'intention commune à la protection du public », préc., note 12.

202. Nous reprenons ici l'expression de la Cour supérieure dans l'affaire *M. F. c. S. O.*, 2004 CanLII 49612 (Qc C.S.).

203. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 48, p. 31.