

L'aggravation du risque en assurance de responsabilité professionnelle ou mieux vaut prévenir que guérir

Denis Borgia

Volume 57, numéro 2, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1104698ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1104698ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (imprimé)

2817-3465 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Borgia, D. (1989). L'aggravation du risque en assurance de responsabilité professionnelle ou mieux vaut prévenir que guérir. *Assurances*, 57(2), 195–206. <https://doi.org/10.7202/1104698ar>

Résumé de l'article

Mr. Denis Borgia, one of our collaborators, looks at aggravation in risks from a totally new angle: the problems involved, the consequences and the possible solutions as regards the aggravation in professional liability risks. Such a reflection is very interesting both for the insurer and the insured and the solutions offered, though avant-garde, may be taken from real life and from the practice of insurance.

L'aggravation du risque en assurance de responsabilité professionnelle ou mieux vaut prévenir que guérir

par

Denis Borgia⁽¹⁾

195

Mr. Denis Borgia, one of our collaborators, looks at aggravation in risks from a totally new angle : the problems involved, the consequences and the possible solutions as regards the aggravation in professional liability risks. Such a reflection is very interesting both for the insurer and the insured and the solutions offered, though avant-garde, may be taken from real life and from the practice of insurance.



1.0 Situation du problème

« Des trois éléments de l'assurance – risque, prime, sinistre – le risque est le plus fondamental et détermine les deux autres car le calcul de la prime, comme la réalisation du sinistre sont fonction du risque assuré. »⁽²⁾

On retrouve en général, en matière de police d'assurance de responsabilité professionnelle, six éléments essentiels qui peuvent se détailler comme suit :

– la proposition⁽³⁾ ;

(1) M^c Denis Borgia est membre de l'étude Duquette, Romanowski de Montréal.

(2) Yvonne Lambert Faivre, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 1985, 5^e édition, p. 136, n^o 125.

(3) Par une combinaison des articles 2476 à 2478 du *Code civil*, on peut considérer que la proposition fait partie intégrante du contrat d'assurance ; au surplus, règle générale, le texte de la police d'assurance énonce toujours que les conditions et affirmations faites dans le cadre de la proposition font partie intégrante de la police et que celle-ci est délivrée sur la foi de ces conditions et représentations.

(3) Par une combinaison des articles 2476 à 2478 du *Code civil*, on peut considérer que la proposition fait partie intégrante du contrat d'assurance ; au surplus, règle générale, le texte de la police d'assurance énonce toujours que les conditions et affirmations faites dans le cadre de la proposition font partie intégrante de la police et que celle-ci est délivrée sur la foi de ces conditions et représentations.

- la description du risque assuré ;
- l'identification des parties impliquées à la police ;
- la durée de la police ;
- les limites de couverture ;
- la prime exigée.

196 Toujours de façon générale, en assurance de responsabilité professionnelle, le risque contre lequel on veut se prémunir – la survenance d'un événement futur et incertain – est une erreur dans le cadre des activités professionnelles visées – pouvant entraîner une perte pour le client du professionnel couvert.

S'agissant là de l'élément clef du contrat d'assurance de responsabilité professionnelle, l'étendue et la nature de ce risque doivent être le plus complètement et le plus précisément possible circonscrits par le texte du contrat. Une définition généralement acceptée et très largement usitée dans le texte des polices se lit ainsi :

« L'assureur s'engage à payer, pour et à l'acquit de l'assuré, toute somme que ce dernier pourra être tenu de payer à titre de dommages en conséquence d'une erreur ou omission de l'assuré, ou d'une personne pour les erreurs de laquelle il peut être tenu responsable, commise dans le cadre des services professionnels exercés par l'assuré à titre de membre du corps professionnel mentionné dans les conditions particulières. »

À la lecture d'une définition aussi générique, le professionnel sera nécessairement en droit de s'attendre à être couvert en cas de faute ou d'omission fautive, quel que soit le geste professionnel posé, bien entendu sous la seule réserve que ce geste puisse être posé par la catégorie de professionnels dont fait partie l'assuré visé.

Or les professionnels, de nos jours, sont appelés à se spécialiser de plus en plus dans différents domaines de pratique, quelle que soit la profession dont il s'agit. Ceci étant, nous soumettons qu'il est curieux et pour le moins dangereux, au niveau du rapport proportionnel entre les primes reçues et la mutualité des risques encourus, de conserver dans les polices d'assurance de responsabilité professionnelle de pareilles descriptions génériques du risque.

Le présent texte a pour but de soumettre quelques propositions d'ordre pratique aux différents intervenants qui oeuvrent en assurance de responsabilité professionnelle.

2.0 La déclaration du risque et la proposition en matière d'assurance de responsabilité professionnelle

L'article 2485 du *Code civil* stipule que :

« Le preneur, de même que l'assuré si l'assureur le demande, est tenu de déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter. »

197

S'il est fréquent d'obtenir une proposition en matière d'assurance de responsabilité professionnelle où les activités du proposant sont détaillées et énumérées, permettant ainsi à l'assureur de se faire une idée du type de pratique des professionnels qui requièrent une couverture, oh ! combien il est curieux de constater que la prime ne sera pas nécessairement établie en fonction de ces informations.

Imaginons ainsi l'exemple suivant.

Un cabinet d'ingénieurs requiert une couverture d'assurance de responsabilité avec, comme définition du risque couvert, le libellé général que nous avons reproduit dans le paragraphe précédent.

Suivant la proposition qui est fournie, l'assureur est à même de constater que ce cabinet d'ingénieurs, de taille moyenne, oeuvre particulièrement et sinon presque exclusivement dans le domaine des bâtiments et structures diverses.

De la même façon, l'assureur est appelé à constater, ce qui n'est pas sans intérêt, que la plupart des ouvrages réalisés par les proposants ne dépassent pas en valeur x milliers de dollars ; en d'autres mots, à première vue, le quantum éventuel d'une réclamation devrait se situer aux alentours, à titre maximum, des sommes révélées par la proposition.

Les ingénieurs proposants, quoique conscients eux aussi que la plupart de leurs ouvrages ne dépassent pas une certaine barrière monétaire, désirent une couverture substantiellement plus élevée quant à la limite de garantie prévue. Ajoutons, toujours pour les fins de notre hypothèse, que les ingénieurs dont il s'agit ne sont pas forcés de

traiter avec l'assureur sollicité ; le marché est en position de concurrence et ils pourraient solliciter le produit ailleurs.

Conscient tout aussi bien de ce dernier fait, l'assureur sollicité en ligne de tir fixera une prime très compétitive.

La police est renouvelée pendant quelques années. Pendant ces périodes de renouvellement, notre cabinet d'ingénieurs se met tout à coup, et de plus en plus fréquemment, à obtenir des mandats spéciaux pour des ouvrages autres que de structure et pouvant atteindre un coût nettement plus important que la moyenne révélée au début des relations entre les professionnels et l'assureur ayant émis la police et ses renouvellements.

198

Tout au cours des renouvellements pertinents, aucune question n'est posée aux assurés à ce sujet et ceux-ci, ne voyant rien de répréhensible au fait que leur entreprise prenne de l'expansion et fonctionne à son mieux, n'avisent pas l'assureur de la substantielle augmentation de la moyenne de valeur des ouvrages auxquels ils sont appelés à travailler, non plus qu'il s'agit en quelque sorte d'un nouveau champ de pratique pour eux. Non seulement l'expansion de leur entreprise leur fait-elle plaisir, mais ils avaient eu la présence d'esprit, dès l'émission du premier contrat, de demander une limite de garantie encore suffisante pour couvrir leur responsabilité éventuelle.

Dans le cours de cette relation contractuelle fructueuse entre les professionnels concernés et l'assureur, aucune réclamation n'ayant été adressée aux assurés depuis la police originale, la prime ne fut jamais augmentée (le marché étant demeuré encore par trop concurrentiel pour se permettre de perdre si bons clients).

Toujours chemin faisant, et pour colorer d'autant plus notre petite hypothèse, imaginons maintenant qu'une réclamation assez substantielle est tout à coup adressée aux assurés ; cette réclamation découle d'une erreur commise dans le cadre d'un de ces « mandats spéciaux » qui avaient élargi les champs de pratique de l'étude.

L'avis de sinistre est immédiatement transmis à l'assureur par les assurés. Suivent de multiples mises en demeure et de non moins nombreuses procédures qui sont toutes, avec la même célérité, transmises sans délai à l'assureur.

Question :

Y a-t-il eu, en l'espèce, aggravation de risque et, pire encore, l'assureur aurait-il accepté de maintenir sa couverture s'il eût été mis au courant des modifications apportées dans le travail quotidien des ingénieurs assurés ?

3.0 Quelques considérants d'ordre juridique

L'article 2566 du *Code civil* :

« L'assuré doit communiquer promptement à l'assureur les aggravations de risque spécifiées au contrat, ainsi que celles résultant de ses faits et gestes et qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement du taux de prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance.

199

« L'assureur peut alors résilier le contrat selon l'article 2567 ou proposer par écrit un nouveau taux de prime que l'assuré doit accepter et acquitter dans les trente jours de sa réception sans quoi la police cesse d'être en vigueur.

« L'assureur est réputé avoir acquiescé au changement qui lui a été ainsi communiqué s'il continue à accepter les primes ou s'il paye une indemnité après sinistre.

« Après défaut par l'assuré de remplir son obligation en vertu du premier alinéa, l'article 2488 s'applique *mutatis mutandis*. »

L'article 2488, auquel il est référé dans le dernier alinéa de l'article 2566, expose quant à lui que :

« En assurance de dommages, à moins que la mauvaise foi du proposant ne soit établie, l'assureur *est garant du risque dans le rapport de la prime reçue à celle qu'il aurait dû recevoir, sauf s'il est établi qu'il n'aurait pas accepté le risque s'il avait connu les circonstances en cause.* » (Notre soulignement)

Le contrat d'assurance est un contrat à exécution successive, c'est-à-dire pour lequel les obligations des différentes parties s'échelonnent dans le temps. Au cours de cette exécution du contrat, les circonstances qui ont présidé à sa conclusion peuvent varier et, notamment, l'intensité du risque peut augmenter.

C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu à l'article 2566 du *Code civil* que l'assuré devait dénoncer toute aggravation du

risque, que nous traduisons par l'augmentation de l'*intensité* du risque⁽⁴⁾.

Dans l'exemple qui nous occupe, on se rappelle que la police a été délivrée et le contrat d'assurance conclu sur la foi des représentations faites dans la proposition d'assurance transmise par les ingénieurs concernés. Bien qu'aucune question n'ait été posée au cours des différents renouvellements de contrat quant aux éventuels changements dans la situation des assurés, il n'en demeure pas moins que ceux-ci étaient tenus de déclarer toute aggravation de risque.

200 En recevant la réclamation, et à la lumière des faits nouveaux (découverts en cours d'enquête) quant aux opérations des assurés, il peut très bien arriver que l'assureur se rende compte avoir exigé une prime nettement trop basse ; en d'autres mots, en constatant après sinistre la situation actuelle des assurés, l'assureur peut très bien conclure qu'il eût exigé une prime nettement supérieure à celle qu'il a reçue s'il avait connu les changements survenus dans les opérations professionnelles des assurés.

En ces circonstances, abstraction faite de tous arguments juridiques qu'il serait trop long d'élaborer, l'assureur pourrait être tenté d'utiliser l'article 2488 pour exiger de ne couvrir qu'au prorata de la prime reçue à l'égard de celle qu'il eût dû recevoir.

Encore une fois, comme notre propos n'était pas de figoler un papier juridique en exposant en long et en large les différents arguments qui pourraient être soulevés d'un côté comme de l'autre, contentons-nous de résumer quelques-unes des barrières très sérieuses qu'aurait alors à franchir l'assureur pour soutenir pareille position.

Le premier et le plus sérieux de ces obstacles, selon nous, réside dans le libellé fort général du risque couvert par la police sur lequel nous avons déjà insisté. Ce libellé ne laisse place à aucune distinction selon que les activités de nos ingénieurs les exposent de façon générale à des pertes plus ou moins lourdes ; il ne distingue pas non plus suivant que l'assuré se soit trompé dans l'exercice de sa compétence reconnue (dévoilée par la proposition) ou dans l'exercice d'autres tâches ; il s'agit bien plus, en pareil cas, d'une question de limite de garantie que de circonspection du risque. En d'autres mots, la garantie

(4) Yvonne Lambert Faivre, Précité, p. 141, n° 134 ; Didier Lluellas, *Droit des assurances, Aspects contractuels*, Montréal, 1984, Éditions Thémis, pp. 189 et 190.

est-elle suffisante en vertu de la police, il faudra certes présumer que l'assureur ne voulait pas, à la lumière de la définition du risque dans la police, obtenir autre chose que la prime qu'il a demandée.

En outre, la position de l'assureur dans les circonstances étudiées reviendrait aussi à vouloir limiter la garantie alors qu'aucune clause spécifique dans le contrat ne permet vraiment de la limiter ; bien au contraire, la définition du risque très extensive sur laquelle nous avons déjà insisté serait sans nul doute, et comme la loi l'impose, interprétée en faveur de l'assuré.

Aussi bien et toujours est-il, encore une fois, que l'assureur peut cependant très bien s'être trompé et être dans la position où il devra payer pour un sinistre dans des circonstances où il n'a pas reçu la juste part qui lui revenait, à savoir une prime correspondant au risque réellement encouru. Que pareille situation se répète à quelques reprises et c'est le jeu même de la répartition des risques sur la mutualité qui s'en trouve faussé.

201

À ce stade, résumons-nous ;

A. La prime est l'élément essentiel puisque c'est elle qui permet de répartir, par un jeu statistique, sur la tête de tous les assurés la réclamation que recevra éventuellement l'un d'entre eux.

B. Pour que ce « jeu mathématique » ne soit pas faussé, les risques souscrits doivent être « mesurés » et la prime fixée en proportion.

C. Vu les délais entre la souscription et les résultats réels (par rapport à ceux projetés), il est essentiel de s'assurer que la prime, lors de renouvellements ou en cours de police, continue de refléter adéquatement le risque accepté.

D. Les deux seules façons de corriger *après sinistre* une importante disproportion entre résultats escomptés et résultats obtenus sont :

- argumenter en cas par cas qu'il y a eu aggravation de risque et prétendre ne couvrir qu'en proportion de la prime reçue à celle qui aurait été exigible ;
- augmenter les primes pour les renouvellements et nouvelles affaires.

Étant donné les sérieux obstacles qui se soulèvent à l'encontre d'une réduction proportionnelle des engagements de l'assureur après sinistre⁽⁵⁾, cette solution n'est pas recommandable. Quant à l'augmentation des primes, c'est encore bien plus une panacée qu'une solution, compte tenu de son impact sur la clientèle et le marché. Nous estimons en conséquence qu'une attitude préventive serait plutôt de mise. Il y aurait lieu, selon nous, d'obvier à ces difficultés par quelques ajouts au contrat ; autrement dit, quelques mots pour éviter de bien grands maux.

202 4.0 Quelques solutions proposées

Comme nous l'avons déjà souligné, les professionnels sont de plus en plus appelés à se spécialiser et cette réalité du marché des assurés devrait inciter les assureurs à ajuster les primes en conséquence. La définition très extensive du risque traité dans la plupart des polices d'assurance de responsabilité professionnelle dont nous avons discuté entraîne qu'un spécialiste, ne pratiquant que dans un domaine très précis, quoique autorisé à poser d'autres gestes professionnels qu'il n'a peut-être même jamais posés depuis son admission à la corporation professionnelle concernée, serait tout de même couvert s'il devait poser un tel geste de façon isolée.

Plusieurs des corporations professionnelles au Québec ne permettent même pas cet état de fait en exigeant qu'un membre refuse un mandat s'il n'a pas les compétences requises, quoique légalement autorisé, pour exécuter le mandat dont il s'agit. En notre esprit, de telles limitations posées par les corporations professionnelles sont une reconnaissance *du milieu même* visé par les assureurs dans ce type de marché à l'effet que tous ne sont pas habilités à poser quelques gestes que ce soit, quoique légalement autorisés par ailleurs à le faire, en théorie.

Une politique de tarification des primes qui tiendrait compte de pareilles réalités devrait normalement entraîner que l'assuré ne sera couvert que dans les champs de compétence qui sont réellement les siens, c'est-à-dire ceux dans lesquels il pratique réellement et qui se

⁽⁵⁾ Outre ceux déjà brièvement soulignés, il n'est pas certain que la réduction proportionnelle selon l'art. 2488 C.c. soit efficace ; voir : *Savage c. Société d'assurance des Caisses Populaires*, [1980] C.S. 629 ; on y décide que la règle proportionnelle s'applique à la limite de garantie plutôt qu'à l'indemnité.

reflètent par les réponses données aux questions posées à cette fin dans la proposition initiale.

Ainsi, à la suite de la définition très extensive du risque sur laquelle nous avons déjà insisté, on pourrait retrouver une spécification se lisant comme suit :

« Il est précisé que cette garantie se limite aux fautes ou omissions commises par l'assuré dans l'exercice de l'un des champs de pratique déclarés à la proposition, auxquels l'assuré, lors des deux dernières années, a consacré au moins 20% de sa pratique. »

Cela suppose en conséquence que des questions appropriées dans la proposition invitent l'assuré à détailler les champs de pratique qu'il a privilégiés.

203

Bien entendu, certains paramètres de cet ajout à la police, entre autres le pourcentage exigé et le nombre d'années exigées, pourraient varier selon ce que révéleraient les projections actuarielles pertinentes.

De façon tout aussi évidente, ces limitations n'empêcheraient aucunement les assureurs actifs dans le marché de la responsabilité professionnelle d'émettre des avenants suivant les besoins que pourront manifester les assurés selon l'évolution de leur entreprise. À la rigueur, ces avenants n'entraîneraient probablement pas une prime très élevée et, suivant les relations existantes entre l'assureur et l'assuré, pourraient même être émis, à la limite, sans prime additionnelle.

Ce qui est clair, c'est qu'un assuré voulant étendre ses opérations à un ou des nouveaux champs de pratique devrait nécessairement aviser l'assureur s'il veut être couvert ; autrement, aucune protection ne serait applicable.

On le voit, l'avantage premier d'une suggestion comme celle énoncée plus haut résiderait dans la possibilité, pour l'assureur, de vérifier que la prime demeure proportionnelle au risque, vu l'obligation claire et sans équivoque imposée à l'assuré de dénoncer à l'assureur tout changement dans ses opérations qui, autrement et avec le libellé général que l'on retrouve dans les polices, ne devrait pas nécessairement être rapporté, quoiqu'il puisse grandement influencer le rapport entre les primes collectées et la mutualité des risques acceptés.

5.0 Conclusion

Particulièrement dans le domaine de l'assurance de responsabilité, dans le contexte d'un marché compétitif, la souscription effectuée par un assureur devrait nécessairement tenir compte des résultats démontrés par l'expérience passée ; en termes clairs, cela signifie surtout qu'il faut tenir compte de l'écart entre les résultats qui étaient escomptés au départ et ceux qui furent obtenus de fait⁽⁶⁾.

204 Dans le cours d'une pareille analyse, il peut être certainement intéressant de connaître les facteurs qui ont pu entraîner, de façon souvent étonnante, une différence substantielle entre les résultats obtenus et ceux qui étaient escomptés.

À n'en pas douter, la mauvaise évaluation d'un risque est certainement l'un des facteurs les plus importants à ce niveau. Aussi bien, il coule de source que si la prime requise en proportion des risques acceptés est mal évaluée au moment de la souscription, le jeu de la mutualité des risques est faussé dès le départ et il devient alors presque impossible de prévoir correctement les résultats qui ne se manifesteront dans les faits, la plupart du temps, que deux ans plus tard⁽⁷⁾.

Ne pas avoir ces éléments présents à l'esprit au moment d'établir une politique de souscription en matière d'assurance de responsabilité professionnelle peut entraîner un assureur dans le jeu de la « roulette russe ».

Malheureusement, l'expérience démontre que les assureurs souscrivant dans le domaine de l'assurance de responsabilité professionnelle font trop souvent abstraction de ces règles de prudence. Le marché étant appelé à se durcir éventuellement⁽⁸⁾, certaines habitudes de souscription devraient être revues, estimons-nous, dès maintenant.

Un autre avantage non négligeable des quelques suggestions apportées dans cette causerie a trait aux frais d'avocats générés par les réclamations déposées contre les assurés. Point n'est besoin d'être grand devin pour affirmer que ces frais ont augmenté au cours des

⁽⁶⁾ Richard E. Sherman, "Pricing decisions based on outdated information", *Business Insurance*, 1^{er} mai 1989, p. 21.

⁽⁷⁾ Richard E. Sherman, précité.

⁽⁸⁾ *Ibid.*

dernières années, entre autres en conséquence de l'article 2604 du *Code civil*, qui met à la charge de l'assureur tous les frais de défense.

Si cette disposition n'était pas impérative, il serait possible pour les assureurs, particulièrement en présence de clients très importants et sérieux, de laisser à leur charge les frais de défense advenant poursuites. Comme ce n'est pas le cas, encore une fois, l'assureur doit nécessairement prévoir qu'il aura à déboursier des sommes souvent très élevées pour assumer la défense des assurés tel que le lui impose la loi et, par voie de conséquence, la police d'assurance délivrée au client.

Or, avec des critères de souscription légèrement plus serrés, dans la mesure de ce que nous suggérons ici, nous croyons que les projections pourraient être plus justes non seulement au niveau des indemnités à payer, mais aussi au niveau des frais de défense à engager éventuellement.

205

Nous estimons aussi que ces quelques suggestions s'imposent d'autant dans la mesure où les autres solutions préventives qui pouvaient être envisagées pour stabiliser tant bien que mal le marché de l'assurance de responsabilité ont déjà été largement utilisées :

- augmentation de la franchise ;
- augmentation des primes, depuis quelques années, sans modifier les critères de souscription ;
- limites de couverture moins élevées ;
- non-rétroactivité des couvertures d'assurance.

En terminant, pour résumer notre propos, trois principaux critères, dont il est malheureusement trop souvent fait abstraction, devraient retenir l'attention des souscripteurs.

- Limiter la couverture aux champs de pratique traditionnellement exercés au sein de l'étude de professionnels requérant la couverture.
- Ajuster la prime à la hausse au cas où, selon le mode de fonctionnement et la pratique reconnue au sein du cabinet qui veut obtenir l'assurance requise, une large part du travail à être effectué le sera par des techniciens ou assistants quelconques.
- Quoique la couverture exigée soit suffisante, tenir compte dans l'établissement de la prime des sommes généralement

impliquées dans le cours des dossiers que seront appelés à traiter les professionnels qui requièrent la couverture.

Nous convenons d'autre part que les assureurs pourraient craindre de s'aliéner le marché des petites études où la pratique est très générale. Dans ce cas, la seule solution sera certes, en moindre mal, d'augmenter les primes et d'être vigilant à la souscription.

Certains ont déjà mis en application l'une ou l'autre de ces avenues. Ceux qui tarderaient trop à les envisager devraient se rappeler le vieux dicton :

206

« Celui qui se refuse à connaître le passé se condamne à le revivre. »