

L'obligation de divulgation et le risque moral en assurance de dommages*

Vincent CARON**

Résumé

La notion de risque moral est de plus en plus utilisée par les assureurs afin d'obtenir la nullité *ab initio* du contrat d'assurance en cas de réticence ou de non-divulgence de circonstances par l'assuré. Or, le recours à cette notion est inutile lorsque les circonstances non dévoilées sont réellement pertinentes au risque couvert par le contrat d'assurance. Ceci, parce que les tribunaux utilisent des critères plus objectifs que la simple moralité de l'assuré lorsque vient le temps de juger de la pertinence. De plus, il appert que ce concept est mal adapté au droit civil et que les litiges peuvent être résolus plus efficacement par l'utilisation d'institutions civilistes qui protègent tout autant les intérêts de l'assureur.

Abstract

The concept of moral hazard is increasingly used by insurers to obtain the nullity *ab initio* of the insurance contract in case of concealment or non-disclosure of facts by the insured. However, the use of this concept is useless when the facts are relevant to the risk covered by the insurance contract. This is because courts use more objective criteria than the simple morality of the insured when it comes time to judge the materiality. Moreover, it appears that this concept is ill-suited to civil law and that litigations can be solved more efficiently by using civilian institutions that protect equally the interests of the insurer.

* Cet article s'inspire d'un essai présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval, en vue de l'obtention du diplôme de maître en droit.

** Maître en droit de la Faculté de droit de l'Université Laval et doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Plan de l'article

Introduction	109
I. Le risque moral	109
A. Les différentes définitions proposées	110
1. La littérature économique.....	110
2. La doctrine juridique.....	113
a. La doctrine québécoise	114
b. La doctrine française.....	115
c. La doctrine de common law.....	117
3. Définition retenue par les tribunaux.....	118
B. Critique et proposition de définition.....	120
II. Circonstances subjectives composant le risque moral.....	125
A. Circonstances subjectives se constatant de façon objective.....	125
1. Les antécédents judiciaires	126
2. La situation financière de l'assuré.....	128
3. L'intérêt d'assurance	130
4. L'assurance multiple	131
B. Circonstances purement subjectives	133
1. Fréquentations de l'assuré.....	133
2. Personnalité de l'assuré	135
3. Activités de l'assuré.....	136
C. L'historique assurantiel de l'assuré.....	138

III. Conditions à satisfaire pour pouvoir plaider

le risque moral 141

A. La connaissance de l'assuré..... 141

B. L'impact du questionnaire 142

C. L'expertise au sujet de la pertinence..... 144

Conclusion 145

La déclaration initiale du risque constitue une grande partie du contentieux en droit des assurances. À de nombreuses occasions, les tribunaux ont dû juger si les circonstances non déclarées par l'assuré étaient pertinentes au risque et, par conséquent, de nature à empêcher la formation du contrat. Toutefois, il est de plus en plus fréquent de voir l'assureur plaider que s'il avait été informé de certaines circonstances, il n'aurait pas contracté puisque l'assuré représente un risque moral.

À la suite de ce constat, nous nous sommes penchés sur la question afin de comprendre ce qu'est exactement le risque moral. Dans cet essai, nous démontrerons qu'en matière de déclaration initiale du risque, la notion de risque moral n'est pas appropriée en droit civil pour deux raisons. Tout d'abord, les litiges peuvent être résolus efficacement sans avoir recours à cette notion et, deuxièmement, son utilisation peut mener à des résultats peu souhaitables.

Cet essai comporte trois parties. Dans la première, la notion de risque moral sera définie afin d'en dégager les différentes applications. Dans la deuxième partie, nous analyserons la déclaration initiale du risque afin de démontrer notre hypothèse. Nous terminerons avec la troisième partie, en étudiant certains critères que l'assureur doit, à l'heure actuelle, satisfaire pour pouvoir plaider que les circonstances non dévoilées font en sorte que l'assuré représente un risque moral empêchant la formation du contrat.

I. Le risque moral

Dans cette première partie consacrée à la définition des concepts, nous utiliserons les termes « risque moral ». Cependant dans la deuxième partie traitant de l'obligation de divulgation, nous utiliserons le concept de circonstance subjective afin de traiter du risque moral puisque nous croyons qu'il s'agit du vocabulaire le plus approprié au droit civil. En effet, les termes « risque moral » semblent être une traduction trop littérale du concept de *moral hazard* de la common law¹.

Tout comme la notion de risque, le risque moral est un concept difficile à saisir dans son intégralité et à définir de façon précise. En fait, sa définition varie grandement d'un auteur à l'autre et d'une discipline à l'autre. C'est pourquoi nous effectuerons une revue de la littérature afin de

¹ La littérature utilise parfois les termes « aléa de moralité ».

saisir toute la portée que peut avoir cette notion. Nous analyserons donc les différentes définitions proposées (A) pour ensuite les critiquer et proposer notre définition applicable au droit civil (B).

A. Les différentes définitions proposées

Notre revue de la littérature se concentre principalement sur les différentes définitions proposées par deux disciplines. Tout d'abord, nous effectuerons un survol de la littérature économique (1), pour ensuite étudier la conception du risque moral dans la doctrine juridique (2).

1. La littérature économique

La littérature économique sera étudiée en premier lieu afin de comprendre en quoi consiste le risque moral, et plus particulièrement, pour savoir de quoi il est composé et où il est susceptible de se manifester.

Le risque moral désigne deux réalités complémentaires². La première réside dans le désir de ne pas contracter avec des personnes possédant une moralité douteuse. C'est ce que nous appelons la facette *sélection* du risque moral. La *sélection* désigne l'effet de la personnalité de l'assuré sur les probabilités. Par exemple, le fait d'avoir été victime d'un incendie dans le passé peut témoigner du comportement négligent de l'assuré. Il peut s'agir des fréquentations de l'assuré ou de ses liens avec le crime organisé qui ont pour effet d'augmenter les probabilités de sinistre sur ses biens.

Dans une société hétérogène telle que nous la connaissons aujourd'hui, il est difficile d'établir ce qu'est une moralité douteuse. En effet, cette notion étant essentiellement subjective³, quelle est alors la moralité de référence? Comment faire pour déterminer que la moralité d'une personne est douteuse au point qu'elle succombera plus facilement à la tentation de frauder, l'empêchant ainsi de pouvoir s'assurer? Selon nous, la pertinence devrait s'évaluer en fonction de circonstances plus objectives telles que les gestes posés par l'assuré.

² Tom BAKER, «On the Genealogy of Moral Hazard», (1996) 75 *Texas L. Rev.* 237, 251: «moral hazard in the insurance context derives from the interrelated dynamics of character and temptation – the worse the insured's character, the less temptation needed to provoke her to cheat the insurance company, and the more likely she is to seek out a situation in which the temptation is present».

³ *Id.*, 292.

La deuxième réalité est reliée à l'existence même de l'assurance: il s'agit de la tentation que toute personne pourrait éprouver de frauder afin d'améliorer sa situation. Nous désignons cette réalité comme étant la facette *tentation*. Celle-ci a plusieurs applications. Tout d'abord, on la définit comme étant «l'effet de l'assurance sur les probabilités des événements aléatoires dû au changement de comportement des individus qui sont assurés comparativement à une situation de non-assurance»⁴. Il peut s'agir de la baisse des activités d'autoprotection de l'assuré face aux risques étant donné la difficulté pour l'assureur d'observer ces faits, ce qui a pour effet d'augmenter les probabilités de perte⁵. Ainsi, par son comportement, l'assuré fait en sorte que les événements ne sont plus purement aléatoires et il peut être difficile pour l'assureur de «discerner si l'événement, lorsqu'il se produit, est dû au hasard où à l'intervention de l'assuré»⁶. Dans ce cas, le risque moral peut être envisagé comme étant la réduction des motivations des individus à se protéger contre les pertes économiques une fois assurés⁷.

Les deux facettes du risque moral se situent à des étapes contractuelles différentes. En effet, celle de la *sélection* assimile le risque moral à la personne de l'assuré, plus particulièrement à son expérience, à sa moralité et à son vécu⁸. Le problème se situe alors au niveau de la *formation du contrat*; puisque l'assureur ne désire pas assurer un tel risque, il s'agit de déterminer si cela constitue une circonstance pertinente à déclarer⁹. La facette *tentation* assimile davantage le risque moral au comportement de la personne une fois assurée¹⁰. Celle-ci peut alors diminuer les mesures de protection face au risque¹¹. Un tel problème est susceptible de se produire lors de l'*exécution du contrat*¹².

⁴ Georges DIONNE, *Le risque moral et le furetage des consommateurs*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1980, sommaire.

⁵ *Id.*, p. 2, 38, 56 et 61.

⁶ *Id.*, p. 35.

⁷ *Id.*, p. 55; Steven SHAVELL, «On Moral Hazard and Insurance», dans George DIONNE et Scott E. HARRINGTON (dir.), *Foundations of Insurance Economics. Readings in Economics and Finance*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 280.

⁸ Le risque moral s'entend alors comme le passé et le présent de l'assuré.

⁹ La pertinence s'évalue en vertu de l'article 2408 C.c.Q.

¹⁰ Dans ce cas, il s'agit de morale hazard et non plus de moral hazard, voir: Carol A. HEIMER, *Reactive Risk and Rational Action.: Managing Moral Hazard in Insurance Contracts*, Berkeley, University of California Press, 1985, p. 29 et 30.

¹¹ Le risque moral s'intéresse alors au comportement futur de l'assuré.

¹² Dans ce cas, ce n'est plus l'art. 2408 C.c.Q. qui s'applique, mais davantage l'article 2466 C.c.Q. concernant l'aggravation du risque.

Un autre aspect de la facette *tentation*, s'apparentant à la fraude, consiste à changer la cause d'un sinistre non couvert afin de faire en sorte qu'il soit indemnisable en vertu du contrat. Ceci peut se rapprocher du faux sinistre, tel que la simulation du vol de l'automobile de l'assuré ou de la réclamation mensongère au sujet de la valeur ou de la quantité des biens assurés qui ont péri dans un sinistre¹³.

Le risque moral peut aussi être le fait pour l'assuré d'avoir des dépenses plus élevées lors de la réalisation d'un sinistre comparativement à une personne non assurée¹⁴. Cette situation est attribuable à l'asymétrie d'information entre les parties contractantes, puisque l'assuré est bien souvent le seul à détenir l'information pertinente¹⁵.

En somme, il y aura risque moral lorsque l'assuré trouve que sa situation serait meilleure après un sinistre¹⁶. Ainsi, en assurance incendie, on retrouve l'exemple classique de la personne possédant une moralité douteuse qui, sous la pression de ses créanciers, peut intentionnellement causer le sinistre afin de les rembourser¹⁷. Cet exemple illustre bien la dynamique entre les facettes *sélection* et *tentation*.

Tous ces exemples démontrent que le risque moral est une notion très complexe développée par les économistes afin de tenir compte d'éléments susceptibles de fausser le calcul du risque et afin d'étudier les effets de l'assurance sur le risque¹⁸.

Certains auteurs soulèvent d'ailleurs plusieurs interrogations quant aux moyens permettant d'identifier le risque moral¹⁹. De plus, les critères

¹³ Jean-Jacques LAFFONT, «Le risque comme donnée économique», dans François EWALD et Jean-Hervé LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Économica, 1998, p. 1493.

¹⁴ G. DIONNE, préc., note 4, p. 2, 38 et 56.

¹⁵ *Id.*, p. 8.

¹⁶ James L. ATHEARN, *Risk and Insurance*, St-Paul, West Publishing Co., 1977, p. 176.

¹⁷ William E. BOYD JR. et Cameron S. TOOLE, *Question and Answer on Insurance*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall inc., 1955, p. 88.

¹⁸ Louis BUJOLD, Georges DIONNE et Robert GAGNÉ, «Assurance valeur à neuf et vols d'automobiles: une étude statistique», Montréal, Chaire de gestion des risques – Écoles des Hautes Études commerciales, vol. a. 1997, n. 01.

¹⁹ C.A. HEIMER, préc., note 10, p. 34, où l'auteur souligne que, dans certaines situations, il est difficile de distinguer entre risque physique et risque moral et p. 39, où l'on peut lire: «Casual underwriting involves a great deal of technical uncertainty. No one

d'appréciation varient généralement d'un auteur à l'autre. En effet, certains l'évaluent par « le sens moral de l'assuré, le succès ou les difficultés de ses affaires, son attitude au moment du règlement d'un sinistre, sa malchance, son dossier antérieur »²⁰, alors que d'autres le divisent en trois catégories soit l'historique assurantiel de l'assuré, sa nationalité et ses origines et ses antécédents judiciaires et sa malhonnêteté²¹.

Si la définition donnée par la littérature économique permet de saisir toute la portée du risque moral, elle ne peut être utilisée telle quelle en droit. Tout d'abord, parce que ce n'est pas seulement l'assuré qui est générateur du risque moral mais aussi l'assureur²². Deuxièmement, en raison du fait que la notion de risque moral est aussi contestée dans la littérature économique. Tel que nous le démontrerons, les juristes doivent être prudents et ne pas emprunter automatiquement les propos de la littérature économique puisque ceux-ci ne sont pas nécessairement adaptés au droit civil²³.

Étant donné que nous ne pouvons utiliser les définitions de la littérature économique telles quelles, nous analyserons celles élaborées par la doctrine juridique.

2. La doctrine juridique

À la suite de ce résumé du risque moral dans la littérature économique, nous étudierons la doctrine juridique afin de bien saisir la portée légale que peut avoir le risque moral. Pour ce faire, la doctrine québécoise (a) et française (b) sera passée en revue ainsi que celle de common law (c). Nous terminerons ensuite par la définition retenue par les tribunaux (3).

knows very well how to separate the wheat from the chaff. Insurance crime losses indicate that many bad characters are able to get insurance coverage, and there is reason to believe that many good risks are refused insurance coverage, as, for example, when whole communities are redlined and their residents denied fire insurance».

²⁰ Gérard PARIZEAU, *Traité d'assurance contre l'incendie au Canada*, Montréal, Les Presses de l'École des Hautes Études Commerciales, 1961, p. 18.

²¹ John BIRDS et Norma J. HIRD, *Birds' Morden Insurance Law*, 6^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 117.

²² Notamment en offrant des garanties trop généreuses telles que la clause assurance valeur à neuf : L. BUJOLD, G. DIONNE et R. GAGNÉ, préc., note 18.

²³ T. BAKER, préc., note 2, 291, selon l'auteur, il faut être prudent en retenant l'approche économique car elle repose sur quatre postulats critiquables, entre autre le fait que l'argent compense pleinement en cas de préjudice.

a. La doctrine québécoise

La doctrine québécoise en droit des assurances est peu loquace au sujet du risque moral. En effet, cinq auteurs se sont penchés sur le sujet et leurs commentaires sont très brefs.

Un premier commentateur le définit comme étant « ce qui est représenté par le comportement de l'assuré ou par des circonstances qui l'entourent »²⁴. De son côté, le professeur Lluelles parle d'*éléments subjectifs* reliés à la personnalité de l'assuré pouvant avoir une relation avec le risque assuré²⁵. Le professeur Bergeron, quant à lui, utilise les termes *circonstances morales*, sans pour autant les définir, mentionnant seulement que celles-ci sont rattachées à la personne par opposition aux circonstances objectives s'intéressant à l'objet d'assurance²⁶. Pour sa part, le professeur Deslauriers, dans son ouvrage sur la déclaration initiale du risque, emploie les termes *circonstances subjectives*, qu'il définit succinctement comme étant « ce qui influe sur le risque en raison de la personnalité ou de la moralité de l'assuré »²⁷, donnant comme exemples les sinistres antérieurs, les révocations de primes et les résiliations de police. Nous constatons que l'approche développée par ces auteurs correspond à la facette *sélection*. En effet, ces auteurs ne traitent pratiquement pas de la facette *tentation*.

Toutefois, la définition que donne le professeur Mackaay, dans une perspective d'analyse économique du droit, se rapproche grandement de celle donnée par la littérature économique concernant la facette *tentation* à savoir que :

« [Le risque moral] est présent chaque fois qu'en raison d'une surveillance imparfaite parce que coûteuse par l'assureur, l'assuré s'écarte du comportement convenu, éventuellement implicitement, avec l'assureur, de manière à

²⁴ Jean-François LAMOUREUX, « Le droit des assurances – Le risque », dans Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 97.

²⁵ Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 223 et 224.

²⁶ Jean-Guy BERGERON, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1996, p. 60.

²⁷ Patrice DESLAURIERS, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 40.

se procurer un avantage pour lui-même, tout en augmentant la probabilité ou l'étendue du risque assumé par l'assureur.»²⁸

Selon ce même auteur, l'acte intentionnel de l'assuré visant la réalisation du risque assuré, ce qui est semblable à de la fraude, est aussi une manifestation du risque moral²⁹.

En somme, ce que nous devons retenir de ce survol, c'est que la doctrine québécoise n'utilise pas les termes «risque moral» lorsqu'elle traite de la facette *sélection*. Selon nous, le fait que les professeurs Bergeron, Lluelles et Deslauriers accordent si peu d'importance au risque moral dans leurs ouvrages est une indication que ce concept n'est pas adéquat en matière de déclaration initiale du risque. En effet, ceux-ci préfèrent utiliser des notions propres au droit civil telles que le terme «circonstance». Nous étudierons donc aussi la doctrine française afin de vérifier si ce constat s'applique à tout le droit civil.

b. La doctrine française

À l'instar de la doctrine québécoise, la doctrine française n'utilise pas les termes «risque moral». En effet, elle utilise elle aussi des notions propres au droit civil telles que les termes «circonstances subjectives». Cependant, les auteurs français ont expliqué davantage le risque moral en donnant plusieurs exemples de circonstances qui le composent. De plus, la doctrine française s'est attardée à décrire l'effet des circonstances composant le risque moral sur le comportement de l'assureur.

La professeure Lambert-Faivre aborde le risque moral dans une perspective correspondant à la facette *sélection* du risque. En effet, elle assimile essentiellement le risque moral à des circonstances faisant partie de l'historique assurantiel de l'assuré susceptibles d'influencer l'opinion de l'assureur au sujet du risque qu'il s'apprête à souscrire :

«*Les circonstances subjectives* sont celles qui concernent la personne même de l'assuré, *sujet* du contrat : est-il déjà assuré pour le même risque ? A-t-il déjà subi des sinistres et un précédent contrat d'assurance a-t-il été résilié auprès d'une autre compagnie ? S'est-il vu retirer son permis de conduire ou a-t-il

²⁸ Ejan MACKAAY, «Analyse économique du droit : scolie sur le risque et l'assurance», (2000) 34 R.J.T. 159, 173.

²⁹ *Id.*, 179.

fait l'objet de condamnations civiles ou pénales à l'occasion d'accidents d'automobile antérieurs? etc.

Ces déclarations permettent à l'assureur de tester la moralité et le sérieux de l'assuré et déterminent son acceptation de contracter.»³⁰

Les professeurs Picard et Besson traitent eux aussi du risque moral dans une perspective correspondant à la facette *sélection* du risque. Ils insistent toutefois davantage sur l'influence que peuvent avoir les circonstances subjectives sur l'appréciation du risque par l'assureur :

«Tantôt les circonstances à déclarer sont sans influence sur le taux de la prime, mais ont, cependant, une influence sur l'opinion du risque. Il s'agit ici de faits qui sont inassurables en eux-mêmes ou concernent la personne même de l'assuré, se rapportant à sa moralité, à sa diligence ou à sa solvabilité : on qualifie généralement ces derniers de "risques subjectifs". Ces diverses circonstances peuvent conduire l'assureur, non pas à demander un taux de prime plus ou moins élevé, mais à ne pas contracter, à ne pas s'engager ; il peut se méfier de l'assuré, considérer le risque mauvais et préférer s'abstenir. Les circonstances de cet ordre – dont les assurés ne mesurent généralement pas d'eux-mêmes l'influence sur l'opinion du risque – sont assez importantes en pratique.»³¹

À l'instar des professeurs Bergeron et Deslauriers, on peut reprocher à la doctrine française de faire référence à la moralité de l'assuré sans pour autant définir ce terme imprécis. Par contre, la doctrine française développe davantage sa pensée sur les effets que peuvent avoir les circonstances subjectives sur l'opinion de l'assureur devant un risque à assurer. La facette *sélection* est ainsi très bien expliquée dans une perspective juridique.

En somme, nous constatons que la doctrine civiliste réussit à traiter de la déclaration initiale du risque et à y trouver des solutions sans référer à la notion de risque moral. De plus, le fait que cette doctrine s'attarde peu à définir ce qu'est le risque moral est selon nous une autre indication qu'il s'agit d'une notion inadéquate en droit civil. En effet, en matière de divulgation du risque, le *Code civil du Québec* utilise le terme « circonstance »³².

³⁰ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 259-260.

³¹ Maurice PICARD et André BESSON, *Les assurances terrestres*, t.1 «Le contrat d'assurance», 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 126 et 127.

³² Art. 2408, 2409, 2410, 2411, 2466 et 2467 C.c.Q. Le constat est identique au sujet de l'assurance maritime : art. 2546, 2547, 2549 et 2550 C.c.Q.

Il n'établit d'ailleurs aucune distinction entre celles pouvant être objectives ou subjectives³³, l'essentiel étant qu'elles soient pertinentes au risque à assurer. Il ne s'agit alors pas d'un hasard ni d'un caprice si la doctrine de droit civil évite de faire référence aux termes « risque moral » ; cela est dû au fait qu'il s'agit d'une notion davantage adaptée à la common law. Pour cette raison, nous étudierons la définition développée par cette doctrine afin de constater le rôle que joue le risque moral dans ce système juridique.

c. La doctrine de common law

La common law étant beaucoup plus sensible à l'analyse économique du droit, on retrouve davantage d'écho du risque moral dans sa doctrine. En effet, plusieurs auteurs ont étudié la question et les définitions proposées sont beaucoup plus variées. De plus, le risque moral représente bien souvent une section des traités d'assurance alors que la doctrine civiliste québécoise aborde généralement le risque moral pour y préciser que la common law parle de *moral hazard*.

Un premier auteur définit la facette *sélection* comme étant :

« A term describing facts which suggest that the proposed insured, by reason of his previous experience in matters relevant to the insurance, is not a person whose proposal can be accepted in the ordinary course of business and without special consideration. It is elementary that one of the matters to be considered by an insurance company in entering into contractual relations with a proposed assured is the question of the moral integrity of the proposer—what has been called the “moral hazard”. »³⁴

D'autres auteurs empruntent un point de vue correspondant à la facette *tentation*. Ainsi, un commentateur définit le risque moral de cette façon :

« The notion of moral hazard is based on a simplistic theory of moral behaviour which posits that the promise or expectation of a benefit conditioned on

³³ Alors que les circonstances objectives s'intéressent à l'objet d'assurance et que les circonstances subjectives sont en lien avec l'assuré, en assurance-vie, la distinction entre ces deux concepts est presque impossible à établir car l'assuré est l'objet même de l'assurance. Pour cette raison, nous étudierons seulement les circonstances subjectives dans le cadre d'assurance de dommages.

³⁴ Edward Richard HARDY IVAMY, *Dictionary of Insurance Law*, London, Butterworths, 1981, p. 86.

the happening of an event generates incentives for the potential beneficiary to cause that event to occur, or to claim that it has occurred. Thus, over valuation of insured property is taken as evidence that the insured intends to destroy the property.»³⁵

Dans le même ordre d'idées, un autre auteur traite du risque moral comme étant principalement l'effet de l'assurance sur la personne assurée :

«Moral hazard refers to the effect that the existence of insurance has on the level of claims made by the insured: ex ante by lowering his precautions to avoid the loss, and ex post by tempting him to use the services covered by the insurance more than he would have if he had paid for them himself, for example, by over-using medical care.»³⁶

En somme, la définition donnée par la doctrine de common law comprend tant les facettes *sélection* que *tentation*. Toutefois, la référence à cette dernière est fréquente contrairement à la doctrine civiliste qui n'en traite pratiquement pas. Une autre particularité de la doctrine de common law est que les définitions développées correspondent étroitement à celles données par les économistes. Pour cette raison, nous ne pouvons retenir cette définition.

Maintenant que nous avons étudié les différentes définitions données par la doctrine, nous regarderons celles élaborées par les tribunaux canadiens.

3. Définition retenue par les tribunaux

Mentionnons d'entrée de jeu que la définition du risque moral donnée par les tribunaux varie en fonction de la preuve qui leur est présentée. À l'instar de la notion de risque, on constate que le sens des termes «risque moral» dépend du contexte. La lecture de la jurisprudence permet toutefois de découvrir quelques-unes de ces manifestations. Par exemple, le risque moral a été envisagé comme étant le lien de confiance unissant l'assureur et l'assuré³⁷, alors que dans un arrêt célèbre portant sur l'intérêt d'assurance, la Cour suprême indique que «la tentation que peut avoir

³⁵ Reuben A. HASSON, «The Supreme Court in Flames: Fire Insurance Decision After Kosmopoulos», (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 679.

³⁶ John G. FLEMING, «The Insurance Crisis», (1990) 24 *U.B.C. L. Rev.* 1, n° 15.

³⁷ *Côté c. Industrielle-Alliance, Cie d'assurances générales*, [2002] R.R.A. 1195 (C.S.).

l'assuré de détruire le bien »³⁸ afin de toucher l'indemnité est un risque moral. Dans un autre arrêt, la Cour suprême est d'avis que « l'identité du propriétaire et la relation de l'assuré avec l'objet [sont] certainement des facettes du risque moral »³⁹.

Les tribunaux de common law ont développé davantage la notion. Dans une perspective correspondant à la facette *tentation*, la Cour d'appel de l'Ontario se prononça ainsi :

« Moral hazard refers to the chance that the existence of insurance will increase the likelihood of the insured event. In other words, it addresses the risk an insured will have an incentive to engage in loss-causing behaviour if the payment under the policy will leave the insured better off after the loss than before it. »⁴⁰

Le juge Taylor de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique décrit le risque moral comme étant : « [...] a euphemism used in the fire insurance business for risk of arson, induced by a desire to defraud the insurer in order to escape financial ruin or, less commonly, a desire for "vengeance" against foreclosing creditors »⁴¹. Dans le même ordre d'idées, le juge Hall de la même Cour émettait le commentaire suivant lequel « [m]oral hazard is, I suppose, a euphemistic method of expressing the truism that people may resort to dishonest or criminal behaviour to further their perceived interests »⁴².

Nous remarquons que les termes utilisés par les tribunaux pour définir le risque moral sont très subjectifs. À preuve, ceux-ci emploient des concepts tels que « tentation », « chance », « desire for "vengeance" » ou « may resort to dishonest or criminal behaviour ». Ainsi, on constate qu'il s'agit rarement de propos concrets au sujet d'un comportement, mais

³⁸ *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, par. 37.

³⁹ *West End Investment Co. c. Commerce & Industry Insurance Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036, par. 32.

⁴⁰ *Segnitz v. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada*, [2005] 76 O.R. (3d) 161, par. 48 (C.A.). Il est toutefois surprenant de voir les assureurs proposer une protection valeur à neuf pour des biens se dépréciant rapidement tels qu'une automobile. Concernant l'assurance valeur à neuf, voir : *Brkich & Brkich Enterprises Ltd. v. American Home Assurance Co.*, [1995] 62 B.C.A.C. 186.

⁴¹ *Yorkshire Trust Co. v. Laurentian Pacific Insurance Co.*, [1987] B.C.J. N° 4 (S.C.) (QL/LN) (paragraphe non numéroté).

⁴² *Evergreen Manufacturing Corp. v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] 119 B.C.A.C. 255, par. 30.

bien souvent de simples probabilités. Ces multiples définitions éparses s'expliquent selon nous par le fait que les tribunaux doivent statuer selon la preuve présentée par les parties.

Considérant que la définition du risque moral varie d'un auteur à l'autre et en fonction du contexte, nous donnerons notre propre définition afin de bien nous faire comprendre dans la démonstration de notre hypothèse.

B. Critique et proposition de définition

Étant donné que notre essai porte sur la divulgation initiale du risque, la facette *tentation* voulant qu'il s'agisse de «l'effet de l'assurance sur les probabilités des événements aléatoires dus au changement de comportement des individus qui sont assurés comparativement à une situation de non-assurance»⁴³ sera peu abordée. Tout d'abord parce que ces situations sont régies par des dispositions particulières du *Code civil du Québec* concernant l'exécution du contrat. En effet, le comportement de la personne qui, une fois assurée, est susceptible de changer, notamment en diminuant les mesures de protection face au risque, est une circonstance qui aggrave le risque⁴⁴. Celle-ci doit être analysée selon les critères de l'article 2466 C.c.Q.

Cette facette du risque moral est toutefois bien présente dans le droit québécois des assurances. Bien que ce vocable ne se retrouve pas dans le *Code civil du Québec*, de nombreuses dispositions ont pour finalité d'entraver ou de diminuer la tentation de frauder reliée au risque moral⁴⁵. Il en est ainsi de l'exigence de l'intérêt d'assurance⁴⁶, du caractère indemnitaire de l'assurance de dommages⁴⁷, de la subrogation de l'assureur⁴⁸, de l'exclusion de garantie en cas de faute intentionnelle⁴⁹, de la déclaration obliga-

⁴³ G. DIONNE, préc., note 4, sommaire.

⁴⁴ Quant au faux sinistre, il est régi par les articles 2471 et 2472 C.c.Q. relatifs à l'obligation de collaboration de l'assuré et aux déclarations mensongères.

⁴⁵ Voir T. BAKER, préc., note 2 : selon l'auteur, le risque moral peut expliquer le fonctionnement de nombreuses lois.

⁴⁶ Art. 2412 al. 2, 2418 et 2481 C.c.Q.

⁴⁷ Art. 2463 C.c.Q.

⁴⁸ *Condominium Corp. No. 9813678 v. Statesman Corp.*, 2007 ABCA 216.

⁴⁹ Art. 2464 C.c.Q.

toire des aggravations de risque résultant des faits et gestes de l'assuré⁵⁰, de l'obligation de l'assuré de coopérer en cas de sinistre⁵¹, de la déchéance du droit à l'indemnisation en cas de déclaration mensongère⁵² et de la nullité du contrat en cas de surassurance frauduleuse⁵³. De plus, la franchise prévue au contrat, non interdite par le *Code civil du Québec*, est aussi un mécanisme voué à diminuer le risque moral⁵⁴. En somme, toutes ces institutions démontrent bien que le droit civil protège les intérêts de l'assureur contre le risque moral en agissant sur sa facette *tentation* et non sur sa facette *sélection*. Il s'agit ici d'un choix judicieux de la part du législateur puisque, tel que nous l'avons souligné précédemment, la facette *sélection* est critiquable pour plusieurs raisons.

De cette courte revue de la littérature, nous constatons que la littérature économique aborde davantage le sujet du risque moral. Cela se comprend, car il s'agit d'un concept davantage économique que juridique. En effet, les premiers économistes qui ont étudié le risque moral ont emprunté ce concept aux professionnels de l'assurance et aux actuaires⁵⁵.

Les juristes, rappelons-le, doivent être prudents et ne pas emprunter trop facilement les définitions développées par les économistes. C'est pourquoi nous voulons revenir sur le commentaire de la Cour d'appel selon lequel dans l'exploitation d'un débit d'alcool sans permis le « risque moral tient au fait que l'assuré s'avère, dans une industrie par ailleurs souvent trouble et troublée, un hors-la-loi exposé à la fermeture illico de son établissement dès lors devenu sans valeur aucune alors que, déjà irrespectueux des lois, il sera fort tenté d'allumer l'incendie et de réclamer l'indemnité »⁵⁶.

Les propos de la Cour illustrent bien la dynamique entre les facettes *sélection* et *tentation* développées par la littérature économique. Or, c'est précisément ce raisonnement qu'il faut éviter, puisqu'il fait totalement abstraction des institutions civilistes comme le principe voulant que la

⁵⁰ Art. 2466 C.c.Q.

⁵¹ Art. 2470 et 2471 C.c.Q.

⁵² Art. 2472 C.c.Q.

⁵³ Art. 2496 C.c.Q.

⁵⁴ À ce sujet, voir : *Segnitz v. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada*, préc., note 40; *Neste Canada Inc. v. Allianz Insurance Co. of Canada*, 2008 ABCA 71.

⁵⁵ L. BUJOLD, G. DIONNE et R. GAGNÉ, préc., note 18, p. 3.

⁵⁶ *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, par. 129 (C.A.).

bonne foi se présume⁵⁷. En effet, ce ne sont pas tous les assurés possédant un casier judiciaire et aux prises avec des difficultés financières qui seront nécessairement tentés de mettre le feu au bien assuré et, au surplus, qui s'exécuteront. De plus, advenant la réalisation d'une telle hypothèse, l'assureur n'aura pas à indemniser l'assuré⁵⁸.

Selon nous, en droit civil, le risque moral ne peut être plus qu'un terme générique désignant l'ensemble des circonstances subjectives propres à l'assuré ayant pour effet d'influer sur le risque ou sur la décision de l'assureur d'accepter le risque. D'ailleurs, ces circonstances peuvent faire l'objet d'une division théorique, à savoir celles pouvant se constater de façon objective telles que les antécédents judiciaires, la situation financière, la solvabilité, l'intérêt d'assurance de l'assuré et la surassurance. Une deuxième catégorie est composée des circonstances véritablement subjectives, celles étant davantage difficiles à observer telles que les fréquentations, la personnalité et les activités de l'assuré. La dernière division concerne l'historique assurantiel de l'assuré soit la fraude, le refus d'assurance, la résiliation de contrat et les sinistres antérieurs vécus par l'assuré.

Selon nos recherches dans la doctrine économique et nos discussions avec des intervenants du milieu, nous assimilons la facette *sélection* du risque moral à une politique interne ou à un code d'éthique de l'assureur à l'effet de ne pas assurer un risque en particulier ou un individu ayant des caractéristiques spécifiques⁵⁹. Ces politiques varient d'ailleurs d'un assureur à l'autre⁶⁰.

⁵⁷ Art. 2805 C.c.Q.

⁵⁸ Art. 2464 C.c.Q.

⁵⁹ T. BAKER, préc., note 2, 254; C.A. HEIMER, préc., note 10, p. 38, où l'auteur soutient que le choix de l'assureur de ne pas assurer un type de personne en particulier n'est généralement pas fondé sur des données statistiques. Voir *Desbiens c. Société Nationale d'assurance Inc.*, [2004] J.Q. N° 373, par. 42 (C.S.) (QL/LN), où l'on parle de politique; *Fontaine c. Compagnie d'assurance général Accident*, [1998] J.Q. N° 4829 (C.Q.) (QL/LN), où l'on parle de politique administrative interne; *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, [2006] R.L. 145 (C.S.), où l'on parle d'*énoncé de politiques d'acceptation*.

⁶⁰ À ce sujet, voir *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, *id.*, par. 72, où le juge Taschereau souligne que les politiques d'évaluation de la pertinence des antécédents judiciaires avec le risque assuré diffèrent selon chaque assureur; voir aussi *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, [2005] R.R.A. 1224 (C.S.), où l'on constate que les directives de souscription concernant le risque moral diffèrent d'un assureur à l'autre et que le comportement des assureurs varie grandement face à une résiliation antérieure de contrat.

Assimiler le risque moral à un code d'éthique de l'assureur entraîne une conséquence juridique importante. En effet, l'assureur est mal venu de prétendre que certaines circonstances qu'il ignore, puisqu'il n'a pas questionné l'assuré à ce sujet, sont susceptibles de fonder la nullité du contrat. Ces circonstances ne sont pas nécessairement pertinentes au risque lui-même. Elles sont alors plutôt contraires au code d'éthique que l'assureur a bien voulu se donner⁶¹. Dans ce cas, on ne peut reprocher à l'assuré des réticences puisque ce dernier ne peut deviner le contenu du code d'éthique de l'assureur en question. Ainsi, l'assureur qui ne pose pas de questions liées à son code d'éthique à l'assuré ne peut alors pas prétendre que ce dernier a été réticent. En effet, l'assuré normalement prévoyant ne peut connaître le contenu de ce code qui diffère d'un assureur à l'autre. L'assureur doit donc questionner l'assuré au sujet des circonstances subjectives qui l'intéressent⁶².

À notre avis cependant, en matière d'assurance automobile, les circonstances subjectives liées au risque moral ne peuvent être assimilées à un code d'éthique de l'assureur. En effet, l'assuré a alors un contrôle direct sur l'objet du risque. Dans la mesure où l'assuré recherche une protection contre les risques que représente sa conduite, on conçoit facilement que son comportement et l'usage qu'il fait de son véhicule intéressent au plus haut point l'assureur contrairement à une assurance habitation, où l'assuré se protège davantage contre les risques naturels hors de son contrôle. Ainsi, à l'instar de l'assurance-vie, il est plus difficile d'opérer une distinction entre ce qui constitue une circonstance objective ou subjective, les deux étant intimement liées.

⁶¹ Ainsi, on comprend pourquoi un assureur standard juge qu'un risque moral trop élevé n'est pas acceptable et est en conséquence non assurable alors que certains assureurs sous-standards assurent tout de même de tels risques. Le refus de l'assureur standard n'est pas justifié par l'impossibilité d'évaluer le risque puisque l'assureur sous-standard réussit tout de même à le faire.

⁶² Cette interprétation met de côté l'obligation résiduaire de l'assuré, par contre cette solution reflète davantage la réalité. En effet, c'est l'assureur qui détient l'expertise au sujet du risque et non l'assuré. Il est logique que l'assureur fasse profiter son cocontractant de son expertise en le questionnant au sujet de circonstances subjectives qui peuvent l'influencer dans son appréciation du risque. Si le contrat d'assurance en est un de la plus haute foi, celle-ci devrait exiger de l'assureur un rôle davantage actif lors de la déclaration initiale de risque en ce qui concerne les circonstances subjectives. D'autant plus que les raisons justifiant que l'obligation de divulgation repose entièrement sur les épaules de l'assuré ne tiennent plus aujourd'hui : P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 44, 47 et 129.

Ce ne sont pas tous les aspects de la personnalité de l'assuré qui doivent faire l'objet d'une déclaration. Seules les circonstances pertinentes au regard du risque à assurer devront être déclarées. Il faut donc faire une distinction entre ce que l'assureur considère comme un risque moral et ce que le tribunal reconnaît comme étant une circonstance pertinente. Par conséquent, l'assureur a beau prétendre que, dans son évaluation du risque moral, celui-ci tient compte des antécédents judiciaires ou de la situation financière de l'assuré, il lui revient de faire la démonstration de la pertinence de ces circonstances au regard du risque assuré⁶³.

Lorsque l'assureur prétend que l'une de ces circonstances subjectives est pertinente et n'a pas été dévoilée lors de la déclaration initiale de risque, il doit l'identifier précisément. En effet, il ne peut se contenter d'utiliser le terme générique «risque moral» qui, selon nous, est inadéquat en droit. Ce n'est cependant pas l'état de la jurisprudence. Nous trouvons d'ailleurs regrettable que les tribunaux utilisent les termes «risque moral» sans distinguer, par exemple, s'ils visent des réclamations antérieures ou des difficultés financières de l'assuré⁶⁴.

À notre avis, le tribunal doit être plus précis lorsqu'il statue sur la pertinence des circonstances, afin d'éviter que ces propos soient mal cités par la suite. À titre d'exemple, nous pouvons critiquer la fréquente citation hors contexte d'un passage de l'arrêt *Car & General Insurance Corp. c. Therrien*⁶⁵ selon lequel, en assurance incendie, le risque moral a une importance primordiale. Dans cet arrêt, il était question de la négligence de l'assuré. Or, cette décision est souvent citée pour faire reconnaître la pertinence des antécédents judiciaires de l'assuré. Et que dire de l'utilisation de l'arrêt *Madill c. Lirette*⁶⁶ afin de démontrer la pertinence des antécédents judiciaires de l'assuré alors que dans cette décision, il était question de posséder un permis d'alcool en règle pour l'exploitation d'un débit d'alcool.

⁶³ *Alliance Insurance Co. of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, [1953] B.R. 241; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 63; Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurances (terrestres) : lignes et entre lignes*, t. 2, Sherbrooke, Éditions SEM, 1992, p. 269; D. LUELLES, préc., note 25, p. 226; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 53.

⁶⁴ *Car & General Insurance Corporation Limited c. Therrien*, [1969] B.R. 144; *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.); *9060-3804 Québec Inc. c. Mark J. Oppenheim*, [2004] J.Q. no 1259 (C.S.).

⁶⁵ Préc., note 64.

⁶⁶ Préc., note 64.

La discussion est purement théorique puisqu'il ne s'agit pas de nier le fait que les antécédents judiciaires d'un assuré ou les réclamations antérieures ne sont pas des circonstances pertinentes à l'appréciation du risque. Il s'agit plutôt de constater que l'expression « risque moral » est une notion floue utilisée par les assureurs afin de désigner des circonstances pouvant être nommées différemment. Pourquoi dire que l'assuré représente un risque moral trop élevé en raison de ses antécédents judiciaires, alors qu'il serait plus juste de dire que les antécédents judiciaires de l'assuré constituent une circonstance pertinente de nature à empêcher l'assureur d'accepter le risque ?

Dans la prochaine section, nous tenterons de confirmer notre hypothèse selon laquelle en matière de déclaration initiale du risque, le recours à la notion de risque moral est inapproprié. Pour ce faire, nous démontrons que les tribunaux ont recours à des critères plus objectifs que la simple moralité de l'assuré lorsque vient le temps d'évaluer la pertinence d'une circonstance non divulguée par l'assuré.

II. Circonstances subjectives composant le risque moral

Aux fins de cet essai, les circonstances subjectives seront divisées en trois catégories. Les deux premières se distinguent selon leur mode de preuve. La première catégorie est constituée des circonstances pouvant se constater de façon objective (A) tandis que la deuxième se compose de circonstances que l'on peut difficilement constater de façon objective (B). Une telle distinction est faite puisque selon nous, il peut être difficile de faire la preuve de la moralité de l'assuré alors que la littérature assimile généralement la moralité ou la personnalité de l'assuré au risque moral⁶⁷. La dernière catégorie est l'historique assurantiel de l'assuré (C).

A. Circonstances subjectives se constatant de façon objective

Il s'agit bel et bien de circonstances composant le risque moral. Toutefois, ces circonstances se distinguent par le fait qu'il est plus facile de les

⁶⁷ Il est rare qu'une police soit frappée de nullité *ab initio* en raison de la moralité même de l'assuré. Ce sont davantage les gestes posés dans le passé par l'assuré qui fonderont la nullité du contrat.

identifier de façon précise et de les mettre en preuve. C'est pourquoi les antécédents judiciaires (1), la situation financière (2), l'intérêt d'assurance (3) et les assurances multiples (4) sont des circonstances entrant dans cette catégorie.

1. Les antécédents judiciaires

Les antécédents judiciaires font partie de la catégorie objective étant donné qu'ils peuvent être constatés par le biais des plunitifs. Il va sans dire que la preuve de leur existence ne pose généralement pas de problème. Cependant, ce qui sera matière à débat sera davantage leur impact sur le risque.

Les antécédents judiciaires sont considérés pertinents lorsque le lien avec le risque couvert parle par lui-même⁶⁸. Toutefois, lorsque le lien unissant l'infraction et le risque n'est pas évident, l'assureur devra faire la preuve de la pertinence de cette circonstance⁶⁹. Puisque l'assureur ne peut déroger à la nécessité légale de la pertinence⁷⁰, il a avantage à élaborer une preuve objective démontrant la pertinence des antécédents judiciaires de l'assuré quant au risque couvert par le contrat.

L'utilisation de la notion de risque moral est ici inutile puisque le tribunal analysera plusieurs facteurs objectifs afin de juger de la pertinence. En effet, la nature de l'infraction commise, la gravité, le nombre, la fréquence, la récidive, l'âge de l'assuré au moment où il a commis l'infraction, le temps écoulé depuis la dernière manifestation et la présence de questions à ce sujet dans le questionnaire sont autant de critères que le tribunal étudiera afin de déterminer si l'infraction est pertinente au regard du risque assuré⁷¹. Ainsi, l'assureur doit démontrer une « corrélation entre

⁶⁸ L'exemple classique donné par les tribunaux est celui d'un antécédent d'incendie criminel dans le cas d'une assurance habitation ou d'une condamnation pour conduite avec facultés affaiblies pour une assurance automobile.

⁶⁹ *Scottish & York Insurance Co. c. Victoriaville (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 2908 (C.A.).

⁷⁰ Art. 2408 C.c.Q.; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 234.

⁷¹ *GMAC Location Ltée c. La Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, [2005] R.R.A. 25 (C.A.); *Bergeron c. Lloyd's Non-Marine Underwriters*, [2005] R.R.A. 20 (C.A.); *Valmont-Lavallières c. Wawanesa, compagnie mutuelle d'assurances*, [2005] R.R.A. 1008 (C.Q.); *Martel c. Promutuel Verchères, Société mutuelle d'assurance générale*, [2002] R.L. 394 (C.S.); *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, [2003] R.J.Q. 1671 (C.Q.); *Courtois c. Groupe Estrie-Richelieu, compagnie d'assurances*, [2007] R.R.A. 1215 (C.Q.); *Hugo c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, [2008] R.R.A. 281 (C.Q.).

les antécédents et le risque couvert par le contrat d'assurance »⁷². Il ne suffit donc pas d'affirmer qu'en raison de ses antécédents judiciaires l'assuré représente un risque moral puisque les tribunaux sont à la recherche d'un lien objectif.

Nous croyons qu'en cette matière, le recours à la notion de risque moral est inapproprié puisque la loi peut relever l'assuré du devoir de divulguer ses antécédents judiciaires. En effet, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*⁷³ fait en sorte qu'on ne peut reprocher à un assuré une réticence au sujet d'une condamnation survenue en vertu de cette loi alors qu'il était mineur. Ainsi, l'assuré remplissant les conditions de l'article 82(1) de cette loi⁷⁴ n'a pas à déclarer à l'assureur ses condamnations antérieures⁷⁵. De plus, lorsque l'assuré a pu bénéficier d'un sursis de procédure ou d'une absolution inconditionnelle, celui-ci n'a pas à déclarer ces circonstances à l'assureur puisque l'article 730 du *Code criminel* prévoit que l'accusé est réputé ne pas avoir été condamné⁷⁶.

La jurisprudence concernant les antécédents judiciaires a considérablement évolué ces dernières années. À titre d'exemple, la Cour supérieure jugea que l'assureur pouvait présumer de la bonne réputation de l'assuré, le dispensant ainsi de devoir questionner l'assuré au sujet de ses antécédents judiciaires⁷⁷. Deux ans plus tard, la Cour changea son fusil d'épaule et reconnut que les assurés ne déclaraient pas spontanément leurs antécédents judiciaires, faisant en sorte que l'assureur doit désormais questionner l'assuré à ce sujet s'il considère de telles circonstances pertinentes⁷⁸.

Devant un nombre si élevé de paramètres servant à évaluer la pertinence des antécédents judiciaires, on comprend pourquoi il est insuffisant d'affirmer que l'assuré représente un risque moral inacceptable. L'étude de

⁷² *Beaulieu c. Union canadienne (L') compagnie d'assurance*, 2008 QCCS 2180, par. 55.

⁷³ L.C. 2002, c. 1.

⁷⁴ Autrefois l'art. 36(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1.

⁷⁵ *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71; *Spénard c. Promutuel Bois-Francs société mutuelle d'assurances générales*, [2005] R.R.A 1280 (C.Q.).

⁷⁶ *Tremblay c. Axa assurances Inc.*, 2004 CanLII 9502 (Q.C.C.Q.).

⁷⁷ *Desbiens c. Société Nationale d'assurance Inc.*, préc., note 59.

⁷⁸ *Maltais c. Axa assurances Inc.*, préc., note 59; voir aussi *Beaulieu c. Union canadienne (L') compagnie d'assurance*, préc., note 72, par. 63, où la Cour est d'avis que « l'absence totale de questions au sujet des antécédents judiciaires dans le questionnaire remis par la défenderesse a pu dissiper la perception des demandeurs que leur existence pouvait être un élément pertinent ou important ».

facteurs objectifs par le tribunal afin de juger de la pertinence ne se limite pas seulement aux antécédents judiciaires; il en est ainsi pour les difficultés financières de l'assuré.

2. La situation financière de l'assuré

Les tribunaux ont toujours été réticents à déclarer la nullité *ab initio* du contrat en raison de la situation financière de l'assuré. En effet, ils ont longtemps refusé de reconnaître la pertinence de ces circonstances à l'époque où l'assureur n'était pas en mesure de la démontrer objectivement. Selon nous, ce résultat s'explique par le fait que prétendre qu'un assuré représente un plus grand risque de sinistre intentionnel en raison de ses difficultés financières va à l'encontre de la présomption de bonne foi.

En 1953, la Cour refusa de juger pertinente la présence d'une hypothèque sur le bien assuré contre les risques d'incendie au motif qu'aucun montant hypothécaire n'est susceptible d'altérer le risque⁷⁹. À l'instar de l'honorable Louis-Philippe Pigeon, nous croyons que la réticence des tribunaux à reconnaître la pertinence de cet élément s'explique par le fait que les compagnies « n'attachent pas d'importance aux hypothèques, puisqu'elles accordent la clause hypothécaire sans surprise »⁸⁰. Cette constatation appuie l'argument selon lequel il n'est d'aucune utilité pour l'assureur de plaider qu'une telle situation représente un risque moral inacceptable puisque les assureurs assurent fréquemment de tels risques.

Quant aux difficultés financières, la Cour supérieure en 1984, s'exprimant au sujet de circonstances aggravant le risque, statuait que celles-ci « ne rendent pas les incendies accidentels plus probables. Et il ne vient pas à l'idée d'un assuré honnête qui est en difficulté financière que la loi l'oblige d'avertir l'assureur qu'il y a maintenant plus de chance qu'il devienne criminel! »⁸¹. Cela démontre bien la réticence des tribunaux à reconnaître la pertinence de la situation financière de l'assuré en l'absence d'éléments de preuve objectifs. D'ailleurs, la Cour supérieure rappela récemment qu'une faillite n'augmente « pas *per se* le risque d'un sinistre accidentel »⁸².

⁷⁹ *Alliance Insurance Co. of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63, 258.

⁸⁰ Louis-Philippe PIGEON, *Notes de cours sur le droit des assurances / de Ls.-Ph. Pigeon, C.R., colligées par Robert Lesage, avec la collaboration de Maurice Jacques et de Bernard Lesage*, Québec, Université Laval, 1954, p. 81.

⁸¹ *Fontaine c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de l'Estrie*, [1984] C.S. 494, 504.

⁸² *Blondeau c. Groupe commerce Cie d'assurances*, [2002] R.R.A. 548, par. 22 (C.S.).

Ce n'est que lorsque l'assureur a prouvé de façon claire et objective en produisant des statistiques démontrant une tendance selon laquelle les incendies d'origine criminelle ou inconnue ont comme auteur une personne insolvable que les tribunaux ont reconnu la pertinence de l'insolvabilité chronique d'un assuré⁸³. Il va sans dire que la preuve statistique apportée par l'assureur est un très bon outil lui permettant d'établir la pertinence d'une circonstance⁸⁴.

Toutefois, pour être autorisé à faire une telle preuve, il est préférable pour l'assureur d'avoir questionné l'assuré à ce sujet. En effet, l'assuré normalement prévoyant, non versé dans le domaine des assurances, n'est pas tenu d'aborder *proprio motu* l'état de sa situation financière, à moins d'être clairement questionné sur ces circonstances⁸⁵. C'est donc dire que, lorsque l'assureur n'interroge pas l'assuré à ce sujet, le tribunal pourra présumer qu'il a renoncé à obtenir de telles informations⁸⁶.

En somme, les tribunaux sont exigeants quant à la preuve de la pertinence de cette circonstance ainsi que sur le degré de difficultés financières que doit éprouver l'assuré⁸⁷ : il doit s'agir d'« insolvabilité chronique »⁸⁸.

⁸³ *Gagnon c. L'Équitable Compagnie d'assurances générales*, [1992] R.R.A. 168 (C.S.).

⁸⁴ Pour plus de précisions à ce sujet, voir la section 3.3 sur les témoins experts.

⁸⁵ *Lanthier c. Promutuel Coaticook-Sherbrooke*, 2006 QCCS 1057; *Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, [1998] A.Q. N° 3510 (C.S.) (QL/LN). Il en est de même pour le créancier hypothécaire qui n'a pas à dénoncer à l'assureur le défaut de l'assuré d'acquitter deux ou trois versements hypothécaires : *Brès c. Compagnie d'assurance générale Cumis*, [2004] R.R.A. 318 (C.A.); *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, [1998] A.Q. N° 3510 (C.S.) (QL/LN). Le créancier hypothécaire n'a pas à se questionner quant à l'assurabilité de son débiteur hypothécaire : *Brès c. Compagnie d'assurance générale Cumis*, [2004] R.R.A. 318 (C.A.).

⁸⁶ *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85.

⁸⁷ *GMAC Location Ltée c. Labelle*, [2005] J.Q. N° 2103 (C.Q.) (QL/LN); *Mica Canada Inc. c. Général Accident cie d'assurance du Canada*, [1997] R.R.A. 1129 (C.S.); voir aussi *Bouchard c. Union canadienne, compagnie d'assurances*, [2006] R.R.A. 181, par. 91 (C.S.), où la Cour s'interroge ainsi : « Comment le fait qu'un tiers possède un droit de rachat stipulé dans une contre-lettre [peut-il] aggraver le risque pour l'assureur ? La même question se pose quant aux défauts de payer les comptes d'Hydro-Québec, les taxes municipales et les primes d'assurance ».

⁸⁸ *GMAC Location limitée c. AXA assurances Inc.*, [2003] J.Q. N° 4518, par. 63 (C.Q.) (QL/LN); *GMAC Location Ltée c. Labelle*, préc., note 87, par. 31 (C.Q.); *Crédit VW Canada Inc. c. Assurances générales Banque Nationale (Innovassur, assurances générales)*, 2008 QCCQ 4570, par. 47.

Il existe pourtant plusieurs moyens de prouver objectivement les difficultés financières de l'assuré. En effet, les différentes sommes dues aux créanciers peuvent se prouver par la présence d'une ou de plusieurs hypothèques sur le bien assuré ou le retard dans le paiement de versements hypothécaires. Les états financiers de l'entreprise peuvent aussi fournir une preuve des difficultés financières de l'assuré⁸⁹. Lorsque l'assuré est engagé dans un processus de faillite, cette preuve sera plus facile à apporter. Il suffira de produire la liste des créanciers préparée par le syndic. Toutefois, ces difficultés financières doivent avoir été présentes au moment de la déclaration initiale de risque⁹⁰.

Le recours à la notion de risque moral est une fois de plus inutile puisque l'assureur doit démontrer objectivement une corrélation entre les difficultés financières de l'assuré et le risque couvert par le contrat d'assurance. Il doit prouver que la situation économique de l'assuré est si précaire qu'elle est de nature à influencer un assureur dans sa décision d'assurer⁹¹. Ce ne sont pas toutes les circonstances qui exigent une preuve aussi convaincante. En effet, le fardeau de preuve de l'assureur est beaucoup moins élevé lorsqu'il désire obtenir la nullité du contrat en raison de l'absence d'intérêt d'assurance, tel que nous le démontrerons dans la prochaine section.

3. L'intérêt d'assurance

L'absence d'intérêt d'assurance est vraisemblablement une des principales circonstances associées au risque moral. Ironiquement, il s'agit de circonstances où le recours à la notion de risque moral est le plus inutile afin d'obtenir la nullité du contrat⁹². En effet, des dispositions spécifiques du *Code civil du Québec* exigent son existence tant en assurance de dommages qu'en assurance-vie⁹³. Ces dispositions ne sont pas le seul fondement de cette exigence. En effet, le caractère indemnitaire du contrat

⁸⁹ Toutefois, dans le cas d'une assurance interruption d'affaires, les états financiers de l'entreprise sont alors une circonstance objective.

⁹⁰ Autrement, cette situation sera soumise aux règles de l'article 2466 C.c.Q. concernant les aggravations de risque en cours de contrat.

⁹¹ *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, préc., note 60.

⁹² Il va sans dire que l'intérêt d'assurance correspond davantage à la facette *tentation* que *sélection*. Tel que nous avons élaboré précédemment, la facette *tentation* est beaucoup plus reconnue en droit civil.

⁹³ Art. 2414, 2418, 2475, 2481 et 2484 C.c.Q.

d'assurance, le désir d'éliminer la spéculation ainsi que le maintien de l'ordre public expliquent l'exigence pour l'assuré d'avoir un intérêt dans les biens ou sur la vie de la personne assurée⁹⁴. Ces considérations font en sorte que l'intérêt d'assurance est l'aspect du risque moral le plus particulier, car l'assureur n'a pas à démontrer la pertinence de cette circonstance en cas d'absence; la loi prévoit alors la nullité du contrat⁹⁵.

L'emploi d'un prête-nom dans le but de tromper l'assureur quant à l'identité de l'assuré est un comportement empreint de mauvaise foi justifiant la nullité *ab initio* du contrat⁹⁶. Dans ce cas, c'est le dol de l'assuré qui est cause de nullité. De plus, le recours à la notion de risque moral est ici inutile puisque la nécessité de divulguer ces circonstances s'explique autrement. Il existe d'ailleurs une raison beaucoup plus concrète et convaincante expliquant la pertinence de ces circonstances. En effet, «l'assureur a besoin de connaître la personne qui réellement aura le contrôle sur le bien, ou de savoir si plusieurs auront un contrôle sur le bien»⁹⁷. Au surplus, le prête-nom n'a probablement pas l'intérêt d'assurance nécessaire à la formation du contrat. Cette exigence légale permet de résoudre efficacement le litige. Le *Code civil du Québec* prévoit d'ailleurs plusieurs solutions rendant inutile le recours à la notion de risque moral, comme en matière de surassurance et de multiplicité d'assurance.

4. L'assurance multiple

La présence d'autres assurances couvrant un même risque est une circonstance subjective composant le risque moral. Dans certains cas, une accumulation d'assurances pourrait démontrer une volonté de l'assuré de frauder ou de spéculer⁹⁸. Il peut alors être intéressant pour l'assureur de

⁹⁴ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 169; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 143.

⁹⁵ En cas de litige, le débat portera davantage sur la suffisance de l'intérêt d'assurance de l'assuré que sur la pertinence de cette circonstance.

⁹⁶ 3377466 Canada ltée c. Compagnie d'assurance canadienne générale, [2005] R.R.A. 955 (C.S.); Duchesneau c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de Champlain-Lavolette, [1991] J.Q. N° 2103 (C.S.) (QL/LN).

⁹⁷ Jean-Guy BERGERON, *Droit des assurances*, Sherbrooke, Faculté de droit Université de Sherbrooke, 1979, p. 96.

⁹⁸ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 239; Jean BIGOT, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t.3, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 686; Maurice PICARD et André BESSON, *Les assurances terrestres, Le contrat d'assurance*, t.1, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 127, selon les auteurs, en cas de sinistre il y aurait «lieu de redouter des règlements séparés».

savoir si l'objet assuré est déjà couvert par une autre assurance. Si c'est le cas, il peut questionner l'assuré à ce sujet. Autrement, en droit québécois, la nullité du contrat ne peut être prononcée pour ce seul motif en l'absence de mauvaise foi. Toutefois, lorsque la situation de surassurance est attribuable à la fraude de l'assuré, l'assureur peut demander la nullité du contrat en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*⁹⁹. Une fois de plus, prétendre que l'assuré représente un risque moral élevé n'est d'aucune utilité pour l'assureur puisque la nullité sera prononcée en raison du dol et de la volonté établie de l'assuré de frauder.

Selon la professeure Lambert-Faivre, si l'assureur est en mesure de démontrer la fraude de l'assuré, ce sont tous les contrats qui seront entachés de nullité¹⁰⁰. Toutefois, selon nous, la validité du premier contrat devrait être analysée selon les règles de la divulgation initiale de risque alors que la validité du deuxième contrat devrait être analysée selon les règles régissant l'aggravation de risque¹⁰¹.

La pertinence de la multiplicité d'assurances doit s'apprécier en fonction du type d'assurance puisqu'en assurance de dommages, le *Code civil du Québec* prévoit une règle spécifique régissant l'indemnisation de l'assuré en cas de sinistre, empêchant ainsi toute possibilité d'enrichissement¹⁰². Par ce choix, le législateur a voulu empêcher que le contrat soit déclaré nul pour ce motif, en l'absence de fraude de la part de l'assuré¹⁰³. En effet, cette volonté de frauder qui correspond à la facette *tentation* du risque moral est, en droit civil, sanctionnée par d'autres dispositions que celles concernant la divulgation du risque. De plus, il semble que les montants d'assurance ne peuvent à eux seuls fonder la nullité du contrat puisque le législateur a prévu des règles spécifiques concernant l'indemnisation de l'assuré en cas de surassurance¹⁰⁴ ou de sous-assurance¹⁰⁵. Toutefois, la multiplicité d'assurance peut être davantage pertinente en matière

⁹⁹ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 327.

¹⁰⁰ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1991, p. 299.

¹⁰¹ L'assuré n'ayant pas nécessairement l'intention de frauder au moment de la conclusion du premier contrat, les règles applicables dépendront de la preuve présentée.

¹⁰² Art. 2496 C.c.Q.

¹⁰³ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 238 et 239.

¹⁰⁴ Art. 2492 C.c.Q.

¹⁰⁵ Art. 2493 C.c.Q.

d'assurance de personnes étant donné son caractère compensatoire¹⁰⁶ et non indemnitaire¹⁰⁷.

En somme, le recours à la notion de risque moral est inutile afin d'obtenir la nullité du contrat en raison de la non-divulgation de circonstances subjectives se constatant objectivement. Dans la prochaine section, nous ferons la même démonstration quant aux circonstances purement subjectives.

B. Circonstances purement subjectives

Alors que la doctrine québécoise définit le risque moral comme étant la personnalité et/ou les mœurs de l'assuré, nous constatons que ce ne sont pas les mœurs de l'assuré qui sont analysées mais bien ses gestes, telles ses fréquentations (1), sa personnalité (2) et ses activités (3). Ainsi, une simple preuve de mauvaise réputation ou de la moralité discutable de l'assuré est à toute fin pratique inutile¹⁰⁸.

1. Fréquentations de l'assuré

Il sera difficile pour l'assureur d'obtenir la nullité du contrat uniquement en raison des fréquentations de l'assuré. Il ne suffit pas de simplement alléguer que l'assuré a des relations avec le milieu criminel, l'assureur doit le prouver de façon objective¹⁰⁹. Une fois cette preuve faite, il est insuffisant de soutenir que les liens de l'assuré avec le crime organisé font en sorte que le risque moral est trop élevé. En effet, cette allégation équivaut à une sèche déclaration, après coup, quant à la pertinence¹¹⁰. Or, à plusieurs occasions, ce genre d'allégation a été jugé nettement insuffisant pour obtenir la nullité du contrat puisque l'assureur doit démontrer la pertinence de ces circonstances dans l'évaluation du risque¹¹¹.

¹⁰⁶ Art. 2436 C.c.Q.; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 295.

¹⁰⁷ Toutefois, cet essai se limitant à l'assurance de dommages, nous n'étudierons pas plus la question.

¹⁰⁸ Une telle preuve s'apparentant davantage à du oui-dire.

¹⁰⁹ *Filiatreault c. Cie Mutuelle d'Assurance Wawanesa*, 2004 CanLII 20568 (QC C.Q.); *Beauseigle c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2005 CanLII 48757 (QC C.Q.).
¹¹⁰ *The Mutual Life Insurance Company of Canada c. Bernier*, [1955] B.R. 120.

¹¹¹ *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71; *Beaulieu c. Industrielle Cie d'assurance sur la vie*, [1990] R.R.A. 172 (C.A.); Quant à la décision *Crédit Ford du Canada Ltée c. Fédération, Cie d'assurance du Canada*, [2000] R.R.A. 149 (C.S.), qui pourrait paraître

Si le fait de proférer des menaces à son entourage n'est pas en soi pertinent à l'évaluation du risque¹¹², le fait d'en recevoir est toutefois différent. En consultant la jurisprudence au sujet de l'article 2464 C.c.Q., on comprend pourquoi l'assureur peut s'intéresser aux menaces faites à l'assuré. En effet, lorsque celui-ci est soupçonné d'avoir intentionnellement mis le feu au bien assuré, l'absence ou la présence de menace sera un élément étudié afin de juger de la responsabilité de l'assuré¹¹³. Malgré ce constat, l'assureur doit tout de même prouver la pertinence de ces circonstances.

À l'instar des antécédents judiciaires, la pertinence des menaces proférées à l'endroit de l'assuré ou de ses biens sera déterminée en tenant compte de plusieurs facteurs¹¹⁴. Tout d'abord, elles doivent être sérieuses; l'assuré doit percevoir ces menaces comme susceptibles de se réaliser¹¹⁵. Dans le cas d'assurance de dommages, elles doivent viser une atteinte à un bien assuré par le biais d'un risque couvert¹¹⁶. De plus, le temps écoulé depuis la dernière manifestation des menaces doit être pris en compte. Par exemple, l'assuré ne peut raisonnablement penser à divulguer qu'il a fait l'objet de menaces trois ans auparavant lorsque celles-ci ne se sont jamais réalisées.

La catégorie de risque doit aussi être prise en compte : ainsi, en matière d'assurance sous standard, certaines menaces ne seront pas considérées pertinentes alors qu'elles le seraient en cas d'assurance standard¹¹⁷. On

contradictoire puisque l'expert atteste seulement qu'aucun assureur n'aurait accepté un tel risque, nous croyons que, dans cet arrêt, la nullité du contrat est davantage prononcée en raison des antécédents judiciaires de l'assuré qui parlent d'eux-mêmes. La pertinence est alors étudiée en fonction des gestes posés par l'assuré dans le passé.

¹¹² *Hajj Ali (Boulangerie et pâtisserie Oasis Enr.) c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2007 QCCS 3818.

¹¹³ *Martin-Bédard c. Axa Assurances Inc.*, [2007] R.R.A. 420 (C.S.); *Lavallière c. Promutuel Appalaches St-François*, 2007 QCCS 3768 (C.S.); *9102-6179 Québec Inc. c. Groupe Commerce, compagnie d'assurances*, 2006 QCCS 2815; *Cardozo-Lopez c. Axa Assurances Inc.*, 2007 QCCS 5478.

¹¹⁴ *Feeling du Super disco Club Inc. c. Victoria Insurance Co. of Canada*, [2000] R.R.A. 680 (C.S.).

¹¹⁵ *Fontaine c. Compagnie d'assurance général Accident*, préc., note 59, concernant l'aggravation de risque.

¹¹⁶ *H. & M. Diamond ass. Inc. c. Optimun assurance générale agricole Inc.*, [1999] J.Q. N° 5074 (C.A.) (QL/LN); *Angelillo c. La Prévoyance Cie d'assurances*, [1983] C.A. 305.

¹¹⁷ *Feeling du Super disco Club Inc. c. Victoria Insurance Co. of Canada*, préc., note 114.

doit donc tenir compte du contexte et du milieu dans lequel évolue l'assuré. En somme, le recours à la notion de risque moral afin de juger de l'entourage de l'assuré n'est pas nécessaire puisque les tribunaux ont recours à des critères plus objectifs que la moralité de l'assuré. Il en est d'ailleurs ainsi quant à la personnalité de l'assuré.

2. Personnalité de l'assuré

En assurance automobile, les habitudes de conduite de l'assuré peuvent être pertinentes dans l'appréciation du risque puisqu'une conduite insouciante ou empreinte de témérité aggrave certainement le risque. Par contre, il est peu probable que l'assuré se décrive spontanément comme un mauvais conducteur lors de la divulgation du risque¹¹⁸. Une appréciation subjective des habitudes de conduite de l'assuré est sans intérêt, car ce sont des circonstances se constatant objectivement telles que les sinistres antérieurs, la suspension ou la révocation du permis de conduire et la présence d'infractions au *Code de la sécurité routière*¹¹⁹ qui permettront de démontrer les mauvaises habitudes de conduite de l'assuré. C'est la preuve de ces circonstances qui fondera la nullité du contrat puisqu'une telle conduite influe sur le risque. Une fois de plus, le recours à la notion de risque moral est ici inopportun puisque ce n'est pas la moralité de l'assuré qui est étudiée mais bien ses gestes.

En assurance incendie, la Cour suprême de l'Ontario a déjà considéré que le fait de quitter un mari alcoolique et incapable de prendre soin de lui-même, et donc du bien assuré, était une situation devant être communiquée à l'assureur étant donné qu'elle influait sur le risque moral¹²⁰. À l'instar des tribunaux québécois, le tribunal dans cette affaire s'est montré très exigeant quant à la preuve des faits sur lesquels l'assureur appuyait ses prétentions. Les différents témoignages et le fait que l'assuré était, au moment du procès, hospitalisé pour abus d'alcool n'ont pas suffi à

¹¹⁸ Evan James MACGILLIVRAY et Denis BROWNE, *Insurance Law Relating to All Risks Other than Marine and Including Life, Fire, Accident, Guarantee, Burglary, Third Party Risks, and Employers' Liability*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1947, p. 531 et 532, référant à des jugements américains, les auteurs font remarquer que « [i]n America, however, it has been said that a man cannot be bound to, nor could it be expected that he should, speak evil of himself ».

¹¹⁹ L.R.Q., c. C-24.2.

¹²⁰ *Lewandowski v. The Waterloo Mutual Insurance Company*, [1985] 31 A.C.W.S. (2d) 227 (Ont.S.C.).

convaincre la Cour que l'assuré souffrait d'alcoolisme au point de l'empêcher de s'acquitter de ses obligations.

Le recours à la notion de « moral risk » dans cette décision a été sévèrement critiqué par la doctrine de common law¹²¹. En effet, selon elle, cette référence était inappropriée puisque le litige concernait davantage le risque physique, plus particulièrement l'utilisation des lieux assurés. Toujours selon elle, la question en litige aurait dû être : est-ce que le fait de laisser le bien assuré entre les mains d'une personne incapable de s'en occuper équivaut à une inoccupation des lieux ? On constate ainsi que la doctrine de common law évite de faire référence trop facilement à la notion de « moral risk » et qu'elle l'utilise de façon restrictive¹²².

Quant au droit civil, nous constatons qu'aucune décision ne prononce la nullité du contrat en raison de la personnalité de l'assuré. En effet, lorsqu'elle est ordonnée, c'est en raison des gestes posés dans le passé par l'assuré. De plus, les agissements de l'assuré seront souvent étudiés lorsque vient le temps de juger de la pertinence des activités auxquelles il participe.

3. Activités de l'assuré

Il se peut que, par ses activités, l'assuré viole les lois. Dans ce cas, nous croyons que les critères pour en évaluer la pertinence doivent être les mêmes que ceux utilisés quant aux antécédents judiciaires. Une fois de plus, ce n'est pas la moralité de l'assuré qui sera évaluée, mais bien l'impact de ses gestes sur le risque.

La non-divulgaration par l'assuré qu'il a violé une loi n'emporte pas *ipso facto* la nullité du contrat. On conçoit ainsi que la violation de la *Loi sur le droit d'auteur*¹²³ ne justifie pas la nullité *ab initio* du contrat¹²⁴. En effet, ce n'est pas tant le caractère illicite de l'activité qui doit être pris en compte,

¹²¹ Craig BROWN, *Insurance Law in Canada*, 6^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 5-22.

¹²² Cette approche n'est pas nouvelle puisqu'il y a plus de cent ans, la Cour suprême dans l'arrêt *City of London Fire Insurance Co. v. Smith*, (1888) 15 S.C.R. 69, avait comparé le risque résultant de menaces d'incendie à celui créé par l'inoccupation subséquente des lieux. Le litige avait été solutionné sans la notion de « moral hazard ».

¹²³ L.R.C. 1985, c. C-42.

¹²⁴ À ce sujet, nous préférons l'opinion dissidente du juge Vallerand dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, préc., note 56, selon laquelle, la pertinence de la violation de la loi doit s'apprécier selon chaque cas d'espèce. Cette interprétation est d'ailleurs conforme à l'ar-

mais bien sa gravité et ses effets sur le risque¹²⁵. À titre d'exemple, la consommation sporadique de cannabis par l'assuré n'est pas nécessairement une circonstance pertinente pouvant fonder la nullité du contrat en matière d'assurance habitation. Par contre, la culture intensive de cette plante dans la maison de l'assuré doit être déclarée puisque l'assureur raisonnable n'a pas à questionner l'assuré à ce sujet, car il s'agit ici d'une activité peu usuelle¹²⁶. Dans ce cas, ce n'est pas tant le caractère illicite de l'activité qui fondera la nullité du contrat mais bien l'augmentation du risque liée à cette activité. En effet, il ne s'agit pas d'une question de moralité de l'assuré, mais bien de l'utilisation qui est faite des lieux assurés.

Le critère du caractère usuel de l'activité a aussi été retenu pour juger des activités licites de l'assuré. En effet, afin de déterminer si l'assuré aurait dû déclarer effectuer régulièrement des ventes par le biais d'Internet, la Cour apprécia l'ampleur de cette activité. Il fut jugé que l'assureur ne pouvait ignorer «qu'un grand nombre de personnes achètent et vendent toutes sortes de choses sur "E-bay"»¹²⁷. Ainsi, à défaut de questionner l'assuré à ce sujet ou de prévoir une exclusion quant à ce risque, aucune sanction ne peut être envisagée contre l'assuré n'ayant pas déclaré cette circonstance.

Curieusement, le fait d'enseigner le maniement d'une arme à feu à de jeunes enfants pour se défendre, ce qui, selon nous, reflète une moralité douteuse et peut s'avérer une activité dangereuse, fut jugé une circonstance non pertinente par la Cour d'appel du Québec pour ce qui est d'une assurance responsabilité civile¹²⁸.

En effet, la Cour d'appel jugea le témoignage de l'expert incomplet, l'empêchant de conclure que cette circonstance était de nature à influencer de façon importante un assureur dans son appréciation du risque. L'arrêt de la Cour d'appel démontre bien que les tribunaux exigent des témoignages précis de la part des experts pour conclure à la pertinence de cir-

ticle 2402 C.c.Q. voulant que la violation d'une loi, autre que criminelle, en cours de contrat ne puisse libérer automatiquement l'assureur.

¹²⁵ Rappelons que les violations de la loi en cours de contrat seront analysées selon les prescriptions de l'article 2466 C.c.Q. concernant l'aggravation du risque.

¹²⁶ *Côté c. Industrielle-Alliance, Cie d'assurances générales*, préc., note 37; *Gill c. Axa Assurances Inc.*, [2004] J.Q. N° 2063 (C.S.) (QL/LN).

¹²⁷ *Vallière c. Unique (L'), compagnie d'assurances*, [2007] R.R.A. 1075, par. 92 (C.S.).

¹²⁸ *H. & M. Diamond ass. Inc. c. Optimun assurance générale agricole Inc.*, préc., note 116.

constances subjectives¹²⁹. De plus, cette décision illustre bien le fait qu'avancer de simples hypothèses au sujet de circonstances composant le risque moral est insuffisant afin de prouver leur pertinence puisque les tribunaux exigent une preuve objective. Il en est d'ailleurs ainsi quant aux circonstances liées à l'historique assurantiel de l'assuré.

C. L'historique assurantiel de l'assuré

Nous définissons l'historique assurantiel de l'assuré comme étant les circonstances directement liées à son passé en tant qu'assuré. Il s'agit des sinistres antérieurs¹³⁰, des réclamations antérieures, des tentatives de fraude liées à l'assurance, des résiliations de contrat et du refus d'assurance. Il s'agit, selon nous, de l'aspect du risque moral le moins critiquable puisqu'il repose sur des faits tangibles et non sur une appréciation subjective de la moralité de l'assuré. D'ailleurs, les assureurs ont rarement recours à la notion de risque moral afin de faire reconnaître la pertinence de ces circonstances et ils réussissent tout de même à convaincre les tribunaux.

Il est plus facile de conclure à des réticences de l'assuré lorsqu'il ne dévoile pas les circonstances liées à son historique assurantiel puisque, contrairement aux circonstances subjectives étudiées précédemment, il est difficile d'excuser le silence de l'assuré à ce sujet, car la pertinence de ces circonstances s'envisage plus facilement¹³¹. En effet, de telles circonstances sont directement liées à l'objet de la prestation du contrat que l'assureur peut être appelé à exécuter.

¹²⁹ Voir aussi *Vallière c. Unique (L), compagnie d'assurances*, préc., note 127, où la Cour refuse de prononcer la nullité *ab initio* du contrat puisque l'assureur et ses témoins n'ont pu justifier logiquement le refus d'assurer. La position de l'assureur tenait à plusieurs motifs dont le fait qu'informé de la présence d'une centaine d'armes à feu de collection, il aurait refusé le risque sans pour autant justifier ses prétentions.

¹³⁰ Une distinction doit cependant être faite concernant les sinistres survenus dans les lieux assurés alors que l'assuré n'était pas propriétaire. Un tel sinistre ne fait pas partie de l'historique assurantiel de l'assuré puisqu'il n'a aucun lien avec la personne de l'assuré. Il ne correspond pas à la définition donnée au risque moral. Il peut toutefois s'agir d'une circonstance pertinente; cependant la règle de la connaissance s'applique, l'assuré est seulement tenu de déclarer ce qu'il sait.

¹³¹ Voir *Caisse Populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85, où la Cour ne fait aucun reproche à l'assuré de ne pas avoir déclaré sa situation financière (circonstance subjective) mais lui reproche de ne pas avoir divulgué qu'un assureur avait résilié sa police (historique assurantiel) en raison de sa situation financière précaire.

L'historique assurantiel de l'assuré peut aussi renseigner l'assureur sur d'autres circonstances subjectives. En effet, un incendie antérieur chez l'assuré peut témoigner de sa négligence¹³². Si le passé peut être garant du futur, on comprend alors l'intérêt pour l'assureur de connaître ces circonstances. C'est pourquoi l'assuré ne peut passer sous silence les sinistres antérieurs directement liés à l'objet de la couverture d'assurance¹³³.

La résiliation antérieure d'un contrat n'est pas en soi pertinente; c'est sa cause qui est susceptible de l'être¹³⁴. En effet, le tribunal étudiera si les motifs ayant mené à la résiliation ont une corrélation avec le risque prévu au contrat d'assurance. Cela s'explique par le fait que l'assureur antérieur a pu résilier le contrat antérieur pour un motif non pertinent aux yeux du tribunal. À titre d'exemple, l'assureur peut résilier ou refuser de renouveler le contrat de l'assuré en raison du fait qu'il cesse d'exercer ses activités dans un secteur particulier. Dans ce cas, il s'agit d'une circonstance non pertinente et l'assuré ne devrait pas être pénalisé par la décision de son assureur antérieur¹³⁵. Toutefois, l'assuré interrogé au sujet de la résiliation antérieure ne peut rester muet sans risquer de voir son contrat déclaré nul *ab initio*¹³⁶.

¹³² *Car & General Insurance Corporation Limited c. Therrien*, préc., note 64.

¹³³ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 67; *Lanthier c. Promutuel Coaticook-Sherbrooke*, préc., note 85; *3377466 Canada Ltée c. Compagnie d'assurance canadienne générale*, préc., note 96; *Scalzo c. Simcoe, Erie, cie d'assurance générale*, [1995] R.R.A. 671 (C.S.).

¹³⁴ *Marcoux c. Assurances générales Banque Nationale Inc.*, 2008 QCCQ 1847; *Crédit VW Canada Inc. c. Assurances générales Banque Nationale Inc. (Innovassur, assurances générales Inc.)*, préc., note 88; *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63; D. LUELLES, préc., note 25, p. 238; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 225; J.-F. LAMOUREUX, préc., note 24.

¹³⁵ Le même raisonnement s'applique concernant le refus d'assurance d'un autre assureur. Cette circonstance n'est pas en soi pertinente, c'est le motif à la base du refus qui peut être pertinent à l'appréciation du risque, tel que les antécédents judiciaires, le non-paiement des primes ou les fausses réclamations de l'assuré.

¹³⁶ *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85; *Jamil Estate c. Unique, Cie d'assurances générales*, [2000] J.Q. N° 3744 (C.S.) (QL/LN); *Ford c. Dominion of Canada General Insurance Co*, [1991] 1 R.C.S. 136. *Contra*: *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, préc., note 60, dans cette décision l'assureur antérieur avait résilié le contrat en raison d'une réclamation mensongère de l'assuré. Toutefois, le même assureur avait, en connaissance de cause, assuré à nouveau le même risque trois ans plus tard. Le nouvel assureur demanda sans succès la nullité *ab initio* du contrat en raison de cette résiliation antérieure.

L'assureur utilisant un questionnaire doit être prudent dans la formulation de ses questions puisqu'elles sont généralement interprétées de façon stricte¹³⁷. Ainsi, le refus antérieur d'un assureur d'indemniser ne peut être assimilé à une résiliation ou à un refus d'assurer¹³⁸.

La résiliation antérieure pour cause de non-paiement des primes constitue une circonstance pertinente qui, non divulguée, peut fonder la nullité *ab initio* du contrat¹³⁹. Toutefois, selon le professeur Lluelles, pour que cette circonstance soit pertinente, elle doit avoir « pour cause un élément relié au risque moral »¹⁴⁰ tel que l'insolvabilité chronique de l'assuré¹⁴¹. Ceci exigera une preuve objective sérieuse de la part de l'assureur quant au niveau de difficulté financière de l'assuré¹⁴².

Le recours à la notion de risque moral peut même être une cause de reproche lorsque les directives de souscription de l'assureur ne sont pas cohérentes. Ainsi, dans l'arrêt *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*¹⁴³, la Cour souligne que les directives de souscription de l'assureur associent les difficultés financières de l'assuré à un risque moral empêchant la conclusion du contrat, alors qu'il n'en est rien concernant les résiliations antérieures attribuables au non-paiement de prime. Devant de telles directives, nous constatons que la facette *sélection* du risque moral ne repose pas toujours sur des choix rationnels.

En somme, les circonstances reliées à l'historique assurantiel de l'assuré sont jugées pertinentes, et ce, même si l'assureur n'aborde pas le litige sous l'angle du risque moral.

¹³⁷ *Marcoux c. Assurances générales Banque Nationale Inc.*, préc., note 134.

¹³⁸ *Ahmad-Surrya c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, [2007] R.R.A. 728 (C.S.).

¹³⁹ *Drouillard c. Industrielle Alliance, Cie d'assurances générales*, 2007 QCCS 2492; *Gagnon c. L'Équitable*, préc., note 83.

¹⁴⁰ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 238.

¹⁴¹ *Crédit VW Canada Inc. c. Assurances générales Banque Nationale Inc. (Innovassur, assurances générales Inc.)*, préc., note 88; *GMAC Location Ltée c. Labelle*, préc., note 87; *Gagnon c. L'Équitable*, préc., note 83.

¹⁴² *Marcoux c. Assurances générales Banque Nationale Inc.*, préc., note 134, dans cette affaire, la Cour constate que l'assuré rencontre tous les critères de solvabilité de l'assureur et déclare en conséquence non pertinente la résiliation antérieure pour défaut de paiement de la prime.

¹⁴³ Préc., note 60.

Malgré la démonstration de notre hypothèse, nous sommes conscients que les changements que nous préconisons ne seront pas nécessairement suivis du jour au lendemain par les praticiens. Ainsi, les tribunaux, devant un assureur qui plaiderait tout de même le risque moral comme motif de nullité du contrat, devraient s'assurer que certaines conditions minimales sont satisfaites avant d'entendre un tel argument.

III. Conditions à satisfaire pour pouvoir plaider le risque moral

Pour pouvoir plaider avec succès que l'assuré représente un risque moral, l'assureur devra satisfaire trois critères. Tout d'abord, il devra prouver la connaissance de l'assuré (A), ensuite établir qu'il a questionné l'assuré à ce sujet (B) et par la suite démontrer la pertinence de la circonstance non dévoilée (C). La connaissance des circonstances par l'assuré étant essentielle au recours en nullité, nous commencerons par cette condition.

A. La connaissance de l'assuré

Au moment de la déclaration initiale, le preneur est seulement tenu de divulguer les circonstances dont il a connaissance¹⁴⁴. Autrement, l'assuré ne peut faire preuve de réticence et aucune sanction ne peut lui être opposée en raison de son ignorance¹⁴⁵. Selon le professeur Bergeron, l'assureur doit prouver la connaissance effective des circonstances par l'assuré puisqu'il n'existe pas de présomption de connaissance¹⁴⁶. Toutefois, le professeur Deslauriers répertorie des jugements faisant état d'une présomption de connaissance¹⁴⁷. À notre avis, lorsque preneur et assuré sont une même personne, les circonstances composant le risque moral sont des circonstances que « le preneur aurait dû raisonnablement connaître¹⁴⁸ », étant donné qu'elles sont directement liées à sa personne. Il est ainsi difficile

¹⁴⁴ Art. 2408 C.c.Q.; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 225; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 61; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 239; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 34.

¹⁴⁵ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 225; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 61.

¹⁴⁶ J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 66.

¹⁴⁷ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 35.

¹⁴⁸ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 240.

pour l'assuré de plaider l'ignorance¹⁴⁹. Au surplus, il n'appartient pas à l'assuré de juger de la pertinence des circonstances¹⁵⁰.

À l'inverse, la question de la connaissance de l'assuré sera davantage débattue lorsque les circonstances pertinentes concernent un coassuré ou un assuré innommé au contrat. Dans ce cas, la connaissance de l'assuré s'apprécie de la même façon que pour les circonstances objectives, exception faite que le preneur ne peut opposer à l'assureur la connaissance présumée de l'article 2408 du *Code civil du Québec*. En effet, les circonstances en lien avec le risque moral ne peuvent obtenir le statut de notoriété puisque la plupart de celles-ci ne sont connues que de l'assuré, celui-ci étant pratiquement le seul à détenir ces informations¹⁵¹. Toutefois, lorsque l'assureur a déjà assuré le preneur et que les circonstances en question se trouvent dans le dossier de l'assureur, on peut présumer que ce dernier connaît ces circonstances¹⁵². Outre ce cas d'espèce, la connaissance présumée de l'assureur s'applique essentiellement aux circonstances objectives. Une fois la connaissance de l'assuré établie, c'est le comportement de l'assureur lors de la déclaration initiale du risque qui sera étudié, plus précisément les questions qu'il a posées à l'assuré.

B. L'impact du questionnaire

La doctrine a grandement analysé le rôle et l'impact du questionnaire lors de la déclaration initiale de risque¹⁵³. Mentionnons tout d'abord que

¹⁴⁹ Exception faite des circonstances propres aux autres assurés au contrat ou lorsque le preneur est le mandataire d'une entreprise. Sur ce dernier point, voir les observations de P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 22 et 23.

¹⁵⁰ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 36 et 41 ; D. LUELLES, préc., note 25, p. 241.

¹⁵¹ Rappelons que les antécédents judiciaires, informations pourtant publiques, ne sont pas des faits de notoriété publique. Nul besoin alors d'élaborer davantage au sujet des autres circonstances subjectives telles que la situation financière de l'assuré ou ses fréquentations.

¹⁵² *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622 ; D. LUELLES, préc., note 25, p. 244 ; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 62.

¹⁵³ Patrice DESLAURIERS, « Le questionnaire d'assurance fait une autre victime : quelques réflexions suscitées par l'affaire *Ouellet* », (1994) 73 R. du B. can. 57 ; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 121-142 ; Didier LUELLES, « La portée du questionnaire sur le principe de la déclaration spontanée, à la lumière du droit comparé des assurances terrestres », (1988) 67 R. du B. can. 258 ; D. LUELLES, préc., note 25, p. 226 et 248 ; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 244 ; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 62 ; Céline GERVAIS, « Commentaire sur les décisions *Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa c.*

les questions posées ne font pas en elles-mêmes preuve de la pertinence des circonstances¹⁵⁴. Tout au plus, elles peuvent constituer un indice¹⁵⁵.

Étant donné que le risque moral est une notion spécifique au monde de l'assurance généralement inconnue de l'assuré normalement prévoyant, un fort courant jurisprudentiel prévoit que lorsque l'assureur n'a pas questionné l'assuré au sujet de circonstances subjectives, il est mal venu de prétendre après coup qu'elles sont pertinentes. En effet, si l'assureur n'a pas posé de question concernant une circonstance particulière, il peut s'agir d'une indication qu'elle n'est pas pertinente¹⁵⁶.

Ce nouveau courant jurisprudentiel démontre que l'assureur doit avoir questionné l'assuré au sujet des circonstances subjectives dont il entend prouver la pertinence afin de pouvoir présenter son expertise.

GMAC location limité et Bergeron c. Lloyd's Non-Marine Underwriters. De l'impact des questionnaires en assurance automobile », dans *Repères*, mars 2005, Droit civil en ligne (DCL), EYB2005REP333.

¹⁵⁴ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 53 et 54; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 226.

¹⁵⁵ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 246; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 63.

¹⁵⁶ *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63; *Guimond c. Prudentielle (La), compagnie d'assurance Ltée*, [1995] R.R.A. 455 (C.S.); *La Compagnie Mutuelle d'Assurance Wawanesa c. GMAC Location Limitée*, préc., note 71; *Bergeron c. Lloyd's Non-Marine Underwriters*, préc., note 71; *Desmarais c. Groupe CGU*, 2006 QCCS 2960, par. 275; *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 59; *Vallière c. Unique (L'), compagnie d'assurances*, préc., note 126; *Dansereau c. Pièces d'auto Contrecoeur Inc.*, [2007] R.R.A. 181 (C.S.); *Transco 2000 Ltée c. Cartier*, 2005 CanLII 26201 (Q.C.C.Q.); *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85, par. 43, où la Cour conclut que l'assureur est présumé avoir renoncé à exiger des informations concernant la situation financière de l'assuré étant donné que le formulaire ne contient aucune question particulière à ce sujet; *Paré c. Groupe Estrie-Richelieu, compagnie d'assurances*, 2007 QCCS 4551, par. 39, où la Cour souligne que si les antécédents de l'assuré « constituaient une circonstance de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter, pourquoi ne pas avoir posé la question directement aux assurés ? »; *Beaulieu c. Union canadienne (L') compagnie d'assurance*, préc., note 72, par. 63, où la Cour est d'avis que « l'absence totale de questions au sujet des antécédents judiciaires dans le questionnaire remis par la défenderesse a pu dissiper la perception des demandeurs que leur existence pouvait être un élément pertinent ou important ».

C. L'expertise au sujet de la pertinence

L'assureur ayant respecté les deux critères précédents devra par la suite faire la preuve de la pertinence des circonstances non dévoilées. Pour ce faire, deux moyens sont à sa disposition. Le plus simple est lorsque la pertinence est évidente : l'assureur est alors dispensé d'en faire la preuve¹⁵⁷. En effet, le tribunal pourra alors conclure seul à la pertinence des circonstances¹⁵⁸.

Autrement, l'assureur doit démontrer que les circonstances sont pertinentes pour l'évaluation du risque¹⁵⁹. Dans ce cas, le témoignage d'expert est pratiquement indispensable. En effet, le défaut de faire témoigner un expert sur la pertinence peut être une cause de reproche faite à l'assureur¹⁶⁰. De plus, dans de nombreux cas, le défaut par l'assureur de produire une expertise au soutien de ses prétentions l'a empêché d'obtenir la nullité du contrat¹⁶¹.

Toutefois, il ne suffit pas de faire témoigner un expert sur la pertinence d'une circonstance pour convaincre le tribunal¹⁶². En effet, le simple témoignage de l'expert n'est pas suffisant en soi¹⁶³. Il en va de même d'une vague déclaration selon laquelle l'assuré représente un risque moral et que, si l'assureur avait été informé de toutes les circonstances, il aurait refusé le risque¹⁶⁴ puisque l'expert doit être en mesure d'expliquer les motifs soutenant son opinion¹⁶⁵. Pour ce faire, il peut appuyer son témoignage par la production de manuels de souscription, d'expertises¹⁶⁶,

¹⁵⁷ *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 56.

¹⁵⁸ *Scottish & York Insurance Co. c. Victoriaville (Ville de)*, préc., note 69.

¹⁵⁹ *Dunn c. La Mutuelle d'Omaha, Cie d'assurance*, [1979] C.S. 967; *Scottish & York Insurance Co. c. Victoriaville (Ville de)*, préc., note 69.

¹⁶⁰ *Hajj Ali (Boulangerie et pâtisserie Oasis Enr.) c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, préc., note 112; *Desmarais c. Groupe CGU*, préc., note 156, par. 275; *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71; *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 59.

¹⁶¹ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 60.

¹⁶² D. LLUELLES, préc., note 25, p. 232 et 233.

¹⁶³ *Id.*, p. 234.

¹⁶⁴ *Gaulin c. Assurances générale des caisses Desjardins*, 2004 CanLII 29453 (Q.C.); *Jalbert c. H.B. Gestion d'Assurance collective Ltée*, 2004 CanLII 38854 (Q.C.).

¹⁶⁵ *Mansour c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, [2008] R.R.A. 498.

¹⁶⁶ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 59.

d'études, de statistiques¹⁶⁷ ou des règles de procédures internes afin de démontrer la pratique d'un assureur raisonnable¹⁶⁸. À défaut, la nullité *ab initio* du contrat ne sera pas prononcée¹⁶⁹.

On constate ainsi que la preuve présentée au tribunal doit être sérieuse et qu'elle ne peut reposer sur de pures hypothèses¹⁷⁰. En effet, le fardeau de preuve de l'assureur est lourd lorsqu'il veut démontrer qu'informé de circonstances de la connaissance desquelles il fut privé, il aurait refusé le risque, d'autant plus que les tribunaux soulignent fréquemment que les assureurs sont là pour assurer¹⁷¹.

*
* *

Dans cet essai, nous avons démontré que le risque moral est inapproprié en droit civil. Tout d'abord, parce que la moralité de l'assuré est une notion trop subjective et que les critères utilisés pour l'évaluer diffèrent d'un assureur à l'autre. De plus, les tribunaux ont recours à des critères plus objectifs que la simple moralité de l'assuré lorsque vient le temps d'évaluer la pertinence d'une circonstance non divulguée par l'assuré.

¹⁶⁷ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 233 ; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 229.

¹⁶⁸ Les tribunaux doivent porter attention à la date de création des documents fournis par l'assureur puisqu'en matière de déclaration initiale du risque, l'appréciation du consentement de l'assureur doit se faire au moment de la conclusion du contrat et non en cours d'exécution.

¹⁶⁹ *Mica Canada Inc. c. Général Accident cie d'assurance du Canada*, préc., note 87 ; voir *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71, par. 85, où la Cour, refusant de prononcer la nullité *ab initio* du contrat pour d'autres motifs, souligne que l'assureur n'a déposé aucune règle de procédure interne ; *Gan Canada Cie d'assurance c. Cie d'assurance Jevco*, [1999] R.J.Q. 2696, par. 20 (C.S.), où la Cour souligne que les règles de procédures internes invoquées par les témoins n'ont pas été produites ; *Entreprise internationale Amscon, s.e.n.c. (Amscon International Ventures) c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, 2007 QCCQ 1558, par. 59, où la Cour souligne que l'assureur n'a produit aucune politique de souscription.

¹⁷⁰ Cela démontre bien que les tribunaux sont à la recherche d'une preuve objective de la pertinence.

¹⁷¹ *Langlois c. Wawanesa compagnie mutuelle d'assurance*, [2004] R.R.A. 1209, par. 28 (C.S.), où la Cour exprime l'opinion que l'assureur « est dans le commerce pour conclure des contrats d'assurance » ; *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, préc., note 60, par. 122, où la Cour souligne que « [c]es constats démontrent l'empressement de Promutuel et son intérêt à se comporter en fonction de sa raison d'être : assurer ».

Troisièmement, la doctrine civiliste réussit à traiter de la déclaration initiale du risque et à y trouver des solutions efficaces sans référer à la notion de risque moral qui est par ailleurs plus adaptée à la common law.

Selon nous, le recours à la notion de risque moral doit être évité, car les institutions civilistes protègent déjà les intérêts de l'assureur. En effet, la nullité du contrat en cas de surassurance frauduleuse, d'absence d'intérêt assurable ou en cas de dol et le principe *fraus omnia corrumpit* protègent l'assureur contre la fraude de l'assuré. De plus, le caractère indemnitaire de l'assurance de dommages, la subrogation de l'assureur, l'exclusion de garantie en cas de faute intentionnelle, la déclaration obligatoire des aggravations de risque résultant des faits et gestes de l'assuré, l'obligation de l'assuré de coopérer en cas de sinistre, la déchéance du droit à l'indemnisation en cas de déclaration mensongère sont aussi des mécanismes qui protègent l'assureur puisqu'ils visent à enrayer la facette *tentation* du risque moral.

En terminant, nous ignorons si nos recommandations seront suivies dans un avenir rapproché, mais nous espérons que les tribunaux se montreront exigeants quant au respect des critères que nous avons dégagés avant d'accepter que soit plaidé le risque moral. D'ici là, nous souhaitons que les tribunaux soient exigeants quant au respect des critères que nous avons dégagés afin de pouvoir plaider le risque moral.