

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Chroniques sectorielles

Droit des assurances

[L]’assureur ne peut invoquer des conditions [...] qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat (art. 2403 C.c.Q.). Cette disposition légale est-elle vouée à une « abrogation » judiciaire ?
Étonnement et inquiétude*

Didier LLUELLES

Professeur titulaire et président de la Section de droit privé
de la Faculté de droit de l’Université de Montréal

Il n’est pas rare que, pour résister à une réclamation, un assureur invoque un document extérieur au contrat conclu, document dans lequel figurent une ou plusieurs clauses susceptibles de contrarier le réclamant. Il peut s’agir d’une

exclusion de risque¹, de l’imposition d’une procédure d’arbitrage², de l’assujettissement du preneur à des engagements visant à limiter le risque³ ou encore de la précision de critères d’admissibilité⁴.

* Cette chronique est inspirée de la conférence prononcée le 13 avril 2007 dans le cadre du *Colloque des Développements récents en droit des assurances*, événement tenu sous les auspices du Service de la formation continue du Barreau du Québec. L’auteur remercie le Service de la formation continue du Barreau du Québec pour son aimable autorisation.

¹ *General Accident Cie d’assurance du Canada c. Genest*, [2001] R.R.A. 15 (C.A.); *Promutuel Valmont, société mutuelle d’assurances générales c. Henderson*, 2006 QCCA 838, J.E. 2006-1314, [2006] R.R.A. 541 (C.A.) (J. Dussault); *Gélinas c. Cie d’assurance Guardian du Canada*, B.E. 2003BE-205 (C.S.).

² *Chassé c. L’Union canadienne, cie d’assurance*, [1999] R.R.A. 165, 167 (C.S.); *Bureau c. Beauce, société mutuelle d’assurance générale*, [1996] R.R.A. 241 (C.Q.).

³ *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, 2007 QCCS 51, J.E. 2007-351, par. 35 (C.S.); cf. *Lalande c. Groupe PPP Ltée*, J.E. 2005-1687 (C.Q.).

⁴ *Scott c. Laval Volkswagen Ltée*, J.E. 2002-1732 (C.Q.).

Quant au document externe, il peut revêtir diverses formes, comme un « formulaire » d'ordre technique⁵, une annexe à vocation d'ordre proprement normatif⁶, ou encore un document du type « attestation », voire « note de couverture » (dans le sens d'un document prouvant provisoirement un contrat définitif déjà conclu)⁷. Le document externe peut être aussi la police elle-même qui, bien que finalisée, n'a pas fait l'objet d'une délivrance au preneur⁸. À plus forte raison, la clause externe peut émaner d'une police non encore finalisée lors de la conclusion de l'entente⁹. Advenant même que le preneur ait reçu une « police abrégée », la clause litigieuse, pourtant contenue expressément dans la police complète, constituera aussi une clause externe, si la police complète n'a pas été remise dès le départ au preneur, qu'il s'agisse d'une assurance automobile¹⁰ ou de tout autre contrat d'assurance¹¹.

La clause externe est-elle opposable au réclamant de la prestation d'assurance? Pour pratique que puisse apparaître le procédé pour

l'assureur, il présente un redoutable danger pour son cocontractant qui risque d'ignorer, lors de la conclusion du contrat, un élément d'importance et de découvrir plus tard une désagréable surprise!

I. L'état des textes de l'entrée en vigueur de la réforme du droit des assurances (20 octobre 1976) à la veille de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec (31 décembre 1993)

Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le sort réservé aux clauses externes différait notablement selon que l'on avait affaire à un contrat d'assurance ou à un autre type de contrat.

A. Le cas des contrats de droit commun : une solution non législative

Pour les contrats assujettis au droit commun des contrats, comme un bail commercial ou un contrat de franchise, la clause externe était parfaitement opposable, à la seule condition qu'une clause du contrat

⁵ Cf. *Lalande c. Groupe PPP Ltée*, précité, note 3, par. 9.

⁶ *Promutuel Valmont, société mutuelle d'assurances générales c. Henderson*, précité, note 1, conf. *Henderson c. Promutuel Valmont, société mutuelle d'assurances générales*, J.E. 2004-1400 (C.S.); *Gélinas c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, précité, note 1, par. 14; *Scott c. Laval Volkswagen Ltée*, précité, note 4, par. 4; cf. *Lalande c. Groupe PPP Ltée*, précité, note 3, par. 9.

⁷ *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, précité, note 3, par. 35.

⁸ Cf. *Société d'entraide et d'établissement du Québec c. Assurances Dumas & associés*, [1998] R.R.A. 368, 371 (C.A.); *Dumont c. La Survivance cie mutuelle d'assurance vie*, [1996] R.R.A. 1272 (C.Q.).

⁹ *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, précité, note 3, par. 35.

¹⁰ *Chassé c. L'Union canadienne, cie d'assurance*, précité, note 2; *Bureau c. Beauce, société mutuelle d'assurance générale*, précité, note 2, 242 (C.Q.); *Toyota Credit Canada Inc. c. Axa Insurances Inc.*, [2002] R.R.A. 1037, par. 39 (C.Q.).

¹¹ *General Accident Cie d'assurance du Canada c. Genest*, précité, note 1, par. 19 et 20; cf. *Dumont c. La Survivance cie mutuelle d'assurance vie*, précité, note 8.

renvoyât expressément les parties au document externe et que ce dernier fût aisément disponible¹². En d'autres termes, le document externe, ainsi annoncé par une clause de renvoi, était «réputé faire partie intégrante du contrat, comme s'il avait été incorporé à l'écrit»¹³. Cette solution se justifiait par «le principe de l'autonomie de la volonté, selon lequel les parties, sous réserve de la loi et de l'ordre public, sont libres d'aménager à leur guise leur régime obligationnel [et de] ne [...] prévoir [que] le strict nécessaire»¹⁴.

B. Le cas des contrats d'assurance

Pour les contrats d'assurance terrestre, la technique de l'incorporation de la clause externe paraissait, par contre, assez clairement condamnée avant le nouveau Code, même en présence d'une clause de renvoi. En effet, une des préoccupations constantes du législateur,

lors de la réforme du droit des assurances, entrée en vigueur le 20 octobre 1976, était la plus grande transparence possible au sujet du contenu du contrat d'assurance. En témoignent, notamment, les dispositions portant sur l'obligation, désormais claire, de délivrer la police complète au preneur du contrat¹⁵ ou faisant prévaloir la proposition sur la police, en cas de divergence, en l'absence d'un avertissement écrit¹⁶ ainsi que les précisions relatives aux modifications en cours de contrat¹⁷.

De manière plus précise, le droit des assurances rénové en 1976 semblait condamner l'incorporation de la clause externe, en dépit d'une clause de renvoi. En effet, aux termes de l'article 2482, al. 1^{er} C.c.B.C., l'assureur ne pouvait « invoquer de conditions ou déclarations qui [n'étaient] pas énoncées dans le contrat »¹⁸. Comme l'assureur devait dorénavant délivrer la police com-

¹² Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 1459, p. 753; Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 205, p. 267.

¹³ Jean PINEAU, «Théorie des obligations», dans *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 9, aux pages 95 et 96 (n° 83). Le droit français allait, et va encore, dans ce sens: cf. Jacques GHESTIN, «Normalisation et contrats», (1985) 19 *R.J.T.* 1, 10; cf. *Fraser c. Thomarat*, J.E. 85-223 (C.A.) (j. Bisson), p. 17 et 18 du texte intégral.

¹⁴ Cf. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 432, p. 247; cf., aussi, J. PINEAU, *loc. cit.*, note 13, 9, 95 et 96 (n° 83).

¹⁵ Art. 2478, al. 1^{er} C.c.B.C., aujourd'hui art. 2400, al. 1^{er} C.c.Q.

¹⁶ Art. 2478, al. 2 C.c.B.C., aujourd'hui art. 2400, al. 2 C.c.Q.

¹⁷ Art. 2482, al. 2 C.c.B.C., aujourd'hui art. 2405, al. 2 C.c.Q.

¹⁸ Quand on parle d'une «condition énoncée dans le contrat», le terme «contrat» ne réfère à rien d'autre qu'à la convention d'assurance liant l'assureur au preneur, quelle que soit la forme que revêt cette convention. Il importe, en effet, de ne «pas confondre un contrat avec l'écrit qui en constate les termes»: *Cie d'assurance Guardian Insurance c. Victoria Tire Sales*, [1979] 2 R.C.S. 849, 869 (j. Pigeon); voir aussi: Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance. Lignes et entre-lignes*, Sherbrooke, Éditions SEM, 1989, p. 131. Ainsi, le contrat sera la police et, le cas échéant, la proposition, si la clause externe est une annexe, par exemple. Le contrat sera l'entente verbale ou l'attestation provisoire de la couverture déjà accordée, si la police n'est pas encore délivrée (la police étant alors le document externe),

plète¹⁹, ce dernier ne pouvait donc opposer au réclamant que les clauses figurant expressément « et au long » dans le document constatant le contrat, et pourvu que ce document fût délivré au preneur²⁰. En effet, l'emploi du mot « énoncé » excluait la simple « annonce » de la clause²¹. Cette différence qu'affichait la solution du nouveau droit des assurances, par rapport au libéralisme du droit commun des contrats, s'expliquait par cette philosophie protectrice des assurés, désormais considérés comme des contractants vulnérables, quel que

fût d'ailleurs le statut économique et technique des assurés en cause²². Le seul cas où le droit des assurances acceptait l'incorporation d'un document externe dans le contrat concernait les mutuelles. Ces dernières pouvaient, très exceptionnellement, inclure dans le contrat, sans avoir à les reproduire, les normes contractuelles contenues dans l'acte qui les constitue ou dans leurs règlements, pour autant que la clause de renvoi du certificat de participation fût expresse et précise²³.

etc. Cf. *Dumont c. La Survivance cie mutuelle d'assurance vie*, précité, note 8, citant Christianne DUBREUIL, « Les assurances », dans FORMATION PROFESSIONNELLE DU BARREAU, *Collection de droit*, 1995, p. 242.

- ¹⁹ Pour le droit antérieur au 20 octobre 1976, voir : *Fraser c. Thomarat*, précité, note 13, p. 17 et 18 du texte intégral. De l'avis de la Cour d'appel, l'article 214, al. 1^{er}, de l'ancienne *Loi des assurances*, S.R.Q. 1964, c. 295, applicable aux faits de l'affaire, qui dataient de 1971, n'imposait pas en soi la délivrance complète de la police. Une clause d'exclusion de la police complète qui n'avait pas été remise au preneur fut déclarée opposable au réclamant de la prestation, du fait de la clause de renvoi à la police complète que contenait la formule abrégée. Pour une critique de cette solution, voir : J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 18, p. 206, note 372.
- ²⁰ *Du Sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance*, [1988] R.J.Q. 2305, 2309 (C.P.); J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 18, p. 226-230 (§ 1. « L'assureur ne peut invoquer que ce qui est écrit dans le contrat remis à l'assuré »).
- ²¹ J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 18, p. 206, note 372 : « tous les termes et [toutes les] conditions doivent [...] être insérés [dans le contrat] et non seulement [y] être annoncés par référence ». Par ailleurs, la technique du renvoi est impuissante même dans les cas où elle a été autorisée par une autorité administrative, sans habilitation législative expresse : on peut songer à l'approbation de cette technique par l'Inspecteur général des Institutions financières, dans le cas notamment de l'ancienne formule abrégée d'assurance automobile FPQ n° 1A : *Du Sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance*, précité, note 20, 2309 ; Didier LLUELLES, « Le conjoint de fait a-t-il vocation au bénéfice de l'assurance-vie prévue par l'avenant FAQ n° 34 ? », (1984) 52 *Assurances* 310, 320 ; Jean-Guy BERGERON, avec la collaboration de Nathaly RAYNEAULT, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Éditions « Revue de droit », 1996, p. 50.
- ²² Ainsi, autre nouveau rempart censé accroître la protection des preneurs, l'ordre public de l'article 2500 C.c.B.C. devait profiter tant aux preneurs ordinaires qu'aux preneurs versés dans les affaires. Un grand juriste de l'assurance n'avait pas manqué de relever ce paradoxe : J. Vincent O'DONNELL, « The New Quebec Insurance Act: Some General Comments and Some Potential Problems », (1978) *Mer. Mem. Lect.* 1, 2.
- ²³ Art. 2484 C.c.B.C., aujourd'hui l'article 2407, al. 1^{er} C.c.Q. Cette dérogation, déjà prévue par l'article 214, al. 3 de l'ancienne *Loi des assurances*, précitée, note 19, ne concernait que les éléments contractuels, que pourraient contenir les statuts ou les règlements d'une société mutuelle. En ce qui concerne les clauses externes de la mutuelle contenues ailleurs, la prohibition du premier alinéa de l'article 2482 C.c.B.C. devait continuer de s'appliquer.

II. L'état des textes depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec (1^{er} janvier 1994)

A. L'adoption d'une solution législative pour les contrats de droit commun

À compter du 1^{er} janvier 1994, le nouveau Code civil réglemente expressément la question des clauses externes dans le domaine du droit général des contrats, à l'article 1435 C.c.Q., lequel n'avait d'ailleurs pas d'équivalent dans le précédent Code²⁴. Le premier alinéa de cette disposition codifie l'ancienne solution : pour que la clause externe entre dans le cercle contractuel, le contrat doit y faire une référence expresse. Sous l'empire du droit civil antérieur, la clause de renvoi était à la fois nécessaire et suffisante. Désormais, cette solution ne vaut que pour les contrats « ordinaires ». En effet, pour les con-

trats d'adhésion²⁵ et pour les contrats de consommation, au sens de l'article 1384, la présence d'une clause de renvoi ne suffit pas pour l'efficacité de la clause externe.

Dans un souci de transparence²⁶, le second alinéa de l'article 1435 – de droit véritablement nouveau²⁷ – exige, *en outre*, qu'au plus tard à la conclusion du contrat, l'adhérent ou le consommateur ait été informé par son cocontractant de l'existence de cette clause, ou qu'il en ait eu « connaissance par ailleurs »²⁸. Contrairement au régime des contrats ordinaires, la clause de renvoi, à elle seule, ne permet donc pas l'inclusion de la clause externe dans le contrat de consommation ou d'adhésion²⁹. Compte tenu de la vulnérabilité de principe du consommateur ou de l'adhérent, on comprend aisément que le législateur ne se satisfasse pas, en ce cas, de la seule accessibilité du document externe, simple exigence « fictive »

²⁴ L'article 1435 est véritablement de droit nouveau : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 870 ; Vincent KARIM, *Commentaires sur les obligations*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 194.

²⁵ Cf. art. 1379, al. 1^{er} C.c.Q.

²⁶ *Banque Toronto-Dominion c. St-Pierre*, B.E. 97BE-974 (C.Q.), p. 10 du texte intégral.

²⁷ Précisons que le premier alinéa de l'article 1435 n'est pas véritablement de droit nouveau, si ce n'est que sa substance figure désormais dans le Code civil : la nécessité d'un renvoi était déjà prévue par la jurisprudence québécoise antérieure : cf. *Fraser c. Thomarat*, précité, note 13, p. 17 et 18 du texte intégral.

²⁸ Pour un panorama des premières applications judiciaires du second alinéa de l'article 1435 du nouveau Code, on consultera : Jean PINEAU, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 113, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 141, aux pages 168 et 169.

²⁹ Le droit français, du moins au plan législatif, n'impose pas cette exigence additionnelle. Certaines autorités la suggèrent toutefois pour les contrats d'adhésion : cf. Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, « Les obligations », 4^e éd., Paris, Économica, 1998, n^o 271, p. 239-242.

qui n'implique qu'un « minimum de connaissance »³⁰. La seule référence peut donc mener à des abus³¹. Aussi, le consommateur ou l'adhérent doit-il connaître non seulement l'existence de la clause externe, mais aussi – et surtout – le contenu de pareille clause³². Cette exigence est vraisemblablement d'ordre public³³.

B. Le maintien apparent de la solution légale antérieure relative aux contrats d'assurance

Malgré l'adoption de l'article 1435, au sein de la partie générale du livre V du droit des obligations, le codificateur de 1994 n'a pas supprimé, au sein du chapitre XV con-

sacré au droit des assurances, la solution du premier alinéa de l'article 2482 et de l'article 2484 C.c.B.C., issus de la Réforme de 1976. Ces textes ont, en effet, été maintenus, presque mot pour mot, par les articles 2403 et 2407 C.c.Q., respectivement. L'article 2403 C.c.Q., quant à lui, reprend l'essentiel du premier alinéa de l'article 2482 C.c.B.C., à cette nuance près que le nouveau texte français est désormais aussi précis que ne l'était la version anglaise du texte antérieur: l'article 2403 exige désormais que la condition soit « énoncée *par écrit* dans le contrat »³⁴. Cette précision nouvelle, nous le verrons un peu plus loin, n'est pas sans importance au

³⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil: les obligations*, 20^e éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 90; Philippe NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, Litec, 1998, n^o 8, p. 11, à la note 22.

³¹ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, « Commentaires », p. 612; J. PINEAU, *loc. cit.*, note 13, 96 (n^o 83).

³² *Secrétariat de l'Action catholique de Joliette c. Cyr*, [2000] R.J.D.T. 971, 976 et 977 (C.S.).

³³ Les prescriptions du second alinéa de l'article 1435 ne sauraient être écartées par une clause du contrat, directement – par une clause dérogatoire –, ou indirectement – par le choix d'une loi étrangère, qui ne prévoirait pas une telle solution. Considérant les objectifs du législateur, il va de soi que ces prescriptions doivent être considérées comme d'ordre public – de protection; voir, dans une perspective de droit international privé: *Eclipse Optical Inc. c. Bada U.S.A. Inc.*, [1998] R.J.Q. 289, 291 (C.Q.).

³⁴ S'il était clair, avant le 1^{er} janvier 1994, que l'assureur ne pouvait invoquer une stipulation extérieure, sans que le contrat ne contint une clause de renvoi, un doute subsistait si le contrat avait prévu un tel renvoi. La plupart des interprètes refusaient, il est vrai, de considérer que la clause de renvoi fût suffisante pour faire de la clause extérieure une disposition « énoncée dans le contrat », « énoncée » voulant dire « exprimée » et non seulement « annoncée »: J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 18, p. 203 et 204; Luc PLAMONDON, « Life Insurance in Quebec Since 1976: Some Points of Interest », (1978) *Mer. Mem. Lect.* 69, 85 et 86; Didier LLUELLES, « Formation et prise d'effet du contrat d'assurance sur la vie: une coexistence difficile », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La responsabilité et les assurances (1990)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 129; Roger BOUT, *Le contrat d'assurance en droit comparé français et québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 31 et 32; *Du Sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance*, précité, note 17, 2309 et 2310. Ces interprètes avaient d'autant raison que la réforme du droit des assurances de 1974-76 semblait faire de la technique du renvoi un moyen tout à fait exceptionnel, la disposition relative à l'opposabilité des règlements des sociétés mutuelles témoignant de cette réalité nouvelle (C.c.B.C., art. 2484; cf. C.c.Q., art. 2407).

plan des techniques de l'interprétation et de la hiérarchie des lois³⁵.

Ainsi, l'assureur ne pourrait opposer la clause extérieure, même si elle est annoncée par une clause de renvoi, à moins vraisemblablement qu'un exemplaire du document externe n'ait été remis au preneur en temps utile³⁶. Comme nous venons de l'entrevoir, en l'état actuel des textes contemporains, la clause de renvoi n'est, exceptionnellement, admise que dans le cas des statuts et des règlements des sociétés mutuelles, aux conditions strictes de l'article 2407. Le doyen Bergeron affirme de manière on ne peut plus claire, et à bon droit, à notre avis, que « toute insertion d'une clause externe au contrat d'assurance par simple renvoi est prohibée, sauf la

possibilité [...] expresse contenue à l'article 2407 C.c.Q. **La disposition de l'article 2403 C.c.Q. constitue donc une exception à celle de l'article 1435 C.c.Q.** [...] » (les caractères gras sont de nous)³⁷.

Du moment donc qu'il est question d'un *contrat d'assurance*, la règle de l'impuissance du renvoi s'applique, même si ce contrat d'assurance n'est pas, par hypothèse, un *contrat d'adhésion*. Par ailleurs, dans le cas même où l'assurance serait un contrat d'adhésion, la preuve de la connaissance ou de l'avertissement ne devrait pas remettre en cause la solution. L'article 2403 concerne, en effet, tous les contrats d'assurance terrestre, sans distinction aucune, sous réserve de l'assurance collective³⁸. En outre,

³⁵ Par ailleurs, la technique du renvoi est impuissante, même dans les cas où elle a été autorisée par une autorité administrative, sans habilitation législative expresse ; on peut songer à l'approbation de cette technique par l'Inspecteur général des Institutions financières dans le cas notamment de l'ancienne formule abrégée d'assurance automobile FPQ n° 1A : *Du Sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance*, précité, note 20, 2309 ; D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 21, 320 ; J.-G. BERGERON, avec la collaboration de N. RAYNEAULT, *op. cit.*, note 21, p. 50.

³⁶ Cf. R. BOUT, *op. cit.*, note 34, p. 31 et 32. Un auteur considère, pour sa part, que la seule remise ne suffirait pas, qu'une *incorporation* à la police serait requise : J.-G. BERGERON, avec la collaboration de N. RAYNEAULT, *op. cit.*, note 21, p. 50 et 51. (Il conviendrait, tout de même, de préciser quelle forme devrait prendre cette « incorporation » !)

³⁷ J.-G. BERGERON, avec la collaboration de N. RAYNEAULT, *op. cit.*, note 21, p. 49 et 50 (les italiques sont de nous).

³⁸ La question que pose l'article 2403 C.c.Q. est étrangère aux assurances collectives. L'attestation d'assurance individuelle est naturellement assujettie aux conditions de la police mère, pourvu que cette dernière ait été délivrée au preneur collectif. L'assureur n'est, en effet, pas obligé de remettre la police collective à chaque adhérent. Par la force des choses, la police mère, remise au preneur collectif, n'est pas un « document externe ». Là-dessus, consulter : *Floyd Creachman c. Consolidated Life Assurance Co.*, [1997] R.R.A. 800 (C.S.). Pour une autre approche, voir : J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 18, p. 244, où l'auteur cite *O'Neill c. C.I.P. and Continental Casualty Co.*, [1973] R.C.S. 802-806. Par ailleurs, « le fait que l'attestation ne contient pas un résumé des clauses de la police maîtresse ne saurait donner matière à divergence [au sens de l'article 2401, al. 2 C.c.Q.] » : *Lapointe c. L'Industrielle-Alliance*, [1994] R.R.A. 867 (C.S.). Mais, « à partir du moment où il réfère, dans un certificat d'attestation d'assurance, à une clause quelconque de la police, l'assureur a l'obligation d'en donner un résumé fidèle. S'il la reproduit, il doit en réciter le texte au complet, faute de quoi le passage omis de la police ne sera pas opposable aux ayants droit de l'adhérent [*Lapointe c. L'Industrielle-Alliance*, [1998] R.R.A. 14, 15 (C.A.), inf. [1994] R.R.A. 867

et l'on n'insistera jamais trop sur ce point, le second alinéa de l'article 1435 vise la clause externe à laquelle réfère une clause du contrat : si l'article 2403 déroge au premier alinéa de l'article 1435, il déroge tout autant au second, qui n'est que le satellite du premier³⁹. Par conséquent, les exutoires de l'article 1435 ne devraient, selon nous, avoir de pertinence que pour les *contrats d'adhésion autres* que le contrat d'assurance⁴⁰.

C'est du moins ce que nous pouvions croire jusqu'à ce qu'un certain nombre de décisions, notamment de la Cour d'appel, ne viennent, ces dernières années, jeter une incertitude – et surtout susciter une inquiétude – sur le sujet. Ces décisions

risquent, en effet, de mener à un abandon pur et simple de la solution de l'article 2403 au profit de celle qui émane du seul article 1435 C.c.Q.

III. La dérive récente d'une certaine jurisprudence

Certes, quelques décisions ont continué, sur le terrain des assurances terrestres, de traiter les clauses externes en recourant essentiellement à l'article 2403 C.c.Q. Ainsi, dans une affaire *Scott c. Laval Volkswagen Ltée*, la Cour du Québec, se fondant sur le seul terrain de l'article 2403 (en association avec le premier alinéa de l'article 2400, exigeant la livraison de la police) et s'autorisant des

(C.S.]] : Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 94 et 95, note 278.

³⁹ La solution proposée mérite, cependant, d'être nuancée. Si l'assureur a remis au preneur un exemplaire du document contenant la disposition externe, la technique du renvoi serait tout à fait légitime, même sous l'empire du seul article 2403 [R. BOUT, *op. cit.*, note 34, p. 31 et 32; *contra* : J.-G. BERGERON, avec la collaboration de N. RAYNEAULT, *op. cit.*, note 21, p. 50 et 51], tout au moins de son esprit. À ce titre, l'article 1435 compléterait harmonieusement la disposition législative spéciale. Toutefois, si le document extérieur fait l'objet d'une remise séparée de la police, sans qu'une clause de renvoi ne l'annonce, il sera vraisemblablement inopposable. Cette inopposabilité ne concerne cependant pas l'avenant initial. Ce dernier, broché avec la police, ne constitue pas un document extérieur : *Dutil c. Fédération, cie d'assurances*, C.Q. Québec, n° 200-32-004891-957.

⁴⁰ Peut-être, cependant, les conditions du second alinéa de l'article 1435 pourraient-elles constituer des exigences additionnelles à celles qu'énonce l'article 2407. Cette dernière disposition autorise, par exception, la technique du renvoi dans le cas des règlements des mutuelles : la société ne pourrait, alors, invoquer, en dépit du respect des conditions strictes de cet article, une stipulation prévue au règlement, si elle avait omis de signaler son contenu au preneur, lors de la souscription, ou si ce dernier l'ignorait alors par ailleurs. À cet égard, voir : J.-G. BERGERON, avec la collaboration de N. RAYNEAULT, *op. cit.*, note 21, p. 50, note 69 : « dans le cas des exceptions [...], rien n'empêche l'application de l'article 1435, al. 2, prévoyant de porter à la connaissance de l'adhérent ou du consommateur les clauses externes introduites par simple renvoi » ; voir aussi, *id.*, p. 59. La solution proposée par le doyen Bergeron mérite l'approbation. Cette solution ne représente pas, en effet, une échappatoire au profit de l'assureur, mais constitue un rempart additionnel, et vraisemblable, pour la protection des preneurs d'assurance en leur qualité additionnelle de parties à un contrat d'adhésion, dans le seul cadre, au demeurant, des exceptions à la prohibition de l'article 2403 prévues par le chapitre du droit des assurances.

décisions *Du Sablon c. La Prudentielle*, de la Cour provinciale⁴¹, et *Société d'entraide c. Assurances Dumas*, de la Cour d'appel⁴², a refusé de donner effet à une clause externe, non reproduite dans le document contractuel, dans les termes suivants : « En somme, [...] l'assureur invoque, pour justifier une résiliation unilatérale du contrat d'assurance, des conditions qui n'apparaissent pas dans le certificat d'assurance remis à l'assuré. Or, il ne pouvait, par simple renvoi, insérer, dans le contrat remis à l'assuré, des clauses externes ou [...] contenues dans un autre document non remis à l'assuré au moment où il a contracté la police »⁴³.

Force est de constater, toutefois, que le nombre de décisions ayant tendance, ces derniers temps, à écarter plus ou moins radicalement l'article 2403 est largement majoritaire⁴⁴. Le virage a été amorcé, quoique subtilement, en 2001, dans l'arrêt *Genest* de la Cour d'appel sans cependant que le point n'ait été apparemment débattu⁴⁵. Une clause excluait de la garantie les dommages dus aux eaux souterraines, sans avoir fait l'objet d'une

reproduction dans la police abrégée, seul document remis à l'assuré. Pour écarter la clause, la Cour commence par invoquer l'article 2403, de même que les articles 2399 et 2400. Notre plus haute Cour précise :

*Dans les circonstances, l'assureur ne pouvait invoquer à l'encontre d'une réclamation de son assurée, des conditions ou exclusions qui n'étaient pas énoncées par écrit au contrat remis. Au surplus, s'il est vrai que la police [abrégée] réfère à des Formulaires applicables et même au formulaire [de la police complète], il demeure que, dans la mesure où ce document n'a pas été remis à l'assuré, la clause d'exclusion qui s'y trouve doit être qualifiée de clause externe, étant énoncée dans un document auquel renvoie le contrat des parties et non pas dans le contrat lui-même.*⁴⁶

Jusque-là, il n'y a rien à redire. La Cour fonde sa décision sur l'esprit de l'article 2403. La solution de l'article 1435, al. 1^{er}, qui justifierait une inclusion de la clause par le truchement de la clause de renvoi, est donc écartée.

Le problème vient cependant des arguments additionnels qu'avance le juge Rochette au soutien du rejet

⁴¹ *Du Sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance*, précité, note 20, 2309.

⁴² *Société d'entraide et d'établissement du Québec c. Assurances Dumas & associés*, précité, note 8, 371.

⁴³ *Scott c. Laval Volkswagen Ltée*, précité, note 4, par. 21 ; voir aussi : *Toyota Credit Canada Inc. c. Axa Insurances Inc.*, précité, note 10, par. 38 ; voir aussi, à un moindre niveau : *Fillion c. La Capitale compagnie d'assurance générale*, [2001] R.R.A. 1108, par. 94 (C.Q.).

⁴⁴ *General Accident Cie d'assurance du Canada c. Genest*, précité, note 1 ; *Promutuel Valmont, société mutuelle d'assurances générales c. Henderson*, précité, note 1, conf. J.E. 2004-1400 (C.S.) ; *Factory Mutual Insurance Co. c. Transport Baie-Comeau Inc.*, J.E. 2003-1665 (C.S.) ; *Gélinas c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, précité, note 1 ; *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, précité, note 3 ; cf. *Lalande c. Groupe PPP Ltée*, précité, note 3.

⁴⁵ *General Accident Cie d'assurance du Canada c. Genest*, précité, note 1.

⁴⁶ *Id.*, par. 35 et 36.

de la clause d'exclusion. Citant un passage du *Précis des assurances terrestres*, dans lequel le soussigné constatait simplement cette réalité d'ordre statistique : « le contrat d'assurance est devenu l'exemple classique de contrat d'adhésion »⁴⁷, le haut magistrat en tire cette conclusion, apparemment inéluctable : « [i]l en résulte qu'une clause externe à ce contrat est nulle si "au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément été portée à la connaissance de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que l'adhérent en avait par ailleurs connaissance" (art. 1435 C.C.Q.) »⁴⁸.

Ce glissement de l'article 2403 vers l'article 1435 ne laisse pas d'étonner et d'inquiéter. Après avoir semblé fonder sa solution sur le terrain du droit des assurances, la Cour donne la forte impression de ne fonder sa décision que sur l'article 1435, pour la raison que l'assurance en cause constitue un contrat d'adhésion.

La Cour a, en effet, donné satisfaction à l'assuré adhérent, faute par l'assureur d'avoir apporté l'une

ou l'autre des preuves qu'exige le second alinéa de l'article 1435⁴⁹. Si la solution apportée par la Cour d'appel, dans l'affaire *Genest*⁵⁰, est acceptable dans son contexte factuel, sa motivation apparaît sujette à caution. Que se serait-il passé, en effet, si l'assureur, sans nécessairement remettre le document extérieur à l'assuré lui-même, avait avisé ce dernier de son contenu ? La Cour semble sous-entendre que le contenu de la clause extérieure eût, en ce cas, été opposable. Cette solution apparaîtrait, à tout le moins, contestable sur le plan des textes (cf. art. 2403), et serait grandement regrettable au niveau de la protection des preneurs d'assurance. En effet, une communication verbale risque d'avoir moins d'impact qu'une communication qui emprunte le canal de la remise d'un écrit. Ne dit-on pas souvent que ce qui entre par l'oreille droite en ressort par l'oreille gauche ? Certes, un paragraphe de la police abrégée référerait à la clause externe en cause, mais il faut convenir que, s'agissant d'un contrat d'assurance, même s'il est d'adhésion, la technique du renvoi

⁴⁷ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 38, p. 35.

⁴⁸ *General Accident Cie d'assurance du Canada c. Genest*, précité, note 1, par. 37.

⁴⁹ Par ailleurs, le fait que l'assureur ait remis le formulaire qui contenait la clause litigieuse en quantité suffisante au courtier n'a pas été pris en compte, d'autant plus qu'en l'espèce, la Cour a vu un mandat donné au courtier par l'assureur dans la gestion de la remise du document.

⁵⁰ Voir aussi, en ce sens : *Bureau c. Beauce, société mutuelle d'assurance générale*, précité, note 2, 241, 242, autre décision concernant une clause d'arbitrage en assurance automobile prévue par la police standard, mais non remise à l'assuré lors de la conclusion du contrat : « Attendu que le juge soussigné considère qu'il s'agit de clauses externes liant les parties sous réserve des restrictions imposées dans le cas d'un contrat d'adhésion ; attendu que la preuve présentée par la [compagnie d'assurance] ne rencontre pas les exigences impératives du deuxième alinéa dudit article 1435 C.C.Q. ; déclare nulles les deux clauses invoquées ».

est insuffisante, sauf pour les règlements des mutuelles (art. 2407)⁵¹.

En outre, l'autre danger potentiel du recours au second alinéa de l'article 1435 est la possibilité d'opposer à l'assuré adhérent une « connaissance par ailleurs » du contenu de la clause externe. Or, une des motivations de l'article 2403, exclusif aux assurances terrestres, n'était-elle pas de mettre l'assuré à l'abri des coutumes ou usages de l'industrie de l'assurance⁵²? (Nous allons bientôt voir que ce danger vient de se concrétiser.) Enfin, qu'aurait décidé la Cour si le contrat avait été négocié – ou négociable? La Cour aurait-elle, en ce cas, pour être logique avec la base de son raisonnement, admis la clause externe, grâce à la seule clause de renvoi prévue au contrat, sur la foi du premier alinéa de l'article 1435? À quoi servirait, alors, la partie de l'article 2403 relative à l'inopposabilité des clauses extérieures au contrat, qui n'y seraient pas « énoncées par écrit »⁵³? Cette disposition serait-elle donc réduite

à une peau de chagrin? Seule subsisterait réellement sa partie relative aux *déclarations*!

Mais, de ce simple glissement opéré par l'arrêt *Genest*, on est passé carrément à une « abrogation » jurisprudentielle de l'essentiel de l'article 2403 dans les affaires qui n'ont pas tardé de suivre. Ainsi, pour repousser une clause excluant de la garantie l'effondrement d'une toiture de ferme sous le poids de la neige, laquelle clause figurait sur un document non remis à l'assuré, la Cour supérieure⁵⁴, en 2004, puis la Cour d'appel⁵⁵, en 2006, ont justifié leur conclusion, dans l'affaire *Promutuel Valmont c. Henderson*, sur le seul article 1435, comme si l'article 2403 n'existait tout simplement pas. Faute par l'assureur d'avoir prouvé qu'il avait communiqué le contenu de cette clause à l'assuré adhérent ou que ce dernier connaissait la clause « par ailleurs », les deux cours ont jugé insuffisante la clause de renvoi. Bien d'autres décisions ont par la suite emboîté le pas⁵⁶.

⁵¹ J.-G. BERGERON, avec la collaboration de N. RAYNEAULT, *op. cit.*, note 21, p. 59.

⁵² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec, op. cit.*, note 24, t. 2, p. 1511, sous l'article 2403 C.c.Q. : « Cet article est conforme au premier alinéa de l'article 2482 C.c.B.C. Il oblige l'assureur à inscrire dans son contrat toutes conditions ou déclarations qu'il veut pouvoir invoquer par la suite, que ce soit contre l'assuré ou contre tout autre bénéficiaire. Cette mesure de protection à l'égard de l'assuré ne s'applique qu'en assurance terrestre; en assurance maritime, il est permis, compte tenu du contexte différent, d'invoquer des conditions ou déclarations qui n'ont pas été portées au contrat, comme à titre d'exemple, l'usage courant dans ce secteur d'activités ».

⁵³ Voir aussi, en ce sens: *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, [1997] R.R.A. 629, 633 (C.Q.); *Chassé c. Union canadienne, cie d'assurances*, REJB 1999-11437 (C.S.).

⁵⁴ *Henderson c. Promutuel Valmont, société mutuelle d'assurances générales*, précité, note 6.

⁵⁵ *Promutuel Valmont, société mutuelle d'assurances générales c. Henderson*, précité, note 1.

⁵⁶ *Factory Mutual Insurance Co. c. Transport Baie-Comeau Inc.*, précité, note 44; *Gélinas c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, précité, note 1; *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, précité, note 3; cf. *Lalande c. Groupe PPP Ltée*, précité, note 3.

Jusqu'alors cependant, le recours exclusif à l'article 1435 avait dans les faits abouti à une solution favorable aux assurés. La crainte déjà exprimée dans les colonnes de la *Revue du Notariat*⁵⁷ en 2002 (à savoir que l'article 1435 finisse par se retourner contre l'assuré) vient malheureusement de se concrétiser dans une décision du 9 janvier 2007, rendue par la Cour supérieure du district de Québec dans l'affaire *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*⁵⁸.

L'assuré, spécialisé dans le traitement du bois de cèdre, charge son courtier de lui trouver un nouvel assureur. Un assureur des Loyds de Londres finit par accepter de couvrir le risque. Une note de couverture constate provisoirement ce contrat, la police complète n'étant pas encore finalisée. Ce n'est qu'après le sinistre, un incendie partiel, que l'assureur a délivré la police complète qui contenait une stipulation du type engagement formel, par laquelle l'assuré devrait recourir à un surveillant additionnel dans les opérations de découpage du bois.

À l'assureur, qui refuse l'indemnisation, faute par l'assuré d'avoir respecté cet engagement, ce dernier oppose le fait qu'au moment de l'acceptation du risque et par la suite, jusqu'au sinistre, il n'a pas disposé du texte même de la clause

d'engagement, contrairement à l'exigence de l'article 2403. La Cour refuse tout net d'appuyer sa décision sur cet article du droit des assurances, jugeant que *seul* s'applique l'article 1435, ce qu'aucun tribunal n'avait encore osé dire aussi explicitement. Qu'on en juge : « Si à une certaine époque on pouvait douter de l'application de [l'article 1435] en matière d'assurance malgré l'article 2403 C.c.Q., tel n'est plus le cas. L'article 1435 C.c.Q. s'applique avec pour résultat que la preuve d'une clause externe au contrat d'assurance est permise et doit être autorisée »⁵⁹. Comme il fut prouvé par l'assureur que l'assuré était « au courant par ailleurs » d'un usage constant dans l'industrie du bois, selon lequel ce type de précaution était suivi, la Cour a pu conclure que le second alinéa de l'article 1435 légitimait l'inclusion de la clause litigieuse dans le champ contractuel.

On peut aussi regretter que la partie réclamante ait couru le risque de se placer également sur le terrain du 2^e alinéa de l'article 1435 (à supposer qu'il s'agit vraiment d'un contrat d'adhésion!), en plaidant l'absence de communication de la clause externe par l'assureur, lors de la conclusion du contrat. Or, le palliatif de l'absence de transmission de l'information n'est-il

⁵⁷ Didier LLUELLES, «Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe: droit commun et régimes spéciaux», (2002) 104 R. du N. 11.

⁵⁸ *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, précité, note 3.

⁵⁹ *Id.*, par. 62, inscription en appel, C.A. Québec 200-09-005850-075, 7 février 2007. Le juge réfère aux affaires *Promutuel Valmont, société mutuelle d'assurances générales c. Henderson*, J.E. 2006-1314 (C.A.), par. 39; *General Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Genest*, J.E. 2001-206 (C.A.), par. 34-38 [ces décisions sont plus amplement citées, *supra*, note 1].

pas la « connaissance par ailleurs » de la clause ?

En tout respect, une première critique peut être adressée au juge, celle de confondre la connaissance (largement supposée) d'une pratique de l'industrie dans laquelle évolue l'assuré avec la connaissance par ailleurs du contenu de la clause externe. En outre, il est regrettable que le magistrat inclue dans le contrat une clause externe qui n'existait tout simplement pas au moment précis de la conclusion du contrat : cette clause externe n'était alors qu'une virtualité ! De plus, que fait le juge du premier alinéa de l'article 2400, relatif aux conséquences de la non-délivrance de la police complète, notamment, de la solution de la Cour d'appel dans l'affaire *Société d'entraide et d'établissement du Québec c. Assurances Dumas*⁶⁰ ? Enfin, à s'en tenir à l'article 1435, autant le respecter dans sa totalité. S'il est vrai qu'on peut considérer la clause externe comme intégrée dans le contrat en cas de preuve de sa com-

munication à l'adhérent ou de la « connaissance par ailleurs » de cette dernière, encore faut-il que le contrat contienne une clause de renvoi à la clause externe. Or, la Cour semble ne faire aucun cas de cette exigence première de l'article 1435⁶¹. Voilà une omission bien étrange quand on considère que la seconde exigence, relative à l'information ou à la connaissance de la clause, propre aux contrats d'adhésion ou de consommation, n'est que le satellite de la première exigence, celle de la clause de renvoi. On trouve, du reste, d'autres cas, en matière d'assurance, où des juges semblent oublier cette première exigence sur le terrain même du droit commun⁶².

Enfin, cette décision met en lumière un autre danger potentiel du recours au second alinéa de l'article 1435 : celui de cette fiction que représente l'imputation à l'assuré de la connaissance, par son courtier, du contenu de la clause, sur la base d'un hypothétique mandat liant l'assuré au courtier⁶³.

⁶⁰ *Société d'entraide et d'établissement du Québec c. Assurances Dumas & associés*, précité, note 8, 371.

⁶¹ Du reste, cette clause de renvoi à la clause externe n'existait pas à proprement parler, puisque la clause externe n'était pas encore rédigée. La note de couverture interimaire se contentait de « [faire] état des tractations des derniers jours dont l'inclusion d'une clause "DP Man Welding and Hot Works permit exclusions" », qui n'était pas « encore arrêtée » et qui était « par conséquent absente du texte de la note de couverture » : *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, précité, note 3, par. 27. Il y avait sans doute une allusion à une éventuelle clause externe, mais certes pas une clause de renvoi à une clause externe déjà existante.

⁶² *Bureau c. Beauce, société mutuelle d'assurance générale*, précité, note 2 ; voir aussi, à un moindre degré : *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, précité, note 53, 633.

⁶³ *Le spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith*, précité, note 3, par. 64 et 65. Certes, ce danger peut aussi exister sur le terrain de l'article 2403 : celui d'imputer à l'assuré la remise du document externe au courtier de l'assuré. Mais ce danger est relatif : en supposant, en effet, que le courtier soit le mandataire de l'assuré, il sera plutôt aisé d'établir une faute professionnelle de la part du courtier, celle de n'avoir pas communiqué un tel document. Au demeurant, dans les cas impliquant l'absence de délivrance du document, il est assez vrai

IV. Bilan de cette dérive : étonnement et danger

La dérive observée dans ces décisions récentes, qui tendent vers l'abandon de l'article 2403 au profit du seul article 1435, est à la fois surprenante et dangereuse.

A. Une dérive contestable au plan de la technique juridique

Cette dérive est surprenante, car elle ne fait aucun compte du maintien, par le nouveau Code, du premier alinéa de l'article 2482 C.c.B.C., sous la forme de l'article 2403 C.c.Q. Or, on ne peut supposer que cette réplique soit le fruit d'une étourderie de la part du codificateur. Outre que le législateur n'est jamais censé parler pour ne rien dire, cette présomption est tout simplement combattue par les circonstances. Il est difficile de supposer une erreur de confection de la part des légistes, qui auraient omis de tenir compte de l'article 1435, de droit nouveau. En prenant la peine d'ajouter « par écrit » à la suite de l'expression « conditions ou déclarations qui ne sont pas énoncées », le codificateur

moderne savait ce qu'il voulait et montrait bien qu'il n'entendait pas, dans le domaine de l'assurance terrestre, assujettir désormais la problématique des clauses externes au seul droit commun des contrats.

Du reste, la solution, plus sévère pour l'assureur, qu'implique l'article 2403, se trouve en harmonie parfaite avec l'obligation qu'impose à l'assureur l'article 2400 de délivrer la police complète au preneur. La simple nécessité d'une clause de renvoi et, le cas échéant, de la preuve d'une communication de la clause à l'adhérent ou de sa connaissance par ce dernier, qu'implique l'article 1435, peut tout à fait se comprendre quand on a présent à l'esprit que le consensualisme du droit général des contrats n'impose que rarement la délivrance d'un contrat écrit et complet. Le droit des assurances a donc un régime spécifique en la matière, distinct de celui du droit commun, qu'il importe de respecter⁶⁴.

Par ailleurs, le droit des assurances n'est pas le seul à posséder son propre régime juridique de traitement des clauses externes. Ainsi,

semblable de conclure à l'existence d'un mandat de l'assureur au courtier pour la transmission des documents : *cf. General Accident Cie d'assurance du Canada c. Genest*, précité, note 1, par. 28 et 29 : « L'article 2400 C.C.Q. fait obligation à l'assureur de remettre la police au preneur. La police constate l'existence du contrat d'assurance (art. 2399 C.C.Q.). L'article 2403 ajoute que l'assureur ne peut invoquer des conditions qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat » (par. 27). « L'assureur doit donc remettre à son assuré ou faire en sorte que lui soit remise une police contenant toutes les conditions du contrat. En pratique, il arrive que l'assureur ne s'acquitte pas de cette obligation directement auprès de son assuré et que cet envoi ou cette remise s'effectue par l'intermédiaire de courtiers d'assurance » (par. 28). « Dans ces cas, les courtiers d'assurance agissent, à mon avis, comme mandataires de l'assureur. Ils doivent alors remettre à chaque assuré, comme leur [mandant] aurait dû le faire, une documentation contenant toutes les conditions afférentes à chaque type de contrat. Ainsi, le courtier d'assurances n'œuvre pas seulement comme mandataire de l'assuré dans l'exercice de ses fonctions. Selon le geste qui est posé, il pourra, dans un cas donné, lier l'assureur » (par. 29).

⁶⁴ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 12, n° 205, p. 267.

aux termes de l'article 1894 C.c.Q. (issu de l'article 1651 C.c.B.C., datant de 1979), le « règlement de l'immeuble » ne peut être opposé au locataire d'un logement que si ce document privé a été remis au locataire au plus tard à la date de la conclusion du bail. Cette solution s'apparente à la technique de l'article 2403. La clause de renvoi ne suffit pas. Or, aucune autorité du droit du louage ne va prétendre que, désormais l'article 1894 est périmé, au point qu'il doit s'incliner devant l'article 1435. Il ne saurait être question de pallier l'absence de remise, en temps utile, du règlement de l'immeuble par la présence d'une clause de renvoi, ni par la preuve d'une communication du contenu de ce document ou de sa « connaissance par ailleurs » par le locataire ! Ainsi, dans son traité sur *Le louage*, le professeur Jobin n'invoque l'article 1435, al. 2 que dans le cas des louages autres que résidentiels (comme les baux commerciaux d'adhésion), alors qu'à propos

des baux résidentiels, il n'utilise que l'article 1894⁶⁵.

L'autre sujet d'étonnement devant la dérive à l'étude est le peu de cas que l'on fait des principes d'application et d'interprétation des lois. Un des préceptes fondamentaux de cette matière veut que le texte spécifique, même s'il est antérieur au texte général (ce qui n'est pas tout à fait le cas de l'article 2403) doive l'emporter sur ce dernier⁶⁶. Avec le professeur Côté, « on peut affirmer un principe général de prédominance de la loi spéciale »⁶⁷.

B. Une dérive dangereuse

Quant au danger de la soi-disant prééminence de l'article 1435 C.c.Q., il est presque évident. La théorie de la communication du contenu d'un document externe est fragile. En effet, un tel document peut contenir plus d'une clause, et s'il est communiqué verbalement, au téléphone, par exemple, il y a fort à parier que ce qui est dit n'est pas nécessairement complet ou bien expliqué ni

⁶⁵ Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n^o 178, p. 443 et n^o 34, p. 105. Voir aussi, au même effet : Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 463 : « Cette obligation de remettre une copie du règlement [de l'immeuble] est une mesure d'ordre public de protection qui, notamment lors d'un premier bail, doit être respectée rigoureusement ». Voir également : Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n^o 694, p. 429 : « À cette seule condition, le règlement [de l'immeuble] fait partie du bail ». Voir aussi, plus généralement : J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 12, n^o 205, p. 267.

⁶⁶ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 455 : « En principe, la loi postérieure l'emporte. Ce principe connaît une exception lorsque la loi antérieure apparaît être de nature spéciale par rapport à la loi la plus récente. Dans ce cas, la loi générale postérieure est réputée ne pas déroger à la loi spéciale antérieure : *generalia specialibus non derogant* » ; Barber v. *Edger*, [1898] A.C. 748, 754 (Lord Hobhouse) : « Lorsque le législateur, après avoir considéré une question particulière, édicte des dispositions, on présume qu'une loi générale postérieure n'est pas destinée à remettre en cause les dispositions particulières, à moins que cette intention ne soit manifestée clairement ». (Le texte est une traduction de P.-A. CÔTÉ, *id.*, p. 455.)

⁶⁷ *Id.*, p. 456.

parfaitement ... assimilé, voire retenu par l'adhérent.

Que l'on se contente des imperfections de la solution du droit commun, cela peut, à la limite, se comprendre si l'on a affaire à un contrat de service courant. Mais pour un contrat aussi capital quant à ses conséquences qu'une assurance, on a le droit d'être plus exigeant. À bien y penser, si un droit devait suivre l'exemple de l'autre, en matière de protection des contractants vulnérables, quant au contenu du contrat, ce devrait être le droit général! Il serait préférable d'exiger pour tout contrat la remise du document porteur d'une clause désagréable.

Mais, en tout respect, c'est au législateur seul qu'il incombe de modifier, dans un sens ou dans un autre, le droit positif légiféré.