

La réticence

**Mémoire en droit des assurances privées
Automne 2015**

Cédric Leyvraz

Table des abréviations

a-	ancien
AJP/PJA	Pratique juridique actuelle
al.	alinéa
art.	article(s)
ASA	Association suisse d'assurances
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CC	Code civil, RS 210
CO	Code des obligations, RS 220
consid.	Considérant
Cst. fédérale	Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101
édit.	Editeur (s)
FF	Feuille fédérale
HAVE/REAS	Responsabilité et assurance
id.	idem
in	dans
in fine	à la fin
JdT	Journal des Tribunaux
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie, RS 832.10
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40
let.	lettre
LSA	Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance, RS 961.01
Mess	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OS	Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées, RS 961.011
p.	page (s)
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
SJZ/RSJ	Revue suisse de jurisprudence
ss	suiwant(e)(s)
TF	Tribunal fédéral
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZBJV/RSJB	Revue de la Société des juristes bernois

Bibliographie

Ouvrages

- BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, Berne 2008 (cité : BRULHART, *DAS*)
- BRULHART Vincent, *La mutualité dans l'assurance privée : entre liberté contractuelle et égalité de traitement*, in : D. Piotet/D. Tappy, *L'arbre de la méthode et ses fruits civils*, Zurich 2006, pp. 435 ss (cité, BRULHART, *La mutualité*)
- BRULHART Vincent /CARRÉ Olivier, *Révision partielle de la loi fédérale sur le contrat d'assurance : quelques considérations sur les nouvelles dispositions entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2006 et 1^{er} janvier 2007*, in : F. Werro/T. Probst, *Journées du droit de la circulation routière*, Berne 2008, pp. 73 ss (cité : BRULHART/CARRÉ)
- CARRÉ Olivier, *La loi fédérale sur le contrat d'assurance*, Lausanne 2000 (cité : CARRÉ, *LCA*)
- CARRÉ Olivier, *Révision totale de la loi fédérale sur le contrat d'assurance – un (petit) point sur la situation*, in : F. Werro/T. Probst, *Journées du droit de la circulation routière 7-8 juin 2010*, Berne 2010, pp. 83 ss (cité : CARRÉ, *Révision totale*)
- CORBOZ Bernard, *Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente*, in *La Semaine judiciaire*, Genève 2011, pp. 247 ss (cité : CORBOZ)
- DUPONT Anne-Sylvie, *Art. 331c CO*, in *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, pp. 494 ss (cité : DUPONT)
- FEHR Nina, *Erheblichkeit und Kausalzusammenhang einer Anzeigepflichtverletzung*, in *HAVE/REAS*, Bâle 2011 (cité : FEHR)
- FUHRER Stephan, *devoirs d'information dans l'assurance vie individuelle*, *Infoméd Bulletin sur l'assurance vie*, Zurich 2008 (cité : FUHRER, *Devoirs d'information*)
- FUHRER Stephan, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité : FUHRER, *PVR*)
- GAUCH Peter, *Das Kündigungsrecht des Versicherten bei verletzter Anzeigepflicht des Antragstellers, Ein Kurzkommentar zu den am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Änderungen der Art. 6 und 8 VVG*, in *ZBVJ/RSJB*, Berne 2006, pp. 361 ss (cité : GAUCH)
- GROSS Christophe/OVERNEY Alexis, *Un arrêt concernant le nouveau régime de la réticence*, in *HAVE/REAS*, Bâle 2012, pp. 51 ss (cité : GROSS/OVERNEY)
- GUISAN François, *La réticence dans le contrat d'assurance*, in *Revue Suisse d'Assurances*, 1983, pp. 295 ss et 317 ss (cité : GUISAN)
- HASENBÖHLER Franz, *Schwerpunkte des teilrevidierten Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)*, in *AJP/PJA*, Zurich, 2006, pp. 833 ss (cité : HASENBÖHLER)
- KAHIL-WOLFF Bettina, *Révision totale de la LCA : quelques points de contact entre droit des assurances sociales et celui des assurances privées*, in *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, Genève 2007, pp. 81 ss (cité : KAHIL-WOLFF)

-
- KHUN Moritz, in KHUN/MONTAVON, *Droit des assurances privées*, Lausanne 1994 (cité : KHUN/MONTAVON)
 - KOENIG Willy, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne 1967 (cité : KOENIG)
 - LOMBARDINI Carlo, *La protection de l'investisseur sur le marché financier*, Zurich 2012, pp. 431 ss (cité : LOMBARDINI)
 - MAURER Alfred, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne 1995 (cité : MAURER)
 - PÉTERMANN Pierre, *La réticence en droit suisse des assurances*, in *Revue Suisse d'Assurances*, 1964, pp. 193 ss et 239 ss (cité : PÉTERMANN)
 - POUGET-HÄNSELER Eva, *Anzeigepflichtverletzung : Auswirkungen der revision auf die Praxis*, in HAVE/REAS, Bâle 2006, pp. 26 ss (cité : POUGET-HÄNSELER)
 - ROELLI Hans/KELLER Max, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2 April 1908*, Tome I, Berne 1968 (cité : ROELLI/KELLER)
 - ROGNON Pierre-André, *Quelques aspects de la réticence dans le contrat d'assurance*, in SJZ/RSJ, 1987, pp. 310 ss (cité : ROGNON)
 - ROHMER Sandrine, Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée, les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique, in *Collection genevoise*, 2006, pp. 360 ss (cité : ROHMER)
 - TERCIER Pierre, *La Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) : Ombres et Lumières, 27*, in *Journées du droit de la circulation routière 1990*, Fribourg 1990, pp. 18 ss (Cité : TERCIER, LCA)
 - TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 4^e éd., Zurich 2009 (cité : TERCIER, *Le droit des obligations*)
 - VIRET Bernard, *Droit des assurances privées*, 3^e éd., Berne 1991 (cité : VIRET, DAS)
 - VIRET Bernard, *La réticence dans l'assurance-maladie privée et sociale*, in *Revue Suisse d'Assurances*, 1975, pp. 33 ss (cité : VIRET, *La réticence*)
 - WERRO Franz /HAHN Anne-Catherine, *La révision de la loi sur le contrat d'assurance : quelques problèmes choisis*, in HAVE/REAS, Bâle 2003, pp. 91 ss (cité : WERRO/HAHN)

Travaux préparatoires

- Message du 2 février 1904 sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance, FF 1904 pp. 267 ss. (cité : Message, LCA)
- Message du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 pp. 3353 ss (cité Message, révision partielle)
- Message du 7 septembre 2011 relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance, FF 2011 pp. 7091 ss (cité : Message, révision totale)

Tables des matières

1. Introduction	1
2. Les fondements	2
3. Le devoir de déclaration des risques.....	3
3.1 Contexte	3
3.2 Le champ d'application.....	3
3.2.1 Personnel	3
3.2.1.1 En général	3
3.2.1.2 Existe-t-il un devoir de déclaration spontané ?	4
3.2.1.3 Le rôle de l'agent, du courtier et du médecin-conseil	5
3.2.2 Temporel.....	7
3.2.3 Matériel.....	7
4. La réticence	8
4.1 Nature juridique.....	8
4.2 Les délimitations	11
4.2.1 Par rapport aux assurances sociales.....	11
4.2.2 Par rapport aux autres dispositions de la LCA	12
4.3 Les conditions d'exercice.....	14
4.3.1 Matérielles	14
4.3.1.1 La question formulée était précise et non équivoque.....	14
4.3.1.2 L'auteur de la réticence a omis de déclarer ou déclaré inexactement un fait important qu'il connaissait ou devait connaître	15
4.3.1.3 La violation de l'obligation porte sur un fait important	20
4.3.2 Formelles	23
4.3.2.1 Motifs	23
4.3.2.2 Forme	24
4.3.2.3 Moment	24
4.3.2.4 Délai	24
4.4 Les conséquences juridiques	26
4.4.1 Le régime en vigueur jusqu'au 31.12.2005	26
4.4.1.1 Contexte	26
4.4.1.2 Le principe du « tout ou rien »	26
4.4.1.3 La révision partielle	27
4.4.2 Le régime actuel	27
4.4.2.1 Quant au sort du contrat	28
4.4.2.2 Quant au sort de la prestation d'assurance	28
4.4.2.3 L'assurance collective.....	30
4.4.2.4 L'assurance-vie	31
4.5 Le maintien du contrat malgré la réticence.....	31
5. Droit comparé	33
6. Conclusion	35

1. Introduction

La réticence en droit des assurances privées revêt un grand intérêt dans la mesure où elle symbolise l'équilibre voulu par le législateur entre la protection des intérêts de l'assureur, en particulier ceux de la communauté des assurés, et ceux du preneur d'assurance qui a violé le devoir de déclaration qui lui incombait.

La réticence est invoquée fréquemment dans le domaine de l'assurance. Dans l'accomplissement de son activité, l'assureur est inévitablement confronté à des cas de violation du devoir de déclarer. Sur le plan juridique, la solution retenue par le législateur se caractérise par une certaine complexité lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une réticence. La jurisprudence considérable rendue en la matière ne laisse aucun doute à ce sujet.

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que le sujet de la réticence ait déjà fait l'objet de développements spécifiques. Toutefois, ce travail présente l'intérêt de permettre à son lecteur d'appréhender de manière structurée et claire l'institution juridique particulière que représente la réticence en faisant référence dans la mesure du possible à la jurisprudence et à la doctrine la plus récente. Par ailleurs, le projet de loi portant sur la révision totale de la LCA, rejeté par les Chambres fédérales en 2013, est cité de manière ponctuelle et seulement en lien avec les dispositions qui présentaient des différences par rapport au droit en vigueur.

Avant de procéder à l'examen de la réticence proprement dit, il est indispensable de comprendre les fondements des règles qui la régissent et leurs justifications. Ces brèves considérations permettent de mieux saisir le fonctionnement de l'activité d'assurance, de garder à l'esprit qu'elle obéit avant tout à des bases mathématiques et que l'assureur doit être en mesure d'apprécier au mieux le risque redouté.

La deuxième partie traite de l'obligation de déclaration prévue à l'art. 4 LCA. Il est vrai que cette disposition ne traite pas à proprement parler de la réticence qui est inscrite à l'art. 6 LCA. Néanmoins, ces deux articles sont étroitement interdépendants. Ce lien manifeste peut s'expliquer par deux raisons : la violation du premier entraîne l'application et les conséquences du second. Ensuite les notions formulées à l'art. 4 LCA sont presque retranscrites à l'identique à l'art. 6 LCA. Le but est ici de circonscrire précisément le champ d'application personnel, temporel et matériel de l'art. 4 LCA, et partant celui de l'art. 6 LCA.

La troisième partie se penche spécifiquement sur l'art. 6 LCA. Il s'agit en premier lieu de décrire précisément la nature juridique de la réticence et de la distinguer des assurances sociales et des autres dispositions de la LCA. Ensuite, nous procéderons à un examen détaillé de l'accomplissement des conditions matérielles et formelles de la réticence. Il est également question d'étudier ses conséquences, tant sous l'ancien régime que *de lege lata*, et d'évoquer les raisons de cette évolution. Il convient également d'énumérer les motifs empêchant l'assureur de se prévaloir d'une réticence (art. 8 LCA).

Pour terminer, nous nous intéresserons aux législations des différents pays qui nous entourent, en particulier au droit français, italien et allemand. Il s'agit d'établir une vue d'ensemble des règles relatives à la réticence en vigueur dans ces pays, afin de constater dans quelle mesure celles-ci diffèrent du droit suisse.

2. Les fondements

Les raisons qui ont poussé le législateur à introduire des règles sur la réticence dans la loi sur le contrat d'assurance de 1908 (LCA) demeurent entièrement pertinentes à ce jour¹ ; elles poursuivent un but de pure technique d'assurance². Fondamentalement, l'assureur prend en charge un ensemble de risques et les compense conformément aux lois de la statistique et des grands nombres³. Il est essentiel qu'il soit en mesure de les évaluer et de les classer précisément, lui permettant ainsi de déterminer les prestations envisageables et le montant correct de la prime⁴.

A ce sujet, l'assureur doit disposer de certaines informations pour l'appréciation du risque que seul le proposant est en mesure de lui donner lors de la conclusion du contrat⁵. En d'autres termes, l'obligation de déclaration des risques prévue à l'art. 4 LCA a pour but de permettre la sélection des risques exigée par la technique des assurances ; l'appréciation par l'assureur des risques dont il se charge⁶. Il y aura ainsi un juste équilibre entre le montant de la prime et l'étendue de la prestation (principe d'équivalence)⁷.

En fonction des réponses données par le proposant dans le questionnaire, l'assureur disposera de suffisamment d'informations pour déterminer la classe de risques dans laquelle il convient de l'inscrire et pour lequel le proposant veut se protéger. Sur cette base, il pourra éventuellement subordonner son acceptation à l'admission d'une ou plusieurs réserves, d'une surprime, d'un délai d'attente ou encore refuser purement et simplement d'assurer une personne qui représente un risque exagéré⁸ ; il sera également en mesure de déterminer le montant correct de la prime.

En pratique, l'assureur est exposé au phénomène de l'*antisélection*⁹. Il est légitime pour un proposant de chercher à obtenir les meilleures garanties possibles en matière de risque ; celui-ci est parfois tenté de déclarer des faits qui ne correspondent pas à la réalité afin d'apparaître comme un bon risque aux yeux de l'assureur. De son côté, l'assureur se base sur la bonne foi du proposant et n'a pas à vérifier l'exactitude des déclarations qui lui ont été transmises, cela nécessiterait un coût en temps et en argent beaucoup trop important. En cas de fausses déclarations, le proposant obtiendra la garantie souhaitée car l'assureur n'a pas été en mesure d'apprécier toutes les caractéristiques du risque. A terme, ce type de comportement est fortement préjudiciable pour l'assureur et l'activité d'assurance est mise en péril¹⁰.

De par l'importance des enjeux évoqués ci-dessus, le législateur a prévu une règle spéciale dans l'hypothèse où le proposant contreviendrait à l'obligation de déclaration des risques : il s'agit de la réticence prévue à l'art. 6 LCA. Même si ses conséquences ont été tempérées lors

¹ Dans le texte allemand, l'art. 6 VVG emploie le terme « Verletzung der Anzeigepflicht ».

² HASENBÖHLER, p. 837 ; GUISAN, p. 298 ; KOENIG, p. 173.

³ BRULHART, *DAS*, p. 9.

⁴ KHUN/MONTAVON, p. 23 ; TERCIER, *LCA* p. 17 ; ROELLI/KELLER, p. 86.

⁵ HASENBÖHLER, p. 837 ; KHUN/MONTAVON, p. 25 ; GUISAN, p. 298.

⁶ Message, LCA, p. 303.

⁷ BRULHART, *DAS*, p. 210 ; GUISAN, p. 298 ; KOENIG, p. 175.

⁸ WERRO/HAHN, p. 92 ; VIRET, *La réticence*, p. 34 ; KOENIG, p. 175.

⁹ Selon BRULHART, l'*antisélection* se conçoit comme la tendance des proposant de rechercher la garantie d'assurance avant tout pour les classes de risques les plus dangereuses et les moins profitables pour l'assureur, aux conditions les plus avantageuses pour eux. BRULHART, *La mutualité*, p. 438.

¹⁰ Ibid, p. 437.

de la révision partielle de 2004, et ce notamment dans une optique de protection des consommateurs, les justifications d'une telle règle ne manquent pas. Il est indispensable de donner à l'assureur une sécurité juridique au cas où les déclarations faites par le proposant conformément à l'art. 4 LCA se révéleraient erronées. Cette dernière se traduit par la faculté pour l'assureur de se départir du contrat (art. 6 al. 1 LCA) et même de retenir sa prestation à certaines conditions (art. 6 al. 3 LCA). A défaut d'un mécanisme légal tel que celui prévu à l'art. 6 LCA, l'activité d'assurance dans son ensemble serait fragilisée, en particulier la technique d'assurance et la communauté d'assurés seraient atteintes.

3. Le devoir de déclaration des risques

3.1 Contexte

A l'instar de certains auteurs, il serait loisible de traiter directement les notions contenues aux art. 4 et 5 LCA dans le chapitre consacré à l'art. 6 LCA¹¹. Néanmoins, et ce principalement pour des raisons de systématiques et de clarté, nous y renonçons. Bien évidemment, les notions communes ne seront plus développées lorsque nous nous intéresserons à la réticence au sens strict. Dans le présent chapitre, il s'agit de préciser les notions communes aux art. 4 à 6 LCA afin d'établir une base relativement claire permettant d'appréhender au mieux la réticence contenue à l'art. 6 LCA.

3.2 Le champ d'application

Selon l'art. 4 al. 1 LCA, « *le proposant a l'obligation de déclarer par écrit à l'assureur suivant un questionnaire ou en réponse à toutes autres questions écrites, tous les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque, tels qu'ils lui sont ou doivent être connus lors de la conclusion du contrat* »¹². Son alinéa 2 précise que « *sont qualifiés d'important tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues* ». Enfin, l'alinéa 3 pose la présomption selon laquelle « *sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises, non équivoques* ».

On note également que l'art. 4 LCA est une règle dispositive puisqu'elle ne figure pas dans la liste des règles absolument impératives (art. 97 LCA) et relativement impératives (art.98 LCA). *A contrario*, l'art. 6 LCA est une règle relativement impérative, cela signifie que l'assureur ne peut s'en écarter par convention au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. En revanche, il peut prévoir des règles plus favorables dans ses conditions générales d'assurance.

3.2.1 Personnel

3.2.1.1 En général

L'art. 4 al. 1 LCA fait peser l'obligation de déclarer les risques uniquement en la personne du proposant, c'est-à-dire le preneur d'assurance (ou le souscripteur) qui est en règle générale l'assuré. Les autres tiers intéressés au contrat (ayants droits, bénéficiaires, créanciers gagistes)

¹¹ GUISAN, p. 295 ss ; VIRET, *La réticence* p. 34 ss ; PETERMANN, p. 193 ss.

¹² En pratique, le questionnaire figure dans la proposition d'assurance, éventuellement dans le rapport médical ou d'autres documents que le proposant peut être conduit à remettre.

n'entrent pas dans le champ d'application de cette disposition¹³. Dans certains cas, il faut prendre en considération, mise à part ce dont a connaissance l'auteur de la proposition, ce qui est su par d'autres personnes¹⁴. Si le preneur ne revêt pas lui-même la qualité d'assuré, il est opportun de prévoir des règles spéciales ; l'assuré est en effet le mieux placé pour fournir les informations susceptibles d'intéresser l'assureur. L'art. 5 LCA traite de cette problématique.

Lorsque le contrat est conclu par un représentant du proposant, l'art. 5 al. 1 LCA impose à ce dernier une obligation de déclarer tous les faits importants qui sont ou qui doivent lui être connus ainsi que ceux qui sont ou qui doivent être connus du représenté¹⁵. Cette particularité s'explique par le fait que le preneur n'effectue pas lui-même la déclaration des risques ; elle tend par conséquent à exclure la possibilité d'avoir recours aux services d'un intermédiaire de bonne foi en misant sur son ignorance pour contourner son obligation de déclarer les risques, et ainsi échapper à la sanction qui y est attachée en cas de violation¹⁶.

Dans la même logique, l'art. 5 al. 2 LCA prévoit une règle similaire en cas d'assurance pour compte d'autrui ; le preneur d'assurance doit déclarer à l'assureur tous les faits importants qui sont ou qui doivent être connus du tiers assuré ou de son représentant, à moins que le contrat d'assurance ne soit conclu à leur insu (par ex. un conducteur encore inconnu dans le cas d'une assurance de véhicules automobiles) ou qu'il ne soit pas possible d'en assurer le proposant en temps utile (cette réserve est obsolète de nos jours)¹⁷.

Lors de la conclusion d'un contrat d'assurance au décès d'autrui, l'art. 74 al. 3 LCA permet d'introduire conventionnellement un devoir d'avis pour celui sur la tête duquel l'assurance est conclue¹⁸.

En définitive, la formulation « celui qui avait l'obligation de déclarer » employée à l'art. 6 LCA englobe les personnes suivantes: le proposant (art. 4 al. 1 LCA), le représentant (art. 5 al. 1 LCA), le tiers assuré ou son intermédiaire dans l'assurance pour compte d'autrui (art. 5 al. 2 LCA) ainsi que le tiers assuré dans l'assurance au décès d'autrui (art. 74 al. 3 LCA)¹⁹.

3.2.1.2 *Existe-t-il un devoir de déclaration spontanée ?*

Il n'existe pas d'obligation du proposant de donner des indications pertinentes pour l'appréciation du risque, si aucune question écrite ne lui est posée à ce sujet²⁰. La loi ne prévoit pas une obligation de déclaration toute générale qui obligerait le proposant à donner spontanément d'autres informations²¹. La justification de cette exigence découle du fait que « *l'assureur maîtrise une technique dont les particularités échappent ordinairement aux assurés et qu'il est seul qualifié pour déterminer les faits importants ou au contraire, insignifiants pour l'appréciation du risque* »²².

¹³ BRULHART, *DAS*, p. 211 ; KOENIG, p. 174 ; PETERMANN, p. 202.

¹⁴ Message, LCA, p. 297.

¹⁵ Droit dispositif. Cet article trouve application pour la représentation au sens des art. 32 ss CO et la gestion d'affaires (art. 419 ss CO) mais non en matière de représentation légale (BRULHART, *DAS*, p. 211 ; KOENIG, p. 175).

¹⁶ Message, révision totale, p. 7126 ; BRULHART, *DAS*, p. 211.

¹⁷ Message, révision totale, p. 7127.

¹⁸ ATF 92 II 342, consid. 1a ; BRULHART, *DAS*, p. 346 ; PETERMANN, p. 202.

¹⁹ VIRET, *DAS*, p. 100 ; KOENIG, pp. 174-175.

²⁰ Message, LCA, p. 300 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 17 ; KOENIG, p. 176.

²¹ WERRO/HAHN, p. 95 ; MAURER, p. 251 ; ROELLI/KELLER, p. 94.

²² GUISAN, p. 298 ; VIRET, *La réticence*, p. 38 ; KOENIG, p. 176.

Si le proposant déclare des faits inexacts pour lesquels il n'a pas été questionné, il ne viole pas son obligation de déclaration, de sorte qu'aucune réticence ne peut lui être reprochée²³. *A fortiori*, « cela vaut aussi si des faits cachés, mais qui n'ont pas fait l'objet de questions, auraient dû être déclarés selon la loyauté la plus élémentaire »²⁴. Ils sont hors du champ d'application de l'obligation de déclarer et n'engendrent ainsi aucune conséquence juridique²⁵. D'un avis opposé, FUHRER considère que l'assureur doit disposer de tous les éléments importants afin de décider s'il veut couvrir le risque, et le cas échéant à quelles conditions. Selon lui, le proposant qui fournit volontairement des indications sur des faits importants ne faisant pas l'objet de questions doit s'en tenir à la vérité²⁶. S'agissant de faits que la loyauté la plus élémentaire impliquait un devoir au preneur de déclarer, PETERMANN évoque la faculté pour l'assureur d'invoquer l'art. 28 CO²⁷.

Il appartient à l'assureur de faire preuve de la plus grande diligence dans l'établissement du questionnaire, à défaut il est déchu de sa faculté d'invoquer une éventuelle réticence. Les questions doivent être rédigées de manières précises et non équivoques. Certes, la solution adoptée peut paraître draconienne pour l'assureur mais elle n'en demeure pas moins cohérente dans la mesure où les parties s'engagent sur une base contractuelle claire et dépourvue d'incertitudes (sécurité juridique)²⁸.

L'art. 4 al. 1 LCA exige que les réponses données soient écrites. L'assureur qui se contenterait de réponses orales ne pourrait plus invoquer une réticence par la suite²⁹. L'exigence de la forme écrite pour les réponses du proposant poursuit également l'objectif de la sécurité du droit³⁰.

3.2.1.3 *Le rôle de l'agent, du courtier et du médecin-conseil*

En pratique, le proposant complète le questionnaire en présence de l'agent de l'assureur³¹ ; il est donc en mesure d'influencer le proposant sur la manière dont une question doit être comprise et le cas échéant, sur les faits à déclarer. Au vu de l'importance de compléter de manière véridique le questionnaire, il est fondamental de déterminer son rôle, en particulier les obligations qui lui incombent. La jurisprudence est fréquente au sujet de la violation de l'obligation de déclaration dans lesquels l'agent est impliqué.

²³ GUIBAN, p. 300 ; ROELLI/KELLER, p. 94, KOENIG, p. 175.

²⁴ GUIBAN, p. 300 : cette conséquence est une exigence de la sécurité du droit. Voir également TF 5C_278/1999 du 11 avril 2000.

²⁵ BRULHART, *DAS*, p. 212 ; VIRET, *DAS*, p. 97 ; KOENIG, p. 176.

²⁶ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 17 : cet avis s'applique à l'appel d'offres et à la formule de proposition.

²⁷ PETERMANN, p. 195.

²⁸ BRULHART, *DAS*, p. 212 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 17 ; KOENIG, p. 176.

²⁹ TF 4A_284/2014 du 30 octobre 2014, consid. 1 ; VIRET, *DAS*, p. 96 ; KOENIG, p. 176.

³⁰ BRULHART, *DAS*, p. 211 ; KOENIG, p. 176.

³¹ Il s'agit d'un intermédiaire lié à un ou plusieurs assureurs et qui exerce son activité prioritairement sur instructions de ces derniers (art. 40 LSA) : cette notion englobe l'agent en régie (contrat de travail), l'agent indépendant (contrat d'agence) mais également le pseudo-courtier pour autant que plus de la moitié de la totalité des commissions perçues provient d'un ou de deux assureurs (art. 183 OS). Ce dernier se présente comme défendant les intérêts du preneur (à l'instar du courtier mandataire) mais pouvant toucher sa rémunération de l'assureur en cas de conclusion d'un contrat. BRULHART, *DAS*, p. 161 et 175. Au surplus, voir point 4.5.

On retient que l'agent d'assurance a une obligation d'instruire et de renseigner qui se rapporte aux questions objectivement peu claires mais aussi à celles qui, du point de vue subjectif du proposant, ne paraissent pas évidentes ou sont équivoques³². En d'autres termes, il incombe à l'agent d'assurance de fournir tous les renseignements nécessaires au proposant et de dissiper les éventuels malentendus³³.

Dans un questionnaire, figurait la question de savoir si le proposant souffrait de bronchite. Ne connaissant pas la signification de ce terme, il a signalé verbalement à l'agent qu'il souffrait à chaque hiver de refroidissements alors qu'en réalité, il s'agissait bien de bronchite. Néanmoins, l'agent a répondu « non » à la question en considérant que les refroidissements évoqués par le proposant étaient des maladies bénignes. En soumettant le questionnaire à la signature du proposant, « l'agent a donné l'illusion que les refroidissements ne devaient pas être indiqués ; il aurait dû réaliser que la question était peu claire pour le proposant ». Partant, il a contrevenu à son devoir de renseigner de sorte qu'aucune réticence ne puisse être reprochée à l'encontre du proposant, quand bien même celui-ci a signé le questionnaire³⁴.

Le proposant doit faire preuve de diligence et ne peut pas toujours tenir pour vrai les propos de l'agent. On ne saurait admettre la bonne foi du proposant s'il était facilement reconnaissable que les indications données par l'agent étaient fausses. Il est fortement conseillé de se renseigner auprès de l'agent en cas de doute sur une question non équivoque car il est important d'avoir la juste appréciation du risque. A défaut, « il agit à ses risques et périls »³⁵. De même, le proposant ne peut pas échapper à l'application de l'art. 6 LCA en invoquant le fait que les réponses ont été rédigées par l'agent et qu'il s'est contenté de signer le questionnaire³⁶. Cela vaut également lorsque le proposant signe une proposition en blanc et laisse ensuite l'agent la remplir. Il doit en effet s'attendre à ce que celui-ci réponde de manière erronée à une ou plusieurs questions³⁷.

Par ailleurs, l'agent doit faire preuve d'une attention particulière lorsque le proposant ne maîtrise pas ou peu la langue dans laquelle les questions sont formulées. Dans cette hypothèse, l'agent a pour mission de traduire de manière suffisante les questions et les réponses qu'il a écrites pour lui³⁸.

Toutes les remarques ci-dessus relatives au comportement que doit revêtir l'agent sont valables également dans l'hypothèse où l'assureur confie au médecin le soin de remplir le questionnaire. Celui-ci occupe une position identique à celle de l'agent chargé de compléter le questionnaire portant sur les déclarations obligatoires, et ce même si le proposant peut s'adresser au médecin de son choix³⁹.

Pour ce qui est de l'intermédiaire non lié à l'assureur, en l'occurrence le courtier mandataire⁴⁰, il convient d'admettre qu'il ne saurait se dérober à son devoir d'instruire et de renseigner en vertu de ses obligations de fidélité et de diligence (art. 412 al. 2 CO)⁴¹.

³² ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 6 ; GUIBAN, *La réticence*, p. 321 ; ROELLI/KELLER, p. 158.

³³ ATF 111 II 338, consid. 3b ; 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 6.

³⁴ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34.

³⁵ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 6 ; GUIBAN, p. 321 ; PETERMANN, p. 240.

³⁶ ATF 96 III 204, JdT 1972 I 34 consid. 5 ; VIRET, *DAS*, p. 99 ; ROELLI/KELLER, p. 157.

³⁷ TC/NE RJ 1998 nr. 1398 ; CJ/GE RBA 1982 nr. 265.

³⁸ ATF 108 II 550, consid. 2c ; VIRET, *DAS*, p. 101 ; GUIBAN, p. 321.

³⁹ ATF 108 II 550, consid. 2c ; TF 5C_182/2000 du 7 décembre 2000, consid. 2b.

⁴⁰ Il s'agit d'un intermédiaire qui n'est pas lié juridiquement, économiquement ou de quelque autre façon que ce soit à une entreprise d'assurance (art. 43 LSA) ; il perçoit l'entier de sa rémunération du preneur dont il représente les intérêts. BRULHART, *DAS*, p. 161. Nous verrons que cette distinction par rapport à l'intermédiaire lié est importante du point de vue de la responsabilité de l'assureur, voir point 4.5.

⁴¹ LOMBARDINI, p. 452.

3.2.2 Temporel

La note marginale de l'art. 4 LCA est intitulée comme suit : « déclarations obligatoires lors de la conclusion du contrat ». En toute logique, le devoir d'avis déploie ses effets avant la conclusion du contrat, soit lorsque le futur preneur d'assurance répond par écrit aux questions contenues dans le formulaire de proposition d'assurance qui lui est remis par l'assureur.

Une fois le formulaire rempli, l'obligation de déclarer n'est pas entièrement accomplie. Elle s'étend en effet jusqu'à la conclusion du contrat par l'assureur⁴² ; celui-ci doit avoir connaissance de toutes les circonstances qui peuvent influencer sur sa décision, et ce jusqu'au moment où il manifeste sa volonté de conclure le contrat. Par conséquent, les faits déclarés qui se modifient entre le moment de l'envoi du formulaire et celui de son acceptation par l'assureur tombe sous le coup de l'art. 4 LCA⁴³.

Ce laps de temps peut être d'une durée non négligeable puisque le proposant est lié par son offre pendant quatorze jours, voir quatre semaines si l'assureur exige un examen médical (art. 1 LCA), et à défaut d'une annonce subséquente, le proposant pourra se voir reprocher une réticence. Cette hypothèse est d'autant plus délicate à gérer car la plupart des proposant ont la certitude de s'être acquittés de leur devoir de déclaration une fois le formulaire dûment complété.

Le Tribunal fédéral a admis l'existence d'un nouveau contrat et par conséquent d'une obligation de déclaration, si le risque assuré est plus étendu, si la durée de l'assurance est prolongée ou encore si l'assureur a envoyé à nouveau un questionnaire complet⁴⁴. Toutefois, une réticence ancienne ne peut plus être invoquée à l'encontre d'un nouveau contrat⁴⁵. De même, si la déclaration subséquente parvient à l'assureur après l'acceptation de la proposition, ce dernier ne peut invoquer ni la réticence ni l'aggravation du risque⁴⁶.

L'art. 17 P-LCA corrigeait cette situation insatisfaisante en introduisant une disposition qui étendait la validité de l'obligation de déclaration jusqu'à la remise ou l'envoi des renseignements à l'assureur, en instaurant par la suite une augmentation du risque soumise à l'obligation de déclarer (art. 45 P-LCA).

3.2.3 Matériel

L'art. 4 al. 1 LCA exige que le proposant déclare tous les faits importants tels qu'ils lui sont ou doivent être connus. Les art. 4 al. 2 et 3 LCA définissent ce que sont des faits importants, c'est-à-dire ceux de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues. Egalement ceux au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises et équivoques. Il s'avère que la jurisprudence du Tribunal fédéral s'appuie sur ces trois critères pour déterminer l'existence d'une réticence⁴⁷,

⁴² ATF 134 III 511, consid. 3.3.2 ; CORBOZ, p. 252 ; KOENIG, p. 174 ; PETERMANN, p. 202.

⁴³ BRULHART, *DAS*, p. 211 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 12 ; KOENIG, p. 174.

⁴⁴ ATF 132 III 264, consid. 2.2 ; voir également PETERMANN, p. 202.

⁴⁵ CORBOZ, p. 253.

⁴⁶ Message, révision totale, p. 7127.

⁴⁷ ATF 136 III 334, consid. 2.3 ; TF 4A_289/2013 du 10 septembre 2013, consid. 4.1 ; TF 4A_370/2012 du 4 décembre 2012, consid. 2.2.1.

c'est pourquoi il est opportun de les développer dans leur intégralité au chapitre consacré aux conditions matérielles de la réticence.

4. La réticence

Par définition, « *la réticence est l'omission de déclarer ou le fait de déclarer inexactement, lors de la conclusion du contrat d'assurance, un fait important pour l'appréciation du risque que la personne astreinte à la déclaration connaissait ou devait connaître* »⁴⁸.

4.1 Nature juridique

D'emblée, ce devoir de déclaration ne peut être considéré comme une obligation contractuelle ; il intervient lors des négociations entre l'assureur et le proposant, avant même la conclusion d'un éventuel contrat, de sorte qu'il est plutôt envisageable de l'assimiler à une obligation précontractuelle dont la violation constituerait une *culpa in contrahendo*⁴⁹. Cette responsabilité repose sur l'idée que pendant les pourparlers les parties doivent agir selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) ; chaque partie est en particulier tenue d'informer et de renseigner l'autre sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat ou de le conclure à des conditions déterminées⁵⁰. On constate à cet égard que les art. 4 ss LCA suivent la même logique puisqu'ils exigent du proposant qu'il déclare, dans une certaine mesure, tous les faits importants pour l'appréciation du risque⁵¹.

En revanche, les conditions d'application ne se recoupent pas. La responsabilité découlant d'une *culpa in contrahendo* implique pour la partie dont la confiance a été éveillée puis déçue, de prouver l'existence d'un dommage ainsi qu'un lien de causalité adéquate entre la faute et le dommage subi par le cocontractant ; à l'exception de la faute si la prétention se fonde sur l'art. 97 CO⁵². Or, nous verrons qu'une violation de l'obligation de déclarer (réticence) n'implique pas de raisonner sous l'angle de la faute selon la conception retenue par le Tribunal fédéral et qu'elle est admise indépendamment d'un lien de causalité entre le fait non déclaré ou inexactement déclaré et le sinistre survenu par la suite⁵³.

Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'une responsabilité fondée sur *la culpa in contrahendo* était envisageable dans le cas où les règles relatives à la réticence ne sont pas applicables. Dans cette affaire, le proposant souhaitait assurer son nouveau camion ; mais en remplissant le questionnaire, il a malencontreusement mentionné les caractéristiques de son ancien camion qui lui aussi bénéficiait d'une assurance casco auprès du même assureur. Le Tribunal fédéral a considéré que l'assureur devait vérifier la proposition en consultant les dossiers des contrats souscrits précédemment par le proposant ; les règles de la bonne foi lui imposent un devoir de redresser l'erreur du proposant dans la mesure où elle porte sur un fait important qu'il connaissait ou devait connaître. Dans le cas d'espèce, il n'a pas interpellé le proposant pour lui demander son intention réelle ; « *il a ainsi contribué, par sa négligence, à provoquer l'erreur qui viciait cette déclaration* ». En conclusion, l'assureur a commis une *culpa in contrahendo*⁵⁴.

⁴⁸ VIRET, *La réticence*, p. 37.

⁴⁹ GUIBAN, p. 298.

⁵⁰ ATF 121 III 350, consid. 6c ; TF 4A_229/2014 du 19 septembre 2014, consid. 4.4.1.

⁵¹ GUIBAN, p. 298.

⁵² ROGNON, p. 311. Pour un développement sur la nature juridique controversée de responsabilité fondée sur la confiance, voir Ariane Morin, *Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, in SJ 2000 II p. 161 ss.

⁵³ Voir point 4.3.2.1.

⁵⁴ ATF 90 II 449, consid. 2 ss.

On pourrait être tenté de faire intervenir les règles relatives aux vices du consentement (art. 23 ss CO). Dans ce contexte, il s'agit d'examiner en particulier les spécificités des art. 4 ss LCA en rapport avec les art. 24 al. 1 ch. 1 CO, 28 CO et 31 CO.

Pour commencer, la partie victime d'un vice du consentement dispose d'un délai d'un an dès la connaissance du vice pour invalider (*ex tunc*) le contrat (art. 31 CO)⁵⁵. L'action en répétition de l'indu se prescrit dans le délai d'un an dès que la partie a eu connaissance de son droit de répétition, mais dans tous les cas par 10 ans dès la naissance de ce droit (art. 63 et 67 CO). Or, l'art. 6 al. 3 LCA prévoit en principe seulement un droit de résiliation (*ex nunc*) qui s'éteint quatre semaines après que l'assureur ait eu connaissance de la réticence.

L'art. 24 al. 1 ch. 4 CO traite de l'hypothèse où des faits importants sur lesquels une partie s'est fondée pour former sa volonté ne correspondent pas à la réalité (erreur de base) ; une partie est victime d'une erreur essentielle lorsque les faits qui l'ont amenée à contracter sont essentiels pour elle (circonstances subjectives) mais également que ces faits sont considérés comme indispensables dans le commerce et influencent objectivement sa situation contractuelle (circonstances objectives)⁵⁶. En revanche, l'art. 4 al. 3 LCA pose une présomption selon laquelle tous les faits contenus dans le formulaire de proposition d'assurance sont importants, à charge pour l'assuré d'apporter la preuve du contraire. A cet égard, TERCIER considère que la solution adoptée par le législateur laisse à l'assureur un pouvoir discrétionnaire illimité⁵⁷.

L'art. 28 CO (dol) trouve application lorsqu'une partie s'est trompée sur des faits qui ont servi à former sa volonté, mais que son erreur a été intentionnellement provoquée par l'autre partie ; cette tromperie suppose que « *l'auteur connaissait la situation réelle et s'est rendu compte que l'autre partie l'ignorait ou pouvait l'ignorer, mais également que son comportement ait effectivement induit l'autre en erreur en lui donnant de fausses informations sur certains faits qu'il est tenu de signaler conformément à ses devoirs précontractuels* »⁵⁸. Par conséquent, il est tout à fait envisageable qu'un contrat d'assurance soit affecté par un vice de volonté ; la réticence peut de ce fait constituer un cas d'erreur essentielle ou de dol dont peut se prévaloir l'assureur⁵⁹.

Comme nous l'avons vu, le devoir de déclaration des risques poursuit un but de pure technique d'assurance. Il permet à l'assureur d'identifier, d'évaluer et de classer le risque dans la catégorie qui lui est propre afin de trouver un juste équilibre entre le montant de la prime et les prestations qu'il promet (principe d'équivalence)⁶⁰.

Le Tribunal fédéral eu a l'occasion de préciser que les art. 4 ss de la loi spéciale sur le contrat d'assurance règlent complètement la réticence et ses conséquences, à l'exclusion des dispositions générales du code des obligations ; « *les déclarations obligatoires lors de la conclusion du contrat n'ont pas pour effet un accord mais sont aménagées et sanctionnées comme un devoir légal particulier* » ou plus précisément, une obligation précontractuelle

⁵⁵ TERCIER, *Le droit des obligations*, p. 174 ss.

⁵⁶ TERCIER, *Le droit des obligations*, p. 172 et 173.

⁵⁷ TERCIER, *LCA*, p. 20.

⁵⁸ TERCIER, *Le droit des obligations*, p. 173. Cette institution peut être rapprochée de l'escroquerie au sens du droit pénal (art. 146 CP).

⁵⁹ KHUN/MONTAVON, p. 144 ; VIRET, *DAS*, p. 80 : il ne semble pas que la crainte fondée (art. 29 CO) joue un rôle en matière de contrat d'assurance.

⁶⁰ BRULHART, *DAS*, p. 210 ; GUIBAN, p. 298 ; KOENIG, p. 175.

légale⁶¹. En d'autres termes, « les règles relatives à la réticence concernent exclusivement les faits importants pour l'appréciation individuelle du risque, « *c'est-à-dire la nature et l'étendue du risque par rapport à un objet déterminé qui doit être assuré et dont la désignation est certaine* »⁶². Elles ne s'appliquent qu'aux vices du consentement de l'assureur, et seulement si ce vice du consentement se réfère à un fait important⁶³. En revanche, les dispositions générales du code des obligations demeurent applicables dans tous les autres cas⁶⁴. Selon le Tribunal fédéral et la doctrine dominante, ces dispositions ne peuvent pas entrer en concurrence⁶⁵.

Toutefois, une partie de la doctrine considère que si tant les éléments constitutifs du dol que ceux de la réticence sont remplis, l'assureur peut invoquer les deux ordres de dispositions que sont l'art. 28 CO et l'art. 6 LCA.

D'après FUHRER, la solution introduite lors de la révision partielle de 2004 est pertinente pour celui qui agit par simple négligence. En cas de tromperie intentionnelle, les règles sur la réticence discriminent davantage l'assureur par rapport aux règles générales du CO. L'assureur devrait ainsi pouvoir se libérer du contrat avec effet *ex tunc* parce qu'il se trompe non seulement sur la qualité du risque assuré, mais qu'en plus le preneur d'assurance représente un risque subjectif aggravé⁶⁶. Selon lui, l'assureur invoquerait les dispositions relatives à la réticence en l'absence de sinistre et conserverait ainsi la prime jusqu'au moment de la résiliation du contrat⁶⁷. *A contrario*, il aurait avantage d'invoquer l'art. 28 CO en présence d'un sinistre sans lien avec le fait inexactly déclaré donnant droit à une indemnisation ; il serait libéré de l'obligation de prendre en charge le sinistre mais ne recevrait en contrepartie aucune prime⁶⁸. Dans l'objectif de renforcer la position de l'assureur face à un preneur de mauvaise foi, PETERMANN considère qu'une application cumulative de l'art. 28 CO et de l'art. 6 LCA ne devrait pas être exclue. Il justifie sa thèse en précisant que la loi elle-même pose à l'art. 26 LCA la question du dol en cas de réticence dans une proposition d'assurance sur la vie ou avec paiement anticipé des primes⁶⁹.

En définitive, les dispositions particulières de la LCA s'appliquent si le dol du proposant se rapporte aux faits constitutifs du risque (ce qui est souvent le cas)⁷⁰. En revanche, on appliquera les règles du CO lorsque par exemple l'erreur affecte la désignation de l'objet mentionné dans la proposition d'assurance.

Dans l'arrêt mentionné précédemment, le proposant avait l'intention de conclure une assurance casco pour un camion. En remplissant le formulaire de proposition, il a malencontreusement indiqué les caractéristiques de son ancien camion, de sorte que la proposition ne correspondait pas à sa volonté réelle. En d'autres termes, il a mentionné par erreur l'assurance de l'ancien véhicule dont il était propriétaire, par rapport auquel ses déclarations étaient exactes. Partant, l'erreur affecte la désignation de l'objet et c'est à la lumière du droit des obligations qu'il faut raisonner⁷¹.

⁶¹ BRULHART, *DAS*, p. 221 ; KOENIG, p. 129 ; GUIBAN, p. 298, ROELLI/KELLER, p. 90.

⁶² VIRET, *La réticence*, p. 326.

⁶³ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 10.

⁶⁴ ATF 90 II 449, consid. 2 ; également ATF 118 II 333, consid. 3d.

⁶⁵ KHUN/MONTAVON, p. 144 ; VIRET, *DAS*, p. 80 ; PETERMANN, p. 194.

⁶⁶ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 11.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ PETERMANN, p. 195. Précisons néanmoins que l'art. 26 LCA a été abrogé lors de la révision partielle de 2004.

⁷⁰ VIRET, *DAS*, p. 82.

⁷¹ ATF 90 II 449, consid. 2.

4.2 Les délimitations

4.2.1 Par rapport aux assurances sociales

Les assurances sociales obéissent à une logique juridique différente de celle des assurances privées. Dans ce cadre, il est important de décrire les fondements de l'assurance sociale qui justifient des règles différentes de celles des assurances privées, notamment en matière de réticence. *A l'instar du modèle de l'assurance privée, les assurances sociales répartissent les risques de la vie – comme celui de l'accident, du décès ou de l'invalidité – sur une large communauté d'assurés*⁷². Néanmoins, elles visent à atteindre les objectifs de politique sociale prévus par la Confédération et les cantons⁷³. Il en découle que les droits et obligations des assurés, les prestations, l'organisation et le financement sont clairement définis dans la loi. Par ailleurs, les assurances de base ne poursuivent pas un but lucratif⁷⁴ ; une assurance sociale obligatoire a l'obligation d'assurer un postulant qui remplit les conditions d'assujettissement. *A fortiori*, un refus d'admission injustifié entraîne l'application de l'art. 8 al. 2 Cst. fédérale pour inégalité de traitement⁷⁵.

Contrairement aux assurances privées qui sont à la recherche d'un profit, les assurances sociales ne sont donc pas autorisées à refuser les postulants qui leur semblent présenter des risques exagérés (les mauvais risques), d'exclure de la couverture certaines affections ou encore de les accepter en calculant une prime plus élevée ; la prime ne dépend ni de l'âge, ni de l'état de santé de l'assuré (principe de solidarité)⁷⁶. Ainsi, il n'est pas étonnant que les règles sur la réticence prévues en droit privé ne se retrouvent pas dans le contexte des assurances sociales obligatoires. En revanche, la solution est différente pour les assurances sociales facultatives. Prenons par exemple l'assurance sociale facultative d'indemnités journalières (art. 67ss LAMal et 134 ss OAMAL) et les prestations de caisse de pensions plus élargies que les minima prévus par la réglementation de la prévoyance professionnelle obligatoire (LPP)⁷⁷.

Dans la première, l'assureur ne peut pas refuser l'admission pour raison de santé. Par une clause de réserve, il peut cependant exclure de l'assurance les maladies existantes au moment de l'admission ainsi que celles antérieures si une rechute est possible (art. 69 al. 1 LAMal). Toutefois, une telle réserve ne peut excéder cinq ans (art. 69 al. 2 LAMal). *« Par réticence, on entend ici le fait de ne pas annoncer à la caisse-maladie, en la passant sous silence de manière fautive, une maladie existante ou une maladie antérieure sujette à rechute que l'assuré connaissait ou aurait dû connaître en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait exiger de lui »*⁷⁸. Si la caisse-maladie n'a pas formulé de réserve au moment de l'admission de l'assuré, elle conserve la faculté d'introduire rétroactivement d'autres sanctions pour autant qu'elles soient proportionnées à la gravité de la faute et au but visé par la caisse⁷⁹. En

⁷² KAHIL-WOLFF, p. 82.

⁷³ VIRET, *DAS*, p. 14.

⁷⁴ KAHIL-WOLFF, p. 82.

⁷⁵ CORBOZ, p. 246 ; TF 5P.97/2006 du 1^{er} juin 2006, consid. 3 ; KAHIL-WOLFF, p. 82.

⁷⁶ VIRET, *La réticence*, p. 34 et 36 ; DUPONT, p. 494.

⁷⁷ DUPONT, p. 494 ; Office fédéral des assurances sociales (OFAS), *Bulletin de la prévoyance professionnelle (BPP)*, numéro 126, p. 17.

⁷⁸ ATF 125 V 292, consid. 2 ; TF 9C_443/2012 du 21 janvier 2013, consid. 4.1.

⁷⁹ *Ibid*, consid. 3.

définitive, on constate que les conséquences d'une réticence dans le domaine de l'assurance sociale facultative d'indemnités journalières diffèrent de celles prévues en droit privé.

En cas de réticence dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue, on applique prioritairement les dispositions statutaires ou réglementaires et, en l'absence de dispositions idoines, non pas les règles concernant les vices du consentement (art. 23 ss CO), mais par analogie, celles des art. 4 ss LCA⁸⁰. L'art. 331c CO permet à l'institution de prévoyance de formuler expressément des réserves lors de l'entrée de l'assuré ; les réserves rétroactives n'étant pas autorisées, elle peut néanmoins se départir du contrat pour cause de réticence⁸¹.

4.2.2 Par rapport aux autres dispositions de la LCA

La distinction entre la réticence inscrite à l'art. 6 LCA et les autres dispositions de la loi sur le contrat d'assurance revêt un double intérêt. D'une part, la LCA contient certaines dispositions en périphérie de la réticence, notamment en cas de sinistre, et il n'est pas toujours évident de les distinguer. D'autre part, les sanctions envisagées en cas de violation sont davantage nuancées et il est intéressant de les mentionner. Bien entendu, il ne s'agit pas de décrire précisément chaque norme présentant un lien avec la réticence mais plutôt de dégager des éléments de comparaison mettant en évidence leurs différences.

Pour commencer, l'art. 38 LCA impose à l'ayant droit un devoir de déclaration en cas de sinistre ; il s'applique donc exclusivement à la phrase contractuelle. Comme nous l'avons vu, l'art. 6 LCA trouve application uniquement pour la phase qui précède la conclusion du contrat, de sorte que ces dispositions ne peuvent entrer en concurrence⁸². A ce sujet, l'obligation de renseigner (art. 39 LCA) ne permet pas à l'assureur d'exiger de l'ayant droit qu'il coopère à l'établissement d'une réticence⁸³. L'art. 38 al. 1 LCA impose ce devoir dès l'instant où l'ayant droit a eu connaissance du sinistre et du droit qui en découle, cela signifie que contrairement à l'art. 6 LCA, il n'y a pas de devoir de connaissance⁸⁴. Pour ce qui est de la sanction, celle-ci dépend du degré de la faute commise par l'ayant droit relativement à son devoir d'annonce dans les plus brefs délais : une négligence autorisera l'assureur à réduire l'indemnité (art. 38 al. 2 LCA) alors qu'une omission intentionnelle lui permettra de résoudre le contrat (art. 38 al. 3 LCA)⁸⁵. A cet égard, les sanctions prévues en cas de réticence font abstraction de toute faute.

Ensuite, la notion de réticence doit être distinguée de celle de la prétention frauduleuse inscrite à l'art. 40 LCA qui traite de fausses déclarations faites après le sinistre⁸⁶. La formulation employée à l'art. 40 LCA n'est en substance pas si éloignée de l'art. 6 LCA. En effet, ces dernières visent *ab initio* l'hypothèse où le preneur ne mentionne pas ou déclare faussement (condition objective) des faits qui ont nécessairement une influence sur l'étendue de la prestation de l'assureur en cas de sinistre⁸⁷. De même, là où l'art. 6 LCA traite de la violation de l'obligation de déclaration, l'art. 40 LCA *in medio* traite de la violation du devoir de renseigner (art. 39 LCA) en lien avec des informations demandées par l'assureur.

⁸⁰ ATF 118 V 168, consid. 5 ; ATF 116 V 218, consid. 4 ; TF 9C_532/2014 du 23 octobre 2014, consid. 3.3.1.

⁸¹ Office fédéral des assurances sociales (OFAS), *Bulletin de la prévoyance professionnelle (BPP)*, numéro 74, p. 435.

⁸² KOENIG, p. 174 ; PETERMANN, p. 194.

⁸³ ATF 129 III 510, consid. 3.1 ; CORBOZ, p. 260 ; BRULHART, *DAS*, p. 271.

⁸⁴ BRULHART, *DAS*, p. 268.

⁸⁵ KHUN/MONTAVON, p. 172 ; ROELLI/KELLER, p. 577.

⁸⁶ Précisions d'emblée que les considérations qui prévalent concernant le champ d'application temporel et personnel de l'art. 38 LCA sont pertinentes aussi ici.

⁸⁷ BRULHART, *DAS*, p. 301 ; PICHONNAZ/WERRO, p. 7 ; VIRET, *DAS*, p. 143.

On s'aperçoit néanmoins de l'existence de différences notables. L'art. 6 LCA sanctionne l'attitude du preneur indépendamment de toute faute, l'art. 40 LCA impose pour sa part une condition subjective, en ce sens que l'ayant droit ait agi avec la conscience et la volonté de tromper l'assureur⁸⁸. Par ailleurs, nous avons vu qu'aucune réticence ne peut être reprochée à l'encontre du preneur s'il ne déclare pas certains faits n'ayant pas fait l'objet de questions, même si ces derniers auraient dû être déclarés selon la loyauté la plus élémentaire⁸⁹; ce n'est pas la solution retenue à l'art. 40 LCA *in medio*. Par conséquent, l'ayant droit ne peut passer sous silence des faits qui pourraient entraîner une exclusion ou une diminution des prestations de l'assureur, quand bien même l'assureur ne lui demanderait pas de renseignements particuliers⁹⁰.

En cas de prétention frauduleuse, deux sanctions sont envisageables. Tout d'abord, l'assureur n'est pas lié par le contrat (art. 40 LCA *in fine*) et peut refuser l'entier de la prestation⁹¹. En vertu du rapport de confiance entre le preneur et l'assureur, il est justifié pour le second de résoudre le contrat de manière rétroactive au jour de la fraude lorsque le premier a tenté de le tromper⁹². Nous verrons que les sanctions en cas de réticence ne sont pas les mêmes.

Pour ce qui est de l'art. 9 LCA, celui-ci précise que le contrat est nul si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu⁹³. La solution retenue peut s'avérer lourde de conséquences pour le preneur mais elle n'en demeure pas moins justifiée dans la mesure où le principe de l'assurance rétroactive est dans la règle interdite. En lien avec la réticence, l'art. 9 LCA vise également des faits qui existent avant la conclusion du contrat, soit des événements déjà réalisés ou en train de s'accomplir⁹⁴; il est indispensable que le risque sur lequel porte l'assurance se réfère à un événement futur⁹⁵. Contrairement à l'art. 6 LCA, il rend le contrat nul même si les parties ignoraient, au moment de la conclusion, que le sinistre était déjà réalisé; il ne se rapporte donc pas à ce que savait ou devait savoir le preneur et peu importe si les effets dommageables du sinistre ne se manifestent que plus tard⁹⁶. La nullité prévue à l'art. 9 LCA implique que le contrat n'a jamais déployé d'effets, alors que l'art. 6 LCA suppose un contrat valable que l'assureur peut résilier si les conditions sont réunies.

Une autre distinction s'impose au sujet de la violation du contrat sans faute du preneur ou de l'ayant droit (art. 45 LCA); cette disposition institue un critère subjectif qui permet au preneur ou l'ayant droit de ne pas encourir de sanction au cas où il violerait l'une de ses obligations, s'il résulte des circonstances que la faute ne leur est pas imputable. Dès lors, on ne peut envisager son application en matière de réticence⁹⁷. Il convient également de noter que la sanction est de nature contractuelle alors que le devoir d'avis inscrit à l'art. 4 LCA est imposé par la loi⁹⁸.

Pour terminer, il convient de mentionner les dispositions sur l'aggravation essentielle du risque (art. 28 ss LCA); celle-ci doit se produire au cours de l'assurance, il est dès lors évident que ces dernières et celles relatives au devoir de déclaration (art. 4 ss LCA) ne

⁸⁸ BRULHART, *DAS*, p. 302; PICHONNAZ/WERRO, p. 7; KOENIG, p. 103.

⁸⁹ Voir point 2.2.3.1

⁹⁰ BRULHART, *DAS*, p. 302.

⁹¹ BRULHART, *DAS*, p. 302; MAURER, p. 367; KHUN/MONTAVON, p. 178.

⁹² BRULHART, *DAS*, p. 305; ROELLI/KELLER, p. 586; KOENIG, p. 104.

⁹³ ATF 136 III 334, consid. 3; TF 4A_352/2014 du 9 février 2015, consid. 4.4.1.

⁹⁴ VIRET, *DAS*, p. 93.

⁹⁵ KHUN/MONTAVON, p. 179; MAURER, p. 225; KOENIG, p. 159.

⁹⁶ ATF 127 III 21, consid. 2b/aa; TF 4A_39/2009 du 7 avril 2009, consid. 3.5.2.

⁹⁷ GUISAN, p. 298; KOENIG, p. 179; MAURER, p. 288; PETERMANN, p. 201; POUGET-HÄNSELER, p. 27.

⁹⁸ BRULHART, *DAS*, p. 217.

peuvent être appliquées cumulativement⁹⁹. La sanction est également différente : sans qu'il ait dû préalablement se départir du contrat ou respecter un délai de dénonciation, l'assureur cesse d'être lié par le contrat dès l'instant où l'aggravation du risque intervient¹⁰⁰. Par ailleurs, cette dernière reste sans effet juridique si elle n'a exercé aucune influence sur le sinistre et l'étendue des prestations incombant à l'assureur (art. 32 ch. 1 LCA).

4.3 Les conditions d'exercice

4.3.1 Matérielles

En application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'existence d'une réticence implique de résoudre trois questions¹⁰¹. La première est celle de savoir si la question formulée par l'assureur était précise et non équivoque (art. 4 al. 3 LCA). La seconde est de se demander si, en fonction des faits que le proposant connaissait ou devait connaître (art. 4 et 6 LCA), il était en mesure de donner une réponse véridique. Enfin, la réticence doit porter sur un fait important (art. 4 et 6 LCA).

4.3.1.1 *La question formulée était précise et non équivoque*

Pour commencer, il s'agit de savoir si la question posée par l'assureur était précise et non équivoque (art. 4 al. 3 LCA). Pour déterminer si le proposant a correctement répondu à la question, encore faut-il que celle-ci ait été formulée de manière suffisamment précise ; « *les questions qui ne sont pas posées clairement cachent des dangers sérieux pour le proposant et ne peuvent par conséquent pas jouir de la protection légale* »¹⁰². Lorsque l'assureur reproche une réticence à l'encontre de celui sur qui pèse l'obligation de déclaration, ce dernier fait en général valoir que la question était imprécise, voire incompréhensible.

Ce cas de figure doit être résolu selon les règles d'interprétation¹⁰³. A ce sujet, il est nécessaire de se référer au code des obligations (art. 100 al.1 LCA), en particulier à la jurisprudence relative à l'interprétation des actes juridiques¹⁰⁴. Selon celle-ci, le juge recherchera la réelle et commune intention des parties, le cas échéant sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexacts dont elles ont pu se servir (art. 18 CO)¹⁰⁵. Si la volonté réelle des parties ne peut être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance ; il doit rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances ; ce principe permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime¹⁰⁶.

Pour l'examen de la bonne foi, il s'agira de procéder à un examen *in concreto* en prenant en considération l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Pour cela, il convient de se placer

⁹⁹ Message, révision totale, p. 7127.

¹⁰⁰ VIRET, *DAS*, p. 109 ; MAURER, p. 242 ; KOENIG, p. 190.

¹⁰¹ ATF 136 III 334, consid. 2.3 ; TF 4A_289/2013 du 10 septembre 2013, consid. 4.1.

¹⁰² Message, LCA, p. 300 ; KOENIG, p. 178.

¹⁰³ VIRET, *DAS*, p. 98.

¹⁰⁴ TF 4A_567/2009 du 4 février 2010.

¹⁰⁵ ATF 140 III 134, consid. 3.2 ; TF 4A_53/2010 du 29 avril 2010.

¹⁰⁶ CORBOZ, p. 256.

dans l'optique du proposant : le sens et la portée des questions doivent être compréhensibles pour la personne interrogée eu égard à sa situation personnelle et sociale¹⁰⁷.

« L'assureur doit rédiger ses questions de sorte qu'elles puissent être comprises de la plupart des gens, sans qu'ils aient à s'informer de manière systématique du sens de certaines expressions particulières ou de procéder à des investigations approfondies »¹⁰⁸. Il n'en demeure pas moins que si le proposant a des doutes quant à la signification d'une question, il doit se renseigner auprès d'une personne compétente tel l'agent ou le médecin-conseil, faute de quoi il serait difficile d'admettre sa bonne foi¹⁰⁹. Si l'application du principe de la confiance ne permet pas de lever l'ambiguïté, on admet l'application de la règle dite des clauses ambiguës en vertu de laquelle la question s'interprète, en cas de doute, en défaveur de son rédacteur, en l'occurrence l'assureur (*in dubio contra stipulatorem*) et en faveur du bénéficiaire¹¹⁰. Sans cela, on favoriserait l'assureur en lui permettant d'invoquer une réticence relative à des questions qui n'ont pas été rédigées de façon à pouvoir être comprises¹¹¹.

Les questions portant sur les « maladies antérieures », « les séjours de cure », formulées en des termes tels que « êtes-vous bien portant », ou « avez-vous dernièrement consulté un médecin » ont été considérées comme suffisamment précises¹¹². En revanche, « une question portant sur l'existence d'un traitement médical d'une certaine durée, sans autre définition, ou du moins l'omission de mentionner un traitement qui s'est étendu sur onze semaines a été jugée insuffisamment précise »¹¹³.

4.3.1.2 *L'auteur de la réticence a omis de déclarer ou déclaré inexactement un fait important qu'il connaissait ou devait connaître*

Selon l'approche suivie par le Tribunal fédéral, l'accomplissement de cette condition suppose la réunion d'un élément objectif et subjectif.

D'un point de vue objectif, la réticence suppose que la réponse donnée à la question ne soit pas conforme à la vérité, par omission ou inexactitude. La réticence réside dans la divergence entre la vérité et ce qui a été déclaré. « Elle peut consister à affirmer un fait faux, à taire un fait vrai ou à présenter une vision déformée de la vérité »¹¹⁴. Dans cette première étape, on s'en tient à une appréciation purement objective.

Ainsi, le proposant qui répond être médecin à la question précise et non équivoque de savoir quelle est sa profession, alors qu'il ne possède aucun diplôme de médecin et qu'il a obtenu frauduleusement l'autorisation de pratiquer en présentant un faux diplôme étranger, fait objectivement une déclaration inexacte¹¹⁵. De même, le proposant tait un fait vrai en répondant par la négative à la question de savoir s'il avait déjà consommé du cannabis alors qu'il en avait consommé occasionnellement par le passé¹¹⁶.

Dans le formulaire de proposition en vue de conclure une assurance casco, le proposant qui répond « une seule prétention » à la question « durant ces cinq dernières années, avez-vous fait valoir des prétentions casco ? » alors que son précédent assureur a été appelé à couvrir des dommages à quatre reprises, omet de mentionner la totalité

¹⁰⁷ VIRET, *La réticence*, p. 37.

¹⁰⁸ ATF 101 II 339, JdT 1976 I 627 ; dans le même sens ; BRULHART, p. 215 ; VIRET, *DAS*, p. 102.

¹⁰⁹ GUIBAN, p. 320.

¹¹⁰ ATF 124 III 155, consid. 1b ; VIRET, *DAS*, p. 95 et 98 ; GUIBAN, p. 319 ; KOENIG, p. 178.

¹¹¹ GUIBAN, p. 320.

¹¹² ATF 52 II 297, JdT 1926 I 548, résumé par CARRE, *LCA*, p. 142.

¹¹³ TF RBA XVII nr. 7, résumé par CARRE, *LCA*, p. 143.

¹¹⁴ ATF 136 III 334, consid. 2.3 ; ATF 134 III 511, consid. 3.3.3.

¹¹⁵ ATF 131 III 542.

¹¹⁶ ATF 136 III 334, consid. 2.3.

des sinistres dont il a été victime et donne ainsi une réponse incomplète¹¹⁷. Cet arrêt démontre qu'il n'y a pas de difficulté particulière à apprécier le caractère objectivement inexact d'une réponse.

D'un point de vue subjectif, il convient de se demander si, en fonction des faits qu'il connaissait ou devait connaître (art. 6 al. 1 LCA), le proposant était en mesure de donner une réponse véridique. « *Le proposant doit déclarer non seulement les faits qui lui sont connus sans autre réflexion, mais aussi ceux qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions posées* »¹¹⁸. Cette formulation figure également à l'art. 4 al. 1 LCA, ce qui démontre bien le lien étroit qu'entretiennent ces deux dispositions.

En doctrine, les avis ne sont pas unanimes au sujet de l'approche à adopter pour apprécier l'attitude du proposant. La doctrine majoritaire considère que les déclarations obligatoires doivent être complètes et exactes non pas objectivement mais seulement du point de vue subjectif de leur auteur¹¹⁹. Le proposant doit répondre à des questions techniques, dont le sens et la portée sont difficiles à comprendre, c'est pourquoi des omissions, des appréciations erronées ou des inexactitudes sont absolument inévitables¹²⁰. Il serait inéquitable de reprocher une réticence à l'encontre du proposant qui a omis ou inexactement déclaré un fait qu'il ne pouvait objectivement pas connaître ; cette conception s'inscrit dans une optique protectionniste en faveur du proposant. D'un avis opposé, PETERMANN considère qu'une déclaration objectivement inexacte suffit en elle-même pour permettre à l'assureur d'invoquer une réticence¹²¹. En faisant entièrement abstraction d'un éventuel point de vue subjectif dans l'examen de l'attitude du proposant, cette conception affaiblit grandement sa position au regard de la facilité avec laquelle l'assureur pourrait invoquer une réticence mais aussi par les conséquences juridiques qui en découleraient.

Au final, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur ce conflit doctrinal et a considéré qu'une interprétation conforme à la loi ne pouvait aboutir à l'approche de ce dernier¹²². Certes, l'élément objectif joue un rôle mais il ne permet pas à lui seul de conclure à une réticence. Il s'est ainsi rallié à la doctrine dominante en précisant néanmoins la signification de l'élément subjectif¹²³. Selon lui, « *le proposant doit déclarer à l'assureur, en vertu des art. 4 à 6 LCA, outre les faits importants pour l'appréciation du risque qui lui sont effectivement connus, non pas d'une façon générale tous les faits de cette nature qui sont objectivement reconnaissables lors de la conclusion du contrat, mais seulement ceux qui font l'objet de questions écrites et qui lui sont connus ou doivent être connus de lui* »¹²⁴.

Selon le Tribunal fédéral, « *il résulte clairement des art. 4 à 6 LCA qu'il ne faut adopter ni un critère purement subjectif, ni un critère purement objectif pour juger si le proposant a rempli ou non ses obligations quant aux déclarations à faire* »¹²⁵. En effet, la loi introduit un critère objectif, en ce sens que le devoir de déclarer qui incombe au proposant se rapporte non seulement aux faits importants pour l'appréciation du risque qui lui sont connus mais

¹¹⁷ TC/JU RJJ 1994, p. 357.

¹¹⁸ ATF 136 III 334, consid. 2.3 ; TF 4A_54/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.4.

¹¹⁹ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 4 ; DUPONT, p. 499 ; VIRET, *DAS*, p. 101 ; ROELLI/KELLER, p. 122 ; KOENIG, p. 179.

¹²⁰ Message, LCA, p. 301.

¹²¹ PETERMANN, p. 200.

¹²² ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 4 ; Message, LCA, p. 302.

¹²³ VIRET, *DAS*, p. 101 ; ROELLI/KELLER, p. 122 ; KOENIG, p. 179.

¹²⁴ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 4 ; TF 5C.43/2004 du 9 août 2004, consid. 5.1.

¹²⁵ Id.

également à ceux qui doivent être connus de lui¹²⁶. A ce stade de réflexion, est déterminant ce que connaissait ou devait connaître le proposant.

Toutefois, pour déterminer si le proposant a rempli ou non son obligation de renseigner, le juge devra, selon la jurisprudence, « *tenir compte des circonstances du cas particulier, notamment des qualités personnelles telles l'intelligence, la formation et l'expérience ainsi que la situation personnelle du proposant (facteurs subjectifs)* »¹²⁷. Cette approche s'applique dans tous les cas, peu importe les facultés mentales du proposant. A cet égard, l'étendue et le degré de ses connaissances doivent être appréciées raisonnablement. On ne saurait exiger du proposant, dans une assurance sur la vie ou contre la maladie, qu'il se souvienne de toutes les maladies ou affections dont il a souffert, ou tous les médecins qu'il a consultés¹²⁸.

Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a jugé qu'un ouvrier de fabrique aurait dû s'enquérir de la signification de la notion de « bronchite » auprès de l'agent si ce terme ne lui était pas familier¹²⁹. En effet, le devoir de se renseigner était justifié puisqu'il s'agissait d'une expression connue dans de larges cercles de la population et qui était utilisée dans la vie de tous les jours. *A contrario*, il a considéré que la notion de « lumbago » n'était pas suffisamment répandue et utilisée dans le langage courante et qu'en utilisant une expression aussi peu connue dans son formulaire, la compagnie d'assurance force la plupart de ses clients à se renseigner de plus près sur la signification de ce mot¹³⁰. Il faut que la question ait été formulée de manière claire et compréhensible même pour un profane en médecine. « *La qualité d'homme d'affaires du proposant peut faire examiner plus sévèrement le cas de réticence, si elle permet de considérer que les termes utilisés dans le questionnaire n'ont pas pu créer d'erreur de compréhension chez l'intéressé* »¹³¹.

L'approche retenue par la jurisprudence du Tribunal fédéral suppose qu'une réticence ne peut être valablement invoquée que si l'élément objectif et l'élément subjectif sont réalisés¹³². Par conséquent, il n'est pas exclu d'être dans la situation où une déclaration est objectivement inexacte sans pour autant qu'elle le soit subjectivement. Ainsi, le proposant atteint d'une maladie grave ne commet pas une réticence s'il répond par l'affirmative à la question « êtes-vous en bonne santé ? » alors que lui-même ou ses médecins n'ont décelé aucune anomalie. Ce recours à l'élément de la subjectivité vise à garantir un équilibre entre les parties au contrat en ne donnant pas à l'assureur la faculté d'invoquer une réticence du seul fait de la déclaration objectivement inexacte du proposant¹³³. En définitive, la question pertinente est de savoir si la déclaration est subjectivement fautive en fonction de ce que le proposant devait connaître¹³⁴.

Une deuxième controverse existe en doctrine au sujet du rôle à accorder à la faute dans l'examen d'une réticence. La question est la suivante : est-ce que l'on peut objecter une réticence au proposant seulement lorsque la violation du devoir de déclaration résulte d'un dol ou d'une faute grave ou également lorsque son ignorance résulte d'une faute légère ? Pour les premiers, la réticence est opposable uniquement à celui qui a contrevenu intentionnellement ou par négligence grave à son devoir de déclaration ; ces types de comportements vont au-delà de ce qui est socialement acceptable et il serait injuste que la communauté des assurés

¹²⁶ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 4 ; TF 5C.43/2004 du 9 août 2004, consid. 5.1.

¹²⁷ ATF 118 II 333, consid. 2b ; TF 4A_376/2014 du 27 avril 2015, consid. 2.4.1.

¹²⁸ VRET, *DAS*, p. 99.

¹²⁹ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34.

¹³⁰ ATF 101 III 339, JdT 1976 I 627. En Suisse alémanique, la plupart des gens ne connaissent pas sa signification.

¹³¹ ATF 120 II 266, résumé par CARRE, *LCA*, p. 146.

¹³² ATF 136 III 334, consid. 2.3 ; TF 4A_54/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.4.

¹³³ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 18 ; VIRET, *DAS*, p. 101 ; KOENIG, p. 179.

¹³⁴ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 4 ; TF 5C.43/2004 du 9 août 2004, consid. 5.1 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 18.

doivent en supporter les conséquences¹³⁵. *A contrario*, une réticence moyenne et légère ne devrait pas permettre à l'assureur d'invoquer une réticence. Pour l'autre partie de la doctrine, il n'importe pas de faire une distinction entre les différents degrés de faute ; une réticence est invocable dès l'instant où une faute est opposable au proposant, ce dernier devant faire preuve de toute la diligence requise dans son devoir de déclarations¹³⁶.

Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a suivi la doctrine majoritaire en considérant que l'art. 6 LCA ne fait pas référence à une éventuelle faute du proposant¹³⁷. Cette controverse ne semble plus être d'actualité et POUGET-HÄNSELER considère que les modifications introduites par la révision partielle justifient un régime sans faute¹³⁸. Par conséquent, la réticence s'apprécie selon des critères tant objectifs que subjectifs, en faisant abstraction d'une éventuelle faute du proposant. Cette obligation de déclarer objectivée s'explique par le fait qu'elle est une obligation précontractuelle légale qui trouve sa source dans des caractéristiques propres à l'activité d'assurance ; elle cherche à ne pas faire peser une éventuelle faute du proposant sur la communauté des assurés¹³⁹.

Selon FUHRER, la relativisation du critère objectif ne consiste en rien d'autre qu'en un lien entre la réticence et une faute du proposant¹⁴⁰. En pratique, la renonciation à l'exigence de faute défendue par le TF et la doctrine dominante aboutit à des situations inéquitables où il suffit que l'information fournie à l'assureur soit objectivement fautive pour établir si un fait important a été omis ou inexactement déclaré, et partant être constitutif d'une réticence ; « *la jurisprudence a eu recours à l'artifice de la subjectivité pour palier à cette solution guère soutenable* »¹⁴¹. Ainsi, FUHRER propose d'introduire une condition subjective à la réticence¹⁴².

Pour le Tribunal fédéral, ce qui est finalement décisif, « *c'est de juger si et dans quelle mesure le proposant pouvait donner de bonne foi une réponse négative à une question de l'assureur, selon la connaissance qu'il avait de la situation et, le cas échéant, selon les renseignements que lui avait fournis les personnes qualifiées* ». Le centre de gravité est le critère de la bonne foi¹⁴³.

Dans ce contexte, il convient de citer les développements effectués par GUIBAN sur les notions de bonne foi et de faute en rapport avec l'art. 6 LCA¹⁴⁴. Selon lui, la conception éthique de la bonne foi ne peut pas être admise dans l'hypothèse où le proposant n'aurait fautivement pas tenu compte des circonstances, et de ce fait pas déclaré un fait important. Il est vrai que la faute n'est ici pas incompatible avec la bonne foi mais cette dernière n'en demeure pas moins fautive, de sorte « *qu'il serait contraire à l'art. 2 al.1 CC d'autoriser le proposant à faire supporter les conséquences de sa négligence à l'assureur* »¹⁴⁵. Par ailleurs, la conception

¹³⁵ ROELLI/KELLER, p. 106 ; OSTERTAG/HIESTAND, *Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Zurich 1928, p. 27.

¹³⁶ GUYER, *Commentaire de la LCA*, 1910, p. 27 ; MATHEY, *Die Anzeigepflicht beim Abschluss des Versicherungsvertrages*, 3^e édit, Zurich 1945, p. 37.

¹³⁷ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 4 ; ATF 134 III 511, consid. 3.3.3 ; 109 II 60, consid. 3.

¹³⁸ POUGET-HÄNSELER, p. 27.

¹³⁹ Voir point 2.

¹⁴⁰ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 18.

¹⁴¹ Ibid, p. 19.

¹⁴² Ibid, p. 18.

¹⁴³ GUIBAN, p. 318 ; VIRET, *La réticence*, p. 48 ; ROELLI/KELLER, p. 107. A ce sujet, le renvoi de l'art. 100 LCA est également valable pour les règles du Code civil suisse de sorte que les art. 2 et 3 CC (bonne foi et interdiction de l'abus de droit) sont applicables.

¹⁴⁴ GUIBAN, *La réticence*, p. 318.

¹⁴⁵ Id.

psychologique (art. 3 al. 2 CC) ne peut déboucher sur un résultat différent ; « *le proposant qui n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui et qui n'était donc pas fondé à taire un fait important est de mauvaise foi* »¹⁴⁶. Quelle que soit la conception retenue, il arrive à la même conclusion que le Tribunal fédéral : la faute n'est pas un critère en soi¹⁴⁷.

En pratique, il est difficile d'imaginer des situations où le proposant se rend coupable d'une réticence alors qu'aucune faute ne peut lui être reprochée¹⁴⁸. Néanmoins, la position adoptée par le Tribunal fédéral ne semble pas engendrer de difficultés majeures dans les cas de réticence et l'introduction d'une dose de subjectivité dans l'examen de l'attitude du proposant permet dans une certaine mesure de palier à l'absence d'exigence de faute.

La LCA exige du proposant qu'il déclare les faits qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions posées¹⁴⁹. Mais elle n'exige pas de lui qu'il recueille des renseignements sur l'existence d'un pareil fait, c'est-à-dire une obligation de s'enquérir¹⁵⁰. Admettre le contraire impliquerait la mise en place de moyens disproportionnés à charge du proposant, tant en argent qu'en temps, cette solution irait bien au-delà de ce qu'on peut raisonnablement lui imposer.

Le proposant remplit l'obligation qui lui est imposée s'il déclare, outre les faits qui lui sont connus, sans autre réflexion, ceux qui ne peuvent pas lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions posées¹⁵¹. La jurisprudence n'a pas fixé de délai précis quant aux faits importants dont le proposant doit se souvenir ; elle a toutefois considéré qu'on ne peut attendre raisonnablement de lui qu'il déclare des faits qui se sont déroulés au-delà d'une période de dix ans avant la souscription¹⁵².

Le proposant est fondé d'attribuer aux termes techniques employés dans ces questions, dont il ne connaît pas le sens et qui ne lui sont pas expliqués, le sens qu'on leur prête en général dans le milieu où il vit, en particulier au regard du langage usuel attaché à ces termes¹⁵³. Ainsi, le mot « maladie » ne doit pas être interprété selon sa qualification médicale mais selon l'acceptation que lui donne un laïc¹⁵⁴.

L'art. 18 P-LCA reprenait presque à l'identique la première partie de l'art. 6 al. 1 LCA. Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral développée ci-dessus demeurerait pertinente de sorte qu'il fallait se référer à des éléments subjectifs pour savoir quels faits le proposant aurait dû connaître indépendamment de son niveau de connaissances effectif¹⁵⁵.

¹⁴⁶ Id.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ ROELLI/KELLER, p. 123.

¹⁴⁹ ATF 136 III 334, consid. 2.3 ; ATF 118 II 333, consid. 2b.

¹⁵⁰ Message, LCA, p. 298.

¹⁵¹ VIRET, DAS, p. 99.

¹⁵² TF 5C_45/2004 du 9 juillet 2004.

¹⁵³ ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 4, 5 et 7.

¹⁵⁴ GUISAN, p. 319 ; KOENIG, p. 177.

¹⁵⁵ Message, révision totale, p. 7127.

4.3.1.3 La violation de l'obligation porte sur un fait important

En vertu de l'art. 4 al. 1 LCA, le proposant doit déclarer à partir des questions écrites de l'assureur, tous les faits importants pour l'appréciation du risque, tels qu'ils lui sont ou lui doivent être connus lors de la conclusion du contrat.

L'art. 4 al. 2 LCA précise que les faits importants sont ceux de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues. En d'autres termes, « *est importante toute circonstance propre à influencer sur l'appréciation du risque et à le faire apparaître plus grand aux yeux de l'assureur, sans qu'il importe que le fait tu ou faussement déclaré ait pas la suite joué un rôle effectif dans la survenance du dommage* »¹⁵⁶.

A titre illustratif, les faits suivants ont été jugés importants : une grave inflammation de la gorge accompagnée d'un empoisonnement généralisé du sang, des antécédents d'atteintes pulmonaires, une hypertension artérielle ou encore un diabète¹⁵⁷. En effet, on peut raisonnablement admettre qu'ils ont une influence déterminante sur l'appréciation du risque. En revanche, ce ne sera pas le cas pour la mention des accidents bénins et les troubles de la santé qui peuvent frapper occasionnellement¹⁵⁸.

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a également précisé que non seulement les éléments susceptibles de fonder un risque sont considérés comme des faits importants, mais aussi ceux qui permettent uniquement de conclure à des facteurs de risques. A cet égard, on parle de circonstances indicatives ou indicielles¹⁵⁹.

En matière d'assurance-vie, l'existence d'autres contrats sur la vie ou contre l'invalidité, ou le dépôt d'une autre proposition auprès d'une compagnie tierce, constituent en principe des faits importants¹⁶⁰. En effet, la jurisprudence et la doctrine considèrent que l'existence de plusieurs contrats d'assurances couvrant le même risque sont susceptibles de trahir un projet de suicide ou des risques d'invalidité accrus¹⁶¹. Par conséquent, cela influe sur la volonté de l'assureur de s'engager ou de conclure à telles conditions.

En matière de circulation routière et d'automobile en général, l'existence de retraits de permis de conduire, le refus de trois autres compagnies d'assurance de couvrir le risque du proposant ou encore les dégâts subis antérieurement par le véhicule constituent des faits importants¹⁶². En revanche, le fait de louer occasionnellement un véhicule à usage privé à un tiers, même moyennant finance, ne constitue pas un fait important pour l'appréciation du risque, à moins que le proposant n'ait déclaré que le véhicule à assurer ne serait pas conduit par des tiers¹⁶³.

Par conséquent, la jurisprudence et la doctrine retiennent deux types de faits importants : les faits importants objectifs qui ont essentiellement une incidence sur le taux de la prime (ex : âge ou profession du proposant) et les faits importants subjectifs qui ont une influence sur « l'opinion du risque », c'est-à-dire ceux qui incitent l'assureur à ne pas conclure (ex : sinistres antérieurs)¹⁶⁴.

¹⁵⁶ ATF 122 III 458, consid. 3 ; 116 II 338, consid. 1a.

¹⁵⁷ TF RBA VIII nr. 43/51, TA/TI RBA IX nr. 25, résumés par CARRE, *LCA*, p. 137.

¹⁵⁸ TC/VD RBA XII nr. 9, résumé par CARRE, *LCA*, p. 140.

¹⁵⁹ FEHR, p. 239 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 13 ; HASENBÖHLER, p. 837.

¹⁶⁰ ATF 108 II 143, JdT 1996 I 127 ; FEHR, p. 239.

¹⁶¹ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 13 ; ROELLI/KELLER, p. 101.

¹⁶² TC/VD RBA XII nr. 13, TD/ZH RBA XII NR. 15, résumés par CARRE, *LCA*, p. 139 ; FEHR, p. 239.

¹⁶³ OG/ZH RBA XI nr. 12, résumé par CARRE, *LCA*, p. 140.

¹⁶⁴ GUIBAN, p. 302 ; ROELLI/KELLER, p. 101 ; KOENIG, p. 171.

Les questions qui se réfèrent à des faits passés ou actuels ne posent pas de problème particulier¹⁶⁵. Cependant, il arrive assez fréquemment que des questions se rapportent à des faits futurs, en matière d'assurance automobile (kilométrage annuel) par exemple. Ces dernières sont problématiques puisqu'elles partent du principe que le proposant est en mesure de connaître avec certitude des événements à venir. Si l'on admet qu'elles puissent revêtir la qualité de faits importants, le proposant qui commet une erreur dans ses pronostics s'expose aux conséquences juridiques d'une réticence ; c'est la raison pour laquelle « *les faits futurs sont des suppositions qui n'entrent pas dans le champ d'application du devoir de déclarer* »¹⁶⁶.

Néanmoins, les évolutions identifiables ou prévues selon les circonstances du moment peuvent être prises en considération. Ainsi, il est envisageable de demander au preneur d'assurance si un certain kilométrage sera dépassé d'après les conditions connues actuellement avec le cas échéant l'obligation d'avertir l'assureur¹⁶⁷. Si les circonstances évoluent d'une manière que le proposant ne pouvait prévoir, il s'agira d'appliquer les règles sur l'aggravation du risque (art. 28 ss LCA) et non celles relatives à la réticence. Cependant, des faits futurs n'ont en général pas de conséquences juridiques car l'assureur ne parvient pas à fournir la preuve que le proposant savait ou devait savoir que ses déclarations ne seraient pas exactes¹⁶⁸.

Par ailleurs, « *l'étendue du devoir de déclaration se limite aux faits qui présentent un intérêt direct et objectif permettant à l'assureur d'apprécier correctement le risque ; des questions relatives à la confession ou aux préférences sexuelles d'une personne ne peuvent être qualifiées de faits importants et tombent sous le coup de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC)* »¹⁶⁹. En l'absence d'un intérêt direct et objectif, une réponse inexacte ne peut déclencher de conséquences juridiques puisque la question porte atteinte aux droits de la personnalité (art. 27 CC)¹⁷⁰. En pratique, FUHRER déconseille vivement au proposant d'invoquer un droit au mensonge par nécessité car il s'expose au risque de perdre sa protection d'assurance si le caractère illicite d'une telle question est tranchée après la survenance du sinistre¹⁷¹.

En matière d'assurance de personnes, l'assureur bénéficie d'un intérêt direct et objectif à obtenir des renseignements relatifs à l'état de santé du proposant pour autant qu'ils soient en lien avec la couverture envisagée ; cette problématique intervient en particulier au regard de l'existence d'une maladie héréditaire ou du virus du SIDA¹⁷². En revanche, l'art. 27 CC s'oppose à ce que l'assureur introduise une clause de consentement à la fin du formulaire

¹⁶⁵ A ce sujet, l'art. 15 al. 2 P-LCA précisait explicitement que les faits importants pour l'appréciation du risque ne pouvaient consister qu'en des faits actuels ou passés.

¹⁶⁶ Message, révision totale, p. 7126 ; ROELLI/KELLER, p. 401.

¹⁶⁷ Id.

¹⁶⁸ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 14.

¹⁶⁹ BRULHART, *DAS*, p. 223 ; FEHR, p. 236 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 24.

¹⁷⁰ BRULHART, *DAS*, p. 223 ; FEHR, p. 236 ; ROHMER, p. 365.

¹⁷¹ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 24.

¹⁷² BRULHART, *DAS*, p. 224 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 24 ; ROHMER, p. 365 : le preneur d'assurance qui fournit à l'assureur des données génétiques donne également des informations sur les membres de sa famille, déjà assuré ou souhaitant s'assurer dans le futur. A ce sujet, ROHMER considère à juste titre que l'assureur a l'interdiction d'utiliser de telles données en défaveur d'une personne autre que celle ayant rempli le questionnaire d'assurance.

d'admission, autorisant la levée du secret professionnel du médecin traitant de l'assuré¹⁷³ ou exige du proposant qu'il se soumette au test¹⁷⁴.

Pour faciliter le processus décisionnel, l'art. 4 al. 3 LCA pose une présomption selon laquelle sont réputés importants tous les faits auxquels l'assureur a posé par écrit des questions précises et non équivoques¹⁷⁵. Précisons d'emblée que les faits qui n'ont fait l'objet d'aucune réponse ou d'une réponse imprécise de la personne à assurer ne sont plus réputés importants si l'assureur conclut le contrat malgré cette omission¹⁷⁶. En principe, « *il n'y a pas réticence si la question est ambiguë de telle sorte que la réponse donnée apparaît véridique selon la manière dont la question pouvait être comprise de bonne foi par le proposant* »¹⁷⁷. Toutefois, en cas de questions imprécises ou équivoques, il n'est pas exclu que l'assureur parvienne à prouver que les faits sont matériellement importants et qu'ils aient eu une incidence sur sa volonté de conclure le contrat¹⁷⁸; il est opportun pour l'assureur de soumettre des questionnaires complets et clairs pour bénéficier aussi souvent que possible de cette présomption.

Il s'agit d'une présomption que l'ayant droit peut renverser (présomption réfragable). A cet égard, on ne saurait se montrer trop exigeant et aucune preuve particulière n'est requise¹⁷⁹. Dans l'hypothèse où une réticence est invoquée, le proposant dispose de la faculté de contrecarrer l'action de l'assureur en prouvant que ce dernier aurait conclu le contrat aux conditions convenues même s'il avait connu le fait non déclaré ou inexactly déclaré.

Selon le Tribunal fédéral, la présomption est renversée si le fait en question apparaît comme objectivement insignifiant; en prenant en compte toutes les circonstances du cas d'espèce et en procédant à une appréciation objective fondée sur le principe de la bonne foi, il convient de déterminer la volonté hypothétique de l'assureur en se demandant s'il n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à des conditions différentes dans l'hypothèse où la vérité lui aurait été dite¹⁸⁰. Cette solution est cohérente puisque le proposant n'est pas en mesure d'apporter une preuve absolue; le juge raisonne ainsi sous l'angle de la vraisemblance prépondérante.

En matière de contrat d'assurance couvrant l'incapacité de travail en cas de maladie ou d'accident, une consommation occasionnelle et épisodique de cannabis plus de dix ans avant la conclusion du contrat ne constitue pas un fait important pour apprécier le risque assuré. En se référant à une statistique officielle selon laquelle près d'une personne sur trois de moins de vingt-cinq ans a déjà consommé du cannabis, le Tribunal fédéral a considéré que dans le cas d'espèce une telle consommation ne pouvait avoir des conséquences sur la santé ou la formation professionnelle et qu'elle constituait par conséquent un fait banal. En examinant la volonté hypothétique de l'assureur, le Tribunal fédéral a conclu qu'on ne pouvait raisonnablement envisager qu'un assureur ne veuille pas conclure de contrat avec près d'un tiers des jeunes de moins de vingt-cinq ans¹⁸¹. En revanche, un proposant ne peut pas renverser la présomption de faits importants en alléguant que l'existence de problèmes d'alcool et de dépression ne soient pas de nature à influencer sur la volonté de l'assureur de conclure. En effet, une personne souffrant de tels problèmes est davantage sujette qu'une autre à donner lieu à des prestations d'assurance pour cause de maladie, d'accident ou de perte de gain¹⁸².

¹⁷³ ROHMER, p. 365.

¹⁷⁴ BRULHART, *DAS*, p. 223.

¹⁷⁵ TF 9C_532/2014 du 23 octobre 2014, consid. 4.4.1; TF 4A_289/2013 du 10 septembre 2013.

¹⁷⁶ Message, LCA, p. 300.

¹⁷⁷ TF 5C.262/2006 du 28 mai 2008, consid. 4.3, in: SJ 2008 I 400.

¹⁷⁸ GUIBAN, p. 303; ROELLI/KELLER, p. 101; PETERMANN, p. 196.

¹⁷⁹ ATF 136 III 334 consid. 2.4; 134 III 511, consid. 3.3.4; TF 9C_532/2014 du 23 octobre 2014, consid. 4.4.1.

¹⁸⁰ ATF 126 III 10, consid. 2b; TF 9C_532/2014 du 23 octobre 2014, consid. 4.4.

¹⁸¹ ATF 136 III 334 consid. 2.4.

¹⁸² TF 4A_54/2011 du 27 avril 2011.

En définitive, il n'est pas aisé de renverser cette présomption ; une partie de la doctrine considère d'ailleurs que l'assureur, en sa qualité de spécialiste maîtrisant sa technique, est en position de force par rapport au proposant puisqu'il est en général le seul en mesure de déterminer la qualité que doit revêtir le fait en question¹⁸³. Toutefois, il convient de préciser que dans le cadre d'un litige devant le juge civil, les parties ont un devoir de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 CPC). Sur requête ou d'office, le juge peut exiger des parties la production des titres requis (art. 160 al. 1 let. b CPC), en autorisation si nécessaire le caviardage des pièces pour éviter qu'il y ait atteinte à des intérêts dignes de protection des parties¹⁸⁴. Parmi les moyens de preuves, le preneur pourrait donc obtenir de la part de l'assureur la production de titres, tels des écrits, des fichiers électroniques ou données analogues propres à prouver que les faits ne sont pas importants pour l'appréciation du risque (art. 177 CPC). Vu qu'il s'agit de faits de nature technique, une expertise est souhaitable (art. 183 al. 1 CPC). On note également la faculté pour le preneur de démontrer, par le biais de questionnaires émanant d'autres compagnies d'assurances, qu'il n'est pas d'usage de considérer que le fait litigieux revêt la qualité de « fait important ».

L'art. 15 al.2 let. a P-LCA supprimait la présomption selon laquelle sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises et non équivoque (art. 4 al. 3 LCA), de sorte que le proposant n'avait plus à fournir la difficile preuve du caractère insignifiant d'un fait. Au contraire, il imposait même à l'assureur de prouver l'importance d'un fait en cas de litige¹⁸⁵. Par ailleurs, l'art. 15 al. 2 let. b P-LCA précisait que du point de vue formel, seuls peuvent être considérés comme importants pour l'appréciation du risque les faits au sujet desquels l'assureur s'est renseigné sous la forme écrite, de manière compréhensible et spécifique ; elle s'écartait ainsi de la règle en vigueur car elle ne laissait plus la possibilité à l'assureur de prouver qu'un fait était matériellement important quand bien même les questions étaient imprécises ou équivoques.

4.3.2 Formelles

Si les conditions matérielles sont remplies, l'assureur est en droit de résilier le contrat par écrit (art. 6 al. 1 LCA) dans un délai de quatre semaines dès qu'il a eu connaissance de la réticence (art. 6 al. 2 LCA). La déclaration de résiliation du contrat est conditionnée à des exigences formelles strictes qu'il convient de passer en revue. A défaut, le contrat reste en vigueur et les prestations de l'assureur dépendent des déclarations faites lors de la conclusion du contrat, quand bien même celles-ci étaient entachées de réticence.

4.3.2.1 *Motifs*

Pour être valable, la résiliation ne doit pas expressément préciser qu'elle a lieu pour cause de réticence¹⁸⁶. Mais il est indispensable qu'elle décrive de manière circonstanciée le fait important non déclaré ou inexactly déclaré et la question qui a fait l'objet d'une réponse inexacte¹⁸⁷. Néanmoins, le Tribunal fédéral a nuancé cette dernière condition en considérant qu'il n'est pas nécessaire de la satisfaire lorsque tout un chacun peut sans peine savoir de

¹⁸³ ROGNON, p. 312 ; GUIBAN, p. 303 ; POUGET-HÄNSELER, p. 26 ; TERCIER, *LCA*, p. 20. Selon lui, une telle présomption n'a aujourd'hui plus de justification réelle et laisse à l'assureur un pouvoir discrétionnaire illimité.

¹⁸⁴ HALDY Jacques, *Procédure civile suisse*, Bâle 2014, p. 145.

¹⁸⁵ Message, révision totale, p. 7125.

¹⁸⁶ VIRET, *DAS*, p. 102.

¹⁸⁷ ATF 129 III 713, JdT 2003 I 619, consid. 2.1 ; TF 4A_370/2012 du 4 décembre 2012, consid. 2.1 ; En matière d'assurance-vie, une déclaration qui indique uniquement « après examen du rapport médical sur les causes du décès » ainsi que « in casu, un cas de réticence » ne satisfait pas aux exigences précitées.

quelle question il s'agit¹⁸⁸. En effet, il n'est pas soutenable que le proposant puisse s'exonérer d'une éventuelle réticence pour un tel motif, admettre le contraire serait faire preuve de formalisme excessif¹⁸⁹. La doctrine est néanmoins partagée sur la portée de cette jurisprudence, en particulier si celle-ci doit être admise de manière générale¹⁹⁰ ou uniquement dans certains cas particuliers, notamment lorsque l'assuré peut déduire facilement de la déclaration les reproches formulés à son égard¹⁹¹.

Actuellement, la jurisprudence récente semble revenir à la solution qui prévalait initialement, selon laquelle la déclaration de résiliation doit citer explicitement la question dont la réponse est inexacte¹⁹². Cependant, on constate qu'elle s'appuie sur des avis doctrinaux antérieurs à ceux évoqués ci-dessus. Dans ce contexte, il est conseillé à l'assureur de préciser la question faisant l'objet de la réticence afin d'exclure une éventuelle contestation du preneur sur ce point.

4.3.2.2 *Forme*

Selon l'art. 6 al. 1 LCA *in fine*, la déclaration de résiliation doit revêtir la forme écrite ; elle est soumise à réception, cela signifie qu'elle déploie ses effets dès l'instant où elle entre dans la sphère d'influence du destinataire, de sorte qu'il ne dépend plus que de lui d'en prendre connaissance. La déclaration doit être notifiée au preneur d'assurance. En cas de décès de celui-ci, elle peut être adressée au bénéficiaire de la prestation d'assurance ou à l'ayant droit désigné dans le contrat¹⁹³.

4.3.2.3 *Moment*

L'art. 6 LCA ne prévoit pas de limite temporelle au-delà de laquelle l'assureur ne pourrait plus faire valoir une réticence pour se départir du contrat¹⁹⁴ ; une réticence peut être découverte et invoquée par l'assureur plusieurs années après la conclusion du contrat. Ce régime s'écarte de celui prévu à l'art. 3a LCA en rapport avec la violation du devoir d'information par l'assureur. Il est vrai que le délai de résiliation de quatre semaines de ce dernier article correspond à celui de l'art. 6 LCA mais la loi fixe un délai d'un an après la conclusion du contrat au terme duquel l'assuré ne peut plus faire valoir son droit. D'un point de vue de protection des consommateurs, il en résulte une inégalité de traitement¹⁹⁵.

En règle générale, l'assureur découvre l'existence d'une réticence suite à une demande d'indemnisation de l'assuré. A cet égard, le formulaire de proposition d'assurance et la récolte d'informations auprès de tiers (notamment le rapport médical) sont les principaux moyens à disposition de l'assureur.

4.3.2.4 *Délai*

L'art. 6 al. 2 LCA précise que le délai de résiliation s'éteint quatre semaines après que l'assureur ait eu connaissance de la réticence. Ce délai a été introduit pour éviter que

¹⁸⁸ ATF 129 III 713, JdT 2003 I 619, consid. 2.1.

¹⁸⁹ ATF 110 II 499, consid. 4b ; TF 5C_134/2006 du 21 novembre 2006, consid. 2.2.1.

¹⁹⁰ BRULHART, *DAS*, p. 215 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 20.

¹⁹¹ DUPONT, p. 500.

¹⁹² TF 4A_376/2014 du 27 avril 2015, consid. 2.3.1 ; TF 4A_289/2013 du 10 septembre 2013, consid. 4.1 ; TF 370/2012 du 4 décembre 2012, consid. 2.1.

¹⁹³ OG/ZH RBA IV nr. 59/67, résumé par CARRE, *LCA*, p. 147 ; VIRET, *DAS*, p. 103 ; KOENIG, p. 178.

¹⁹⁴ TF 9C_532/2014 du 23 octobre 2014, consid. 5.2 ; VIRET, *La réticence*, p. 46.

¹⁹⁵ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 21 ; GAUCH, p. 366.

l'assureur garde volontairement sous silence une réticence dans le but de toucher les primes et de résilier le contrat à la survenance du sinistre¹⁹⁶. Par ailleurs, on constate que ce délai laisse peu de temps à l'assureur pour rassembler l'ensemble de ses preuves¹⁹⁷.

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que ce délai court dès l'instant où l'assureur est complètement orienté sur tous les points concernant la réticence et qu'il en a une connaissance effective, certaine et concrète¹⁹⁸. Celui-ci doit être en possession de « *renseignements suffisamment fiables et précis permettant de déduire avec certitude qu'une réticence a été commise ; de simples soupçons, mêmes propres à inciter un assureur diligent à vérifier les déclarations du proposant et assuré, ne déclenchent pas l'écoulement du délai* »¹⁹⁹. Par ailleurs, on considère que l'assureur est censé connaître des faits ou disposer de renseignements dès que cette information est accessible au sein de son organisation. En principe, le délai ne commence à courir qu'à partir du moment où l'assureur aurait pu en avoir connaissance²⁰⁰. Il convient néanmoins de réserver l'hypothèse où l'assureur commet un abus de droit (art. 2 al. 2 CC), ce sera le cas s'il a eu les moyens de prendre connaissance des éléments constitutifs de la réticence longtemps auparavant sur la base des renseignements en sa possession²⁰¹.

Si le preneur d'assurance a commis plusieurs réticences, un délai indépendant court pour chacune des réticences dès que l'assureur en a connaissance ; un délai échu pour une précédente réticence n'entre ainsi pas en ligne de compte et l'assureur conserve son droit de résilier le contrat en se fondant sur une autre réticence portant sur un fait important et distinct, dans un nouveau délai débutant dès le jour où il en a connaissance²⁰². A ce sujet, l'assureur n'est pas obligé de répéter sa déclaration de résiliation si durant le délai de quatre semaines, il découvre ultérieurement une autre réticence²⁰³.

Il s'agit d'un délai absolu de péremption qui ne peut être ni interrompu, ni prolongé, et dont le respect doit être examiné d'office par le juge²⁰⁴ ; le respect du délai doit être prouvé par l'assureur et la présomption de renonciation est irréfragable²⁰⁵.

L'art. 18 al. 1 P-LCA subordonnait le droit de résilier le contrat d'assurance au respect de deux conditions cumulatives. En effet, l'assureur devait avoir commis une erreur d'appréciation du risque en sa défaveur suite aux déclarations erronées (art. 18 al. 1 let. a P-LCA) et il fallait également admettre que le contrat n'aurait pas été conclu ou l'aurait été avec un autre contenu en cas d'évaluation correcte des risques (art. 18 al. 2 let. b P-LCA).

¹⁹⁶ GAUCH, p. 372 ; GUIBAN, p. 325 ; FEHR, p. 239 ; ROELLI/KELLER, p. 130.

¹⁹⁷ GUIBAN, p. 325 ; FEHR, p. 236.

¹⁹⁸ ATF 119 V 283, consid. 5a ; TF 4A_294/2014 du 30 octobre 2014, consid. 4.

¹⁹⁹ HASENBÖHLER, p. 838 ; PETERMANN, p. 249.

²⁰⁰ TF 4A_579/2009 du 1^{er} décembre 2010, consid. 2.6. A ce sujet, l'art. 6 LCA ne doit pas être confondu avec l'art. 4 LCA ou l'art. 8 ch. 3 LCA. L'art. 6 LCA est rédigé autrement car l'effet légal (détermination du moment à partir duquel le délai court) se produit à l'avènement d'une condition purement objective qui est la connaissance de la réticence. Par conséquent, elle ne dépend nullement de la question de savoir si, en prêtant l'attention usuelle, l'assureur aurait dû connaître plus tôt le fait sur lequel l'assuré a gardé le silence. ATF 118 II 338 consid. 3a.

²⁰¹ ATF 118 II 338, consid. 3 ; DUPONT, p. 500 ; ROELLI/KELLER, p. 139.

²⁰² ATF 109 II 159, consid. 2c ; ROELLI/KELLER, p. 129 ; PETERMANN, p. 250.

²⁰³ ATF 109 II 159, consid. 2a ; TF 4A_261/2008 du 1^{er} octobre 2008, consid. 3.4.1.

²⁰⁴ DUPONT, p. 500 ; GAUCH, p. 366 ; GUIBAN, p. 325 ; KOENIG, p. 178.

²⁰⁵ ATF 118 II 338, consid. 3 ; VIRET, *La réticence*, p. 46 ; ROELLI/KELLER, p. 141 ; POUGET-HÄNSELER, p. 28 : il est conseillé à l'assureur d'envoyer la lettre de résiliation par courrier recommandé.

4.4 Les conséquences juridiques

4.4.1 Le régime en vigueur jusqu'au 31.12.2005

4.4.1.1 Contexte

Deux raisons justifient de traiter le régime antérieur à la révision partielle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006²⁰⁶. De manière générale, il est intéressant de comprendre les raisons qui ont poussé le législateur à modifier la sanction attachée à la réticence, justifiées en particulier par la sévérité de la sanction qui a été appliquée durant près d'un siècle. De façon plus spécifique, il doit également être connu dans la mesure où il est applicable à tous les contrats conclus avant le 1^{er} janvier 2006 ; il n'est ainsi pas exclu que l'assuré se voie opposer un régime moins favorable que celui en vigueur actuellement.

A ce sujet, la LCA n'a pas prévu de solution particulière pour le régime transitoire en lien avec l'art. 6 LCA²⁰⁷. Pour déterminer la teneur de l'art. 6 LCA applicable, il faut se référer à la disposition transitoire prévue à l'art. 102 al. 4 LCA, celui-ci renvoie à l'art. 882 du Code fédéral des obligations de 1881, qui a été remplacé en date du 1^{er} janvier 1912 par l'art. 1 al. 1 du Titre final du Code civil²⁰⁸. Ce dernier prévoit le principe de la non-rétroactivité des lois selon lequel les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés. Dans ce contexte, l'art. 2 du Titre final CC permettant de faire échec à l'application du principe de non-rétroactivité des lois ne trouve pas application ; le nouvel art. 6 LCA n'a pas été établi dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs²⁰⁹. De même, l'application du principe de la *lex mitior* qui prévaut en droit pénal n'est pas applicable²¹⁰. Pour toutes ces raisons, on admet que tous les contrats antérieurs au 1^{er} janvier 2006 sont soumis à l'ancien droit ; le Tribunal fédéral a retenu que « *cette solution n'est pas abusive quand bien même l'ancien régime a été considéré comme insatisfaisant, et qu'admettre le contraire reviendrait à donner un effet rétroactif au nouveau droit, en violant la disposition transitoire applicable* »²¹¹. Dans la mesure où l'ancien régime est moins favorable pour l'assuré, la plupart des assureurs ont fait le choix d'appliquer les nouvelles règles relatives à la réticence aux contrats conclus sous l'ancien régime²¹². D'un point de vue commercial, il serait en effet peu judicieux pour une compagnie d'assurance d'adopter une solution contraire.

4.4.1.2 Le principe du « tout ou rien »

La formulation de l'art. 6 aLCA²¹³ est identique à celle du régime actuel, à ceci près qu'il précisait que l'assureur n'était pas lié par le contrat en cas de réticence. « *Cette nullité a pour cause juridique le fait, confirmé par les bases techniques, que l'assureur n'aurait pas conclu*

²⁰⁶ FF 2003 3353/RO 2005 5245.

²⁰⁷ BRULHART, *DAS*, p. 227 ; POUGET-HÄNSELER, p. 32.

²⁰⁸ ATF 136 III 334, consid. 2.2 ; TF 4A_54/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.4.

²⁰⁹ BRULHART, *DAS*, p. 227-228 : cette solution s'impose également au motif que l'assureur a calculé les primes pour les contrats conclus sous l'ancien régime en fonction de la possibilité de le résoudre et de refuser sa prestation en cas de réticence.

²¹⁰ TF 9C_80/2010 du 6 octobre 2010, consid. 5.1.

²¹¹ ATF 136 III 334, consid. 2.2 ; TF 4A_54/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.4.

²¹² BRULHART, *DAS*, p. 228.

²¹³ FF 2003 3353/RO 2005 5245.

le contrat ou n'aurait pas contracté aux mêmes conditions s'il avait été correctement informé »²¹⁴. En imposant à l'assureur de manifester clairement sa volonté de se départir du contrat, la loi prévoit que le contrat est annulable²¹⁵ ; il s'agit d'une résolution qui permet à l'assureur de se libérer du contrat avec effet rétroactif (*ex tunc*). Le preneur perd rétroactivement la garantie d'assurance au jour de la conclusion et doit restituer les prestations d'assurance versées antérieurement selon les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²¹⁶. Au surplus, l'assureur peut garder les primes d'assurance pour la période en cours, ainsi que celles pour les périodes écoulées (art. 25 al. 1 LCA) ; il peut également refuser sa prestation même si le fait caché ou inexactement déclaré n'a joué aucun rôle dans la survenance du sinistre²¹⁷.

La doctrine a critiqué à plusieurs reprises la rigueur du régime instauré par le législateur. D'une part, elle estimait que le système du « tout ou rien » mis en place par le législateur au début du siècle passé ne pouvait pas cohabiter avec l'émergence de la nécessité de protéger les consommateurs qui n'a cessé de prendre de l'importance depuis la deuxième partie du 20^{ème} siècle²¹⁸. En particulier, TERCIER évoque « *une règle d'une rigueur peu commune, de nature pénale, qui pouvait à limite expliquer au début du siècle passé le besoin de protection des assureurs mais qui était aujourd'hui inadmissible sous cette forme* ». D'autre part, la justification même d'une réglementation particulière dérogeant à la partie générale du droit des obligations a été remise en question²¹⁹. Enfin, elle considérait contradictoire de donner la possibilité à l'assureur de résoudre le contrat (*ex tunc*) tout en affirmant que ce même contrat était la cause fondant le droit pour l'assureur de conserver les primes encaissées²²⁰.

4.4.1.3 *La révision partielle*

Au vu des différentes critiques émises par la doctrine et pour des considérations tenant à la protection des consommateurs justifiées en partie par l'abandon du contrôle des conditions générales *a priori* instauré par la nouvelle loi sur la surveillance des institutions d'assurance privées (LSA), le législateur a décidé de modifier les articles 6 et 8 aLCA lors de la révision partielle de la loi sur le contrat d'assurance (LCA) qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006²²¹. On constate également que les modifications introduites se réfèrent uniquement aux conséquences découlant d'une réticence et non aux conditions matérielles de celle-ci.

4.4.2 **Le régime actuel**

Alors que l'art. 6 aLCA²²² prévoyait purement et simplement la résolution du contrat en cas de réticence, la nouvelle teneur de l'art. 6 LCA apporte une solution plus nuancée. Désormais, elle autorise l'assureur à résilier le contrat (art. 6 al. 1 LCA) mais également à refuser sa prestation si la réticence présente un lien de causalité avec la survenance du sinistre (art. 6 al.

²¹⁴ Message, LCA, p. 302.

²¹⁵ GUISAN, p. 324 ; PETERMANN, p. 248. Au vu du caractère relativement impératif de l'art. 6 LCA, notons que les parties ne peuvent valablement stipuler que le contrat est nul de plein droit en cas de réticence.

²¹⁶ HASENBÖHLER, p. 837 ; ROGNON, p. 311 ; KOENIG, p. 179.

²¹⁷ GAUCH, p. 362 ; HASENBÖHLER, p. 838 ; KOENIG, p. 180 ; PETERMANN, p. 204.

²¹⁸ FEHR, p. 235 ; GAUCH, p. 362 ; GUISAN, p. 295 ss ; KOENIG, p. 179 ; KHUN, p. 219 ; ROGNON, p. 311 ; VIRET, *DAS*, p. 39.

²¹⁹ En particulier TERCIER, *LCA*, p. 19. Confirmé par CARRE, *Révision totale*, p. 87 ; BRULHART/CARRE, p. 73.

²²⁰ WERRO/HAHN, p. 96 ; GAUCH, p. 364 ; MAURER, p. 291 ; TERCIER, *LCA*, p. 20 et 23.

²²¹ Message, révision partielle, p. 3354.

²²² FF 2003 3353/RO 2005 5245.

3 LCA). Il convient d'adopter une démarche en deux étapes ; la première implique de déterminer le sort du contrat, et la seconde le sort de la prestation.

4.4.2.1 *Quant au sort du contrat*

L'art. 6 al. 1 LCA introduit un droit de résilier le contrat en cas de réticence. En faisant usage de ce droit, l'assureur met fin au contrat pour l'avenir uniquement (*ex nunc*), et non de manière rétroactive comme le prévoyait l'ancien régime. Si la réticence est découverte suite à la survenance de l'événement dommageable, l'assureur est ainsi tenu de fournir ses prestations. Il ne doit pas restituer les primes d'assurance pour les périodes déjà écoulées ; pour ce qui est de la prime d'assurance en cours, le principe de divisibilité de la prime implique que l'assureur conserve la part de la prime d'assurance en cours de manière proportionnelle à la période effective de couverture (art. 24 al. 1 LCA)²²³. Toutefois, il peut la conserver dans son intégralité dans deux hypothèses : la disparition du risque (art. 24 al. 2 LCA) et la résiliation du contrat par le preneur en cas de dommage partiel (art. 43 al. 2 LCA).

En pratique, l'assureur peut renoncer à son droit de résiliation et exiger une augmentation de prime. Le point délicat est que le délai de quatre semaines risque d'échoir avant la réponse du preneur d'assurance, l'assureur étant contraint dans cette hypothèse de poursuivre le contrat avec des conditions inchangées. De ce fait, il est recommandé de résilier formellement le contrat tout en proposant simultanément d'en conclure un nouveau qui est adapté au risque que représente concrètement le proposant²²⁴.

4.4.2.2 *Quant au sort de la prestation d'assurance*

Si le contrat prend fin par résiliation en vertu de l'art. 6 al. 1 LCA, l'art. 6 al. 3 LCA autorise l'assureur à refuser sa prestation pour les sinistres déjà survenus lorsque le fait passé sous silence ou inexactly déclaré (objet de la réticence) a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre. La condition est l'existence d'un rapport de causalité adéquat entre la réticence et le sinistre survenu par la suite. Le degré de l'effet causal de la réticence sur la survenance ou l'étendue du sinistre ne doit pas être pris en compte, une causalité partielle suffit pour permettre à l'assureur de refuser valablement sa prestation²²⁵ et revêt de ce fait un caractère punitif²²⁶. Même si l'on peut y voir une reprise du principe « tout ou rien »²²⁷, cette solution est cohérente dans la mesure où la détermination du degré causal de la réticence engendrerait des difficultés en pratique²²⁸.

En principe, cette sanction s'applique également dans l'hypothèse où l'ayant droit à la prestation est le bénéficiaire ou un tiers assuré, à moins que ce dernier puisse exiger la prestation en se fondant sur une disposition légale stipulant que l'assureur ne peut lui opposer les exceptions découlant de la loi ou du contrat d'assurance²²⁹.

²²³ A l'instar du nouveau régime relatif à la réticence, le principe de divisibilité de la prime a été introduit lors de la révision partielle de la LCA, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006.

²²⁴ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 23.

²²⁵ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 23 ; GAUCH, p. 370 ; WERRO/HAHN, p. 96.

²²⁶ Projet, révision totale, p. 7129.

²²⁷ GAUCH, p. 370.

²²⁸ BRULHART, *DAS*, p. 226

²²⁹ Ibid, p. 226. Par exemple, l'art. 65 al. 2 LCR prive l'assurance RC de la possibilité d'opposer au tiers lésé les exceptions découlant du contrat d'assurance ou de la loi fédérale sur le contrat d'assurance.

L'art. 6 al. 3 LCA *in fine* prévoit que l'assureur a droit au remboursement pour les prestations accordées avant la découverte de la réticence. Selon GAUCH, le droit au remboursement des prestations déjà versées pour un tel sinistre se fonde sur l'art. 109 al. 1 CO avec un délai de deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation (art. 46 LCA) ; les règles relatives à l'enrichissement illégitime ne sont ainsi pas applicables (art. 62 ss CO)²³⁰. Dans l'hypothèse où le preneur n'est pas l'ayant droit, GAUCH considère toutefois qu'il serait plus juste d'autoriser l'assureur à répéter ce qu'il a déjà payé uniquement lorsque le bénéficiaire ou le tiers assuré a contribué à la réticence ou encaissé la prestation d'assurance de mauvaise foi²³¹.

L'établissement d'un lien de causalité entre le fait passé sous silence ou inexactly déclaré et le sinistre ne soulève pas de difficultés particulières ; il est en revanche plus délicat de déterminer si l'omission de déclarer une circonstance constituant un indice peut avoir une relation causale avec le sinistre, et partant permettre à l'assureur de refuser sa prestation²³². Cette question a fait l'objet d'avis divergents lors des débats parlementaires, de sorte que le choix a été fait de laisser la jurisprudence régler cette problématique.

Dans les assurances de personnes, l'établissement d'un lien de causalité entre le fait non déclaré et le sinistre est en règle générale établi assez aisément. A l'inverse, il est nettement plus difficile de démontrer un tel lien dans les assurances de choses selon la notion de causalité retenue. Si l'on admet une causalité étroite, l'assureur n'est concrètement pas en mesure de prouver que les sinistres antérieurs présentent un quelconque lien de causalité avec le sinistre survenu par la suite ; il est vrai que l'assureur peut résilier le contrat pour cause de réticence mais il n'en demeure pas moins une obligation pour celui-ci de fournir ses prestations. Cette situation profite grandement à l'assuré. Par conséquent, il convient de retenir une causalité large permettant à l'assureur de prouver que cette circonstance a une relation causale avec le sinistre.

En accord avec une partie de la doctrine, en particulier BRULHART, le Tribunal fédéral a admis une causalité large, en précisant qu'une notion étroite « *reviendrait à primer les abus et à faire porter à la collectivité des assurés les conséquences d'une appréciation des risques non conforme à la réalité* »²³³. En revanche, d'autres auteurs plaident pour une application stricte de la causalité²³⁴. Le Tribunal fédéral a précisé que le fait important pour apprécier le risque qui n'a pas été déclaré doit se rapporter au risque réalisé. En d'autres termes, l'assureur ne peut refuser d'indemniser l'assuré dont le véhicule parké a été endommagé parce que cet assuré lui a tu avoir fait l'objet de condamnations pour conduite en état d'ébriété ; ces condamnations sont des indices permettant de conclure à un risque aggravé que l'assuré cause un accident de manière fautive mais non pas à un risque aggravé qu'il soit victime d'un acte de vandalisme de la part d'un tiers²³⁵.

En plus de l'exigence d'un lien de causalité, GAUCH serait favorable à ne permettre à l'assureur de refuser sa prestation qu'en cas de dol ou négligence grave du proposant ; cet avis

²³⁰ GAUCH, p. 367

²³¹ GAUCH, p. 369.

²³² BRULHART, *DAS*, p. 227 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 13 ; FEHR, p. 238.

²³³ TF 4A_303/2010 du 11 août 2010, consid. 2.4 ; BRULHART, *DAS*, p. 227.

²³⁴ GAUCH, p. 368 ; WERRO/HAHN, p. 97.

²³⁵ TF 4A_303/2010 du 11 août 2010, consid. 2.4. On notera cependant que GROSS et OVERNEY critiquent le raisonnement adopté par le Tribunal fédéral dans cet arrêt. Selon eux, l'analyse de l'importance du fait doit se dérouler sous l'angle de l'invocation de la réticence et non de savoir si le fait en question était susceptible d'influer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues s'il en avait eu connaissance. GROSS/OVERNEY, p. 53.

s'inscrit dans une optique d'équité contractuelle qui est motivée par les graves conséquences juridiques attachées à la réticence²³⁶.

L'art. 19 P-LCA s'écarterait du régime actuel à plusieurs égards. En particulier, il autorisait l'assureur à réduire ou refuser ses prestations uniquement de manière proportionnelle au degré de faute du preneur d'assurance. Ainsi, une négligence a pour conséquence une réduction des prestations proportionnée au degré de faute du preneur d'assurance et le refus de prestations n'est accordé que dans le cas où il a intentionnellement omis de déclarer des faits importants (art. 19 al. 1 P-LCA). *A fortiori*, la restitution des prestations déjà fournies est proportionnelle au degré de faute (art. 19 al. 5 P-LCA). Dans l'hypothèse où l'assureur renonce à réduire ou refuser des prestations, celui-ci peut exiger le remboursement de la différence par rapport à la prime convenue lors de la conclusion du contrat puisqu'une prime plus élevée aurait été demandée en l'absence de réticence (art. 19 al. 2 P-LCA). Enfin, l'assureur dispose d'une liberté totale dans l'étendue des prestations accordées à condition d'apporter la preuve qu'il n'aurait pas couvert le risque en question si les faits avaient été déclarés correctement (art. 19 al. 3 P-LCA).

Au vu des conséquences préjudiciables prévues à l'art. 6 LCA auxquelles s'expose le preneur d'assurance, les assureurs font preuve de retenue en présence d'un cas de réticence²³⁷ ; ils recourent à la résiliation, et au refus de prestation en présence d'un lien de causalité entre le fait non déclaré ou inexactement déclaré et le sinistre, uniquement lorsqu'il s'agit de réticences caractérisées qui ne laissent pas de doute quant à l'existence d'une mauvaise foi du proposant. A cet égard, il convient notamment de prendre en compte l'attitude de l'agent, le type de question faisant l'objet de la réticence ou encore l'existence d'un lien de causalité entre le fait non déclaré ou inexactement déclaré et la survenance du sinistre ; il faut aussi garder à l'esprit que le proposant n'est pas nécessairement l'ayant droit, de sorte que les conséquences de la réticence peuvent touchées d'autres personnes, tels les membres de la famille par exemple, qui n'ont rien à voir avec la violation du devoir d'information. Les assureurs décident parfois d'insérer des réserves rétroactives, remontant à la conclusion du contrat pour l'affection en cause au lieu de le résilier²³⁸.

4.4.2.3 *L'assurance collective*

L'art. 7 LCA prévoit une règle particulière qui s'écarte du principe de l'indivisibilité du contrat²³⁹. Lorsqu'un contrat d'assurance s'étend à plusieurs choses ou plusieurs personnes et que la réticence ne concerne que certaines de ces choses ou de ces personnes, l'assurance reste en vigueur pour les autres, s'il résulte des circonstances que l'assureur les aurait assurées seules aux mêmes conditions. En d'autres termes, il est nécessaire que les faits faisant l'objet de la réticence n'exercent pas d'influence sur l'appréciation du risque relative aux autres choses ou personnes couvertes par le contrat d'assurance collective.

Cette règle couvre en particulier l'hypothèse où un employeur souhaite assurer le personnel d'entreprise contre les risques accident ou maladie et que l'un d'eux remplit de manière incorrecte le formulaire qui lui est remis. Dans ce cas, le contrat reste en vigueur pour les autres employés²⁴⁰. De même, une entreprise peut conclure un contrat d'assurance collective pour assurer ses marchandises contre les risques vol ou incendie. Dans un tel cas, le contrat

²³⁶ GAUCH, p. 371.

²³⁷ BRULHART, *DAS*, p. 225 ; GUIBAN, p. 327. Ces remarques sont valables également en ce qui concerne le régime antérieur à la révision partielle de 2004/2006.

²³⁸ GUIBAN, p. 328.

²³⁹ VIRET, *DAS*, p. 160. Il précise également que l'assurance collective peut se retrouver dans les assurances de choses (ex : assurance relative au mobilier de ménage), l'assurance du patrimoine (ex : assurance responsabilité civile des membres d'un groupement professionnel) ou encore dans les assurances de personnes (ex : assurance contre les risques accidents ou la maladie).

²⁴⁰ Exemple tiré de BRULHART, *DAS*, p. 220.

demeure valable pour les marchandises qui n'ont pas fait l'objet d'une réticence, à condition qu'il résulte des circonstances que l'assureur les aurait assurées seules aux mêmes conditions.

4.4.2.4 *L'assurance-vie*

En matière d'assurance vie, il existe deux règles particulières en rapport avec la réticence. Tout d'abord, l'art. 74 al. 3 LCA permet de prévoir contractuellement l'application de l'art. 6 LCA dans le cas d'une assurance au décès d'autrui, si la réticence a été commise par celui sur la tête de qui l'assurance a été conclue. Ensuite, l'art. 75 LCA traite de l'indication inexacte de l'âge et permet une correction technique du déséquilibre existant dans les prestations²⁴¹. « Une règle particulière se justifiait dans la mesure où cette indication inexacte provenait le plus souvent d'un oubli ou d'une erreur et que l'assureur ne payait qu'après la production d'un acte de naissance officiel »²⁴². Dès lors, les conséquences rigoureuses de la réticence n'étaient pas justifiées. Actuellement, cette règle ne joue plus aucun rôle, de sorte que le projet de révision totale de la LCA y renonçait²⁴³.

S'agissant de la résiliation d'un contrat d'assurance sur vie rachetable, l'art. 6 al. 4 LCA impose à l'assureur de rembourser en plus de la prime non absorbée, la valeur de rachat qui correspond pour l'essentiel aux primes d'épargne payées jusqu'ici (sous déduction des frais d'acquisition).²⁴⁴

4.5 Le maintien du contrat malgré la réticence

L'art. 8 LCA énumère un certain nombre de circonstances dans lesquelles l'assureur ne peut résilier le contrat ou refuser sa prestation, et ce malgré la réticence. Même si la loi ne lui reconnaît pas la qualité de disposition impérative (art. 97 LCA) ou semi-impérative (art. 98 LCA), le but de l'art. 8 LCA est d'éviter que les conséquences d'une réticence déploient leurs effets en toutes circonstances ; il convient ainsi de considérer cette disposition comme semi-impérative²⁴⁵.

L'art. 8 ch. 1 LCA prévoit que l'assureur ne peut se départir du contrat si le fait qui a été l'objet de la réticence a cessé d'exister avant le sinistre. Par exemple, une grossesse existant au moment de la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie est un fait temporaire dont l'assureur ne peut se prévaloir s'il a disparu avant la survenance du sinistre²⁴⁶. En revanche, l'art. 8 ch. 1 LCA ne peut s'appliquer lorsque les effets du fait important subsistent au moment de la survenance du sinistre²⁴⁷ ; cela signifie par exemple que si une maladie existante lors de la conclusion d'un contrat de personnes est soignée avant la survenance de l'événement redouté, elle n'en demeure pas moins un fait important dans la mesure où les conséquences de cette dernière sont susceptibles d'engendrer des prestations plus importantes que celles envisagées par l'assureur au moment de la conclusion du contrat.

Cette règle se justifiait pleinement dans l'ancien droit, il aurait été choquant de voir un assureur résoudre le contrat, et partant refuser sa prestation quand bien même la réticence

²⁴¹ GUIBAN, p. 324.

²⁴² Projet, LCA, p. 346.

²⁴³ Message, révision totale, p. 7128.

²⁴⁴ FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 23.

²⁴⁵ Message, LCA, p. 302 ; FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 23.

²⁴⁶ VIRET, *DAS*, p. 105.

²⁴⁷ TF 9C_532/2014 du 23 octobre 2014, consid. 5.4 ; KOENIG, p. 179.

avait disparu et ne présentait aucun lien de causalité avec le sinistre²⁴⁸. Depuis l'entrée en vigueur de la révision partielle, cette règle a toutefois perdu de l'importance dans la mesure où l'assureur doit dans tous les cas fournir sa prestation ; un lien de causalité entre le fait déclaré qui a cessé d'exister et le sinistre est en effet inexistant. Désormais, elle vise uniquement à empêcher l'assureur de résilier le contrat d'assurance.

L'art. 8 ch. 2 LCA permet au proposant d'échapper aux conséquences de la réticence en prouvant que l'assureur en a provoqué la survenance. En principe, l'assureur est représenté par son agent ou un médecin à qui incombe la tâche de participer à l'élaboration de la proposition avec le proposant ; son comportement est en principe opposable à l'assureur notamment si « *l'agent déclare au proposant qu'il s'agit simplement de répondre à des questions de routine sans importance en insistant pour que l'inscription des réponses soit liquidée rapidement, il donne ainsi l'impression au proposant que ces dernières servent à obtenir des renseignements préliminaires destinés à être complétés* »²⁴⁹. De même, l'assureur ne peut pas résilier le contrat pour cause de réticence si celle-ci est due au fait que l'agent a omis de traduire suffisamment au proposant de langue étrangère les questions et les réponses qu'il a écrites pour lui²⁵⁰.

A ce stade, l'opposabilité de la réticence par le proposant dépend de la nature des pouvoirs externes que l'assureur a conféré à son intermédiaire. S'agissant d'un agent autorisé à conclure ou modifier lui-même des contrats d'assurance (agent stipulateur), l'assureur doit se laisser opposer les contrats conclus en son nom par son agent ainsi que tous les faits connus de celui-ci²⁵¹. La seule exception admise est celle où l'agent abuse de ces pouvoirs, d'entente avec le proposant, pour tromper l'assureur²⁵². Dans l'hypothèse où l'agent ne dispose pas du pouvoir de conclure le contrat pour l'assureur (agent négociateur), son comportement n'est opposable à l'assureur qu'à la condition qu'il ait donné au proposant, conformément à son devoir de renseigner, des informations erronées ou inexactes relatives à des questions imprécises ou ambiguës²⁵³.

En revanche, l'art. 8 ch. 2 LCA ne peut être invoqué s'agissant du courtier mandataire. En effet, il s'agit d'un intermédiaire non lié à l'assureur, de sorte que la responsabilité de ce dernier ne peut être engagée ; le proposant est alors contraint d'agir en responsabilité contre son mandataire (art. 394 CO)²⁵⁴. Pour ce qui est du pseudo-courtier, il s'agira de déterminer si plus de la moitié de la totalité des commissions perçues provient d'un ou de deux assureurs²⁵⁵. Si cette hypothèse est réalisée, le pseudo-courtier est considéré comme un intermédiaire lié et l'art. 8 ch. 2 LCA est ainsi opposable à l'assureur (art. 34 LCA).

Si l'assureur connaissait ou devait connaître le fait qui n'a pas été déclaré ou inexactement déclaré et que le proposant en apporte la preuve, les conséquences de la réticence sont inopérantes (art. 8 ch. 3 et ch. 4 LCA)²⁵⁶ ; le législateur place ici l'assureur sur un pied d'égalité avec le proposant en ce qui concerne les exigences relatives à la connaissance des faits au moment de la conclusion, et les principes d'interprétation dégagés par la

²⁴⁸ Dans le même sens : FUHRER, *Devoirs d'information*, p. 16 ; KOENIG, p. 180.

²⁴⁹ OG/LU RBA XV nr. 13, résumé par CARRE, *LCA*, p. 156.

²⁵⁰ TF RBA XIII nr. 9, résumé par CARRE, *LCA*, p. 156.

²⁵¹ BRULHART, *DAS*, pp. 172 et 219 ; VIRET, *DAS*, p. 198 ; KOENIG, p. 181.

²⁵² ATF 96 II 204, JdT 1972 I 34, consid. 6 ; VIRET, *DAS*, p. 197 ; KOENIG, p. 181.

²⁵³ BRULHART, *DAS*, pp. 173 et 219 ; VIRET, *DAS*, p. 199 ; PETERMANN, p. 241.

²⁵⁴ BRULHART, *DAS*, p. 175.

²⁵⁵ BRULHART, *DAS*, p. 161 ; FUHRER, *PVR*, p. 174.

²⁵⁶ TC/VS RBA XIX nr. 18, résumé par CARRE, *LCA*, p. 158.

jurisprudence concernant les art. 4 et 6 LCA sont pleinement applicables à l'art 8 ch. 3 et 4 LCA²⁵⁷.

L'assureur est également censé connaître les faits appris par hasard de la bouche de tiers²⁵⁸. Par exemple, « *les faits dont la société mère a connaissance sont opposables à la société fille si les deux entités juridiques disposent d'une banque de données électroniques commune ou emploient les mêmes collaborateurs* »²⁵⁹. Toutefois, « *l'assureur n'a pas une obligation générale de se renseigner et rechercher les réponses aux questions qu'il a posées dans la proposition, à moins qu'il soit nécessaire d'écartier des incertitudes ou d'élucider des contradictions qui résulteraient de ces réponses* »²⁶⁰.

L'art. 8 ch. 5 LCA autorise l'assureur à renoncer d'avance ou après la survenance du sinistre à faire valoir une réticence. Cette règle est fréquente en assurance-vie²⁶¹ ; la renonciation est en principe introduite dans les conditions générales par le biais d'une clause d'incontestabilité. Celle-ci prévoit une renonciation pour autant que la réticence n'a pas été commise de mauvaise foi et que cinq années se sont écoulées depuis la conclusion ou la modification du contrat. Elle peut tout à fait intervenir tacitement lorsque l'assureur n'invoque pas la réticence dans le délai de quatre semaines ou encore s'il accepte par exemple des primes ultérieures²⁶².

Enfin, l'assureur ne peut en principe pas résilier le contrat s'il a conclu ce dernier malgré le fait que le proposant n'a pas répondu à l'une des questions (art. 8 ch. 6 LCA). En cas de question laissée sans réponse, l'assureur doit intervenir auprès du proposant pour qu'il y réponde. Si l'assureur s'abstient, on peut raisonnablement considérer que la question ne porte pas sur un fait important et qu'il renonce à se prévaloir d'une réticence. A cet égard, une clause assimilant l'absence de réponse à une réponse négative n'est pas valable²⁶³. Toutefois, l'art. 8 ch. 6 LCA tempère ce principe en précisant que l'assureur peut résilier le contrat si d'après les autres communications du proposant, la question doit être considérée comme ayant reçu une réponse dans un sens déterminé et que cette réponse apparaît comme une réticence sur un fait important. Cette hypothèse est réalisée lorsque « *le proposant ne répond pas à la question de savoir s'il avait consulté d'autres médecins que ceux déjà mentionnés à d'autres questions, laissant en blanc les lignes réservées aux réponses, l'assureur peut de bonne foi considérer que le proposant a consulté uniquement les médecins mentionnés dans ses réponses aux autres questions* »²⁶⁴.

5. Droit comparé

Le droit français : le code des assurances traite de la question de la réticence aux articles L.113-8 à L.113-10. Les conséquences qui découlent d'une réticence varient en fonction du degré de faute du proposant. En cas d'omissions ou de fausses déclarations intentionnelles (art. L.113-8), l'assureur peut résoudre le contrat si celles-ci portent sur un fait important pour l'appréciation du risque et ce indépendamment de l'existence d'un lien de causalité entre la réticence et la survenance du sinistre. Dans ce cas, l'assureur ne doit pas fournir sa prestation

²⁵⁷ ATF 111 II 388, consid. 3bb ; VIRET, *La réticence*, p. 41 ; ROELLI/KELLER, p. 161. Par ailleurs, les remarques relatives aux pouvoirs de représentation de l'intermédiaire sont applicables dans ce contexte.

²⁵⁸ ATF 111 II 388, consid. 3c/bb ; ATF 90 II 449, consid. 4 ; KOENIG, p. 181.

²⁵⁹ TF 5C_43/2004 du 9 août 2004, consid. 7.1 ; TF 5C_104/2001 du 21 août 2001, consid. 4c/bb.

²⁶⁰ TF 4A_376/2014, consid. 2.4.1 ; TF 4A_579/2009 du 1^{er} février 2010, consid. 2.5.

²⁶¹ BRULHART, DAS, p. 220 ; KOENIG, p. 181.

²⁶² Message, LCA, p. 302 ; KOENIG, p. 181.

²⁶³ ATF 43 II 253, JdT 1917 I 499, résumé par CARRE, LCA, p. 159.

²⁶⁴ TF RBA XV nr. 22, résumé par CARRE, LCA, p. 159.

et peut conserver les primes acquises, il a droit également au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts. En revanche, l'art. L.113-9 prévoit que de fausses déclarations ou omissions non intentionnelles n'entraînent pas la nullité du contrat. Si la réticence est constatée avant le sinistre, l'assureur a le droit soit de maintenir le contrat moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix jours après la notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus. Si la réticence est découverte après le sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues si les risques avaient été correctement déclarés.

Le droit italien : les règles en matière de réticence se trouvent aux art. 1892 à 1894 du Code Civil de 1942. Ces dispositions prévoient également des sanctions qui dépendent du comportement du proposant lors de la conclusion du contrat. Si le proposant a volontairement ou par négligence grave, omis de déclarer ou inexactement déclaré des faits qui ont empêché l'assureur de se déterminer correctement, et partant de refuser de conclure le contrat ou de le conclure à des conditions différentes, ce dernier peut annuler le contrat (*ex tunc*). Cette annulation doit respecter non seulement le délai de trois mois dès la connaissance de la réticence mais aussi celui de cinq ans qui court depuis la conclusion du contrat (délai de prescription). Si tel est le cas, l'assureur peut garder les primes d'assurance en cours et la prime convenue pour la première année. De même, il peut refuser sa prestation pour le cas où un sinistre surviendrait.

En revanche, une réticence qui n'est pas constitutive d'une intention ou d'une négligence grave ne permet pas à l'assureur d'annuler le contrat, mais uniquement de le résilier dans le délai de 3 mois dès la connaissance de la réticence. Si le sinistre intervient avant la découverte de la réticence ou l'échéance du délai de résiliation, l'indemnité est réduite proportionnellement à la différence entre la prime convenue et celle qui aurait été appliquée en l'absence de réticence.

Le droit allemand : les règles relatives à la réticence font l'objet d'une réglementation aux § 19 à 22 de la loi sur le contrat d'assurance (VVG). A l'instar du droit suisse, l'obligation de déclarer qui incombe au proposant est similaire, à ceci près que la loi allemande précise que cette obligation s'étend jusqu'au moment de la conclusion du contrat. Une négligence autorise l'assureur à résilier le contrat en respectant les conditions formelles qui correspondent pour l'essentiel à celles du droit suisse, à condition toutefois que ce droit soit exercé dans les cinq ans qui suivent la conclusion du contrat et que l'assureur ait expressément rendu le proposant attentif sur les conséquences d'une obligation de déclarer. Dans le cas où l'assureur aurait conclu le contrat mais à d'autres conditions, il peut demander à ce qu'elles deviennent rétroactivement partie intégrante du contrat. Dans ce cas, le preneur d'assurance peut résilier le contrat si les primes augmentent de plus de dix pourcents ou si l'assureur émet une réserve sur le risque non déclaré.

Une faute intentionnelle ou une négligence grave permet à l'assureur de résoudre le contrat au cas où il ne l'aurait pas conclu en cas de déclarations exactes. En cas de faute intentionnelle, l'assureur peut également refuser sa prestation indépendamment d'un lien de causalité et le délai pour résoudre le contrat est de dix ans.

6. Conclusion

Il serait vain d'imaginer un ordre juridique cohérent dans lequel les assurés adoptent un comportement irréprochable dans tous les cas. Le droit des assurances privées n'échappe pas à cette réalité et il est nécessaire de prévoir un certain nombre de règles permettant à l'assureur de se prémunir contre des comportements fautifs. Le législateur avait conscience de cette problématique lors de l'adoption de la LCA en 1908 et des conséquences désastreuses auxquelles s'exposaient les compagnies d'assurance en l'absence de dispositions adéquates.

Nous avons vu que la réticence est une violation du devoir de déclarer par le proposant. Le meilleur moyen d'éviter un cas de réticence est de poser des bases sûres dès l'instant où celui-ci et l'assureur entrent en contact ; il est essentiel que les formulaires de proposition d'assurance soient rédigés et complétés avec toute la diligence requise, tant de la part de l'assureur que du proposant.

Malgré une formulation claire en apparence, l'application de l'art. 6 LCA est délicate et véritablement complexe dans les cas limites puisqu'elle mêle à la fois des considérations techniques propres à l'assurance mais aussi psychologiques qui se rapportent directement à la personne du proposant. Admettre une réticence dans l'hypothèse où l'assuré connaissait les faits non déclarés ou inexactement déclarés ne pose pas de problème particulier. En revanche, l'examen est bien plus compliqué lorsqu'il s'agit de déterminer si le proposant devait connaître ces faits. Le Tribunal fédéral raisonne sous l'angle de la bonne foi en faisant abstraction d'une éventuelle faute du proposant. On peut voir dans l'adoption d'un critère ni purement objectif ni purement subjectif la difficulté de trouver un équilibre parfait entre les intérêts du proposant et ceux de l'assureur. Toutefois, il y a lieu de respecter cette interprétation dans la mesure où elle représente la volonté du législateur. *A fortiori*, la jurisprudence rendue en la matière est clairement établie et apporte des solutions cohérentes, ce qui profite au final tant aux assureurs qu'aux consommateurs.

L'évolution des règles visant à sanctionner les cas de réticence est caractérisée par la volonté toujours plus grande de protéger les consommateurs, en l'occurrence les assurés dans le domaine de l'assurance. La tâche du législateur est de trouver un équilibre entre les intérêts de l'assureur, en particulier celui de la communauté des assurés et ceux de l'assuré. Le régime légal « du tout ou rien » resté en vigueur pendant près d'un siècle a été fortement critiqué pour sa sévérité et à juste titre puisque la solution retenue était disproportionnée au regard des intérêts respectifs. La révision partielle a permis d'atténuer ces conséquences en introduisant l'exigence du lien de causalité, avec pour effet une nette amélioration du statut juridique de l'assuré. Et malgré le rejet du projet de révision totale, il n'est pas douteux d'affirmer que les prochains changements législatifs en matière de réticence iront dans le sens d'une protection toujours plus étendue de l'assuré. Une brève étude de droit comparé met en évidence la longueur d'avance que possèdent les pays limitrophes à ce sujet.

Enfin, il est important de garder à l'esprit qu'une grande majorité des assureurs utilisent la faculté qui leur est offerte de s'écarter du régime en vigueur en faveur de l'assuré et de réprimer seulement les réticences qui ne laissent pas de doute possible sur la mauvaise foi du proposant. De fait, cette initiative doit être saluée puisqu'elle offre un niveau de protection des consommateurs correspondant à celui qui prévaut dans les autres ordres juridiques.