

# Les réserves pour raisons de santé et les conséquences d'une fausse déclaration de santé en droit des assurances

## Principes et évolution du droit en matière d'assurances privées, de prévoyance professionnelle et d'assurance d'indemnités journalières facultative selon la LAMal

Alexandre Lehmann\*

Dans l'assurance de personnes, les déclarations de santé permettent à l'assureur d'opérer une sélection des risques grâce à laquelle des primes mesurées peuvent être fixées pour la communauté des assurés. La présente contribution traite de la problématique des réserves pour raisons de santé instituées par l'assureur (respectivement l'institution de prévoyance) et des conséquences d'une fausse déclaration de santé en droit suisse des assurances. Les domaines des assurances privées (II.), de la prévoyance professionnelle (III.) et de l'assurance d'indemnités journalières facultatives selon la LAMal (IV.) sont présentés en trois parties distinctes, qui mettent en lumière leurs particularités. Les moyens juridiques à disposition de l'assureur – en particulier la réticence, la nullité du contrat ainsi que le dol – sont illustrés à l'aide d'exemples tirés de la pratique. Une dernière partie (V.) est consacrée aux inégalités entre salariés et indépendants ainsi qu'à l'évolution future de la sélection des risques.

In der Personenversicherung erlaubt die Gesundheitsdeklaration dem Versicherer, eine Risikobeurteilung vorzunehmen, aufgrund welcher er die angemessenen Prämien für die Gesamtheit der Versicherten festlegen kann. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Problematik des vom Versicherer (bzw. der Vorsorgeeinrichtung) angebrachten Gesundheitsvorbehaltes und die Konsequenzen einer falschen Gesundheitsdeklaration im schweizerischen Versicherungsrecht. Die Bereiche der Privatversicherung (II.), der beruflichen Vorsorge (III.) und der freiwilligen Krankentaggeldversicherung gemäss dem KVG (IV.) werden je separat beleuchtet und deren Eigenheiten aufgezeigt. Die dem Versicherer zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten – insbesondere die Berufung auf die Anzeigepflichtverletzung, auf die Nichtigkeit des Vertrages sowie auf die Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung – werden anhand von Beispielen aus der Praxis dargestellt. Ein letzter Teil (V.) widmet sich den Ungleichheiten zwischen Angestellten und Selbständigerwerbenden sowie der künftigen Entwicklung der Risikoselektion.

### Table des matières

#### I. Introduction

#### II. Droit des assurances privées

- A. Les réserves d'assurance
  - 1. Généralités
  - 2. Les réserves pour raisons de santé
- B. La conclusion du contrat
  - 1. Déclaration des faits importants pour l'appréciation du risque (art. 4 LCA)
  - 2. Représentation et assurance d'autrui
  - 3. Données protégées
    - a) Anamnèse familiale
    - b) Analyse du génome
- C. La réticence
  - 1. Principes et sanction
  - 2. Fardeau de la preuve
  - 3. Mention expresse de la question à l'origine de la réticence
  - 4. Libération de la prestation d'assurance – art. 6 al. 3 LCA
  - 5. Ancien droit en vigueur jusqu'en 2005 et droit transitoire

- 6. Les exceptions : art. 8 LCA, 27 ss CC et 7 LCA (assurance collective)

- 7. Sort de la prime

- D. Le dol (art. 28 CO)

- E. La nullité du contrat (art. 9 LCA)

Suite dans HAVE/REAS 3/2017 :

#### III. Droit de la prévoyance professionnelle

- A. Les réserves de santé
  - 1. Généralités
  - 2. Les salariés
  - 3. Les indépendants
  - 4. Incapacité de travail survenue avant l'affiliation

- B. La déclaration des risques et la réticence

- C. Le dol

- D. La nullité du contrat

#### IV. Assurance d'indemnités journalières facultative (art. 69 LAMal)

- A. Généralités
- B. Les réserves de santé, la déclaration des risques et la réticence

- C. Le dol et la nullité du contrat

#### V. Discussion

- A. Inégalités entre salariés et indépendants

- B. Évolution de la sélection des risques

#### VI. Conclusion

\* Avocat, spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, CAS Prévoyance professionnelle, Etude Lehmann, Lausanne.

## I. Introduction

Chacun peut être amené, au cours de sa vie, à remplir un ou plusieurs questionnaires de santé afin d'être admis au sein d'un collectif d'assurés et se prémunir ainsi contre les risques d'incapacité de gain, d'invalidité ou de décès. Pour les personnes jouissant d'une bonne santé, le fait de remplir un tel questionnaire est une simple formalité. Elles seront généralement acceptées par l'assureur sans exclusion ni restriction de couverture. À l'inverse, les personnes dont la santé est plus fragile seront parfois confrontées à des difficultés au moment de répondre aux questions posées par l'assureur. Souvent conscientes du risque de refus d'admission dans l'assurance ou d'exclusions de couverture, elles se poseront par exemple la question de savoir quelles atteintes doivent obligatoirement être déclarées, respectivement s'il est possible de passer sous silence certains troubles. Elles s'inquiéteront également de savoir quelle sera leur couverture d'assurance en cas de changement d'activité salariée ou de passage à une activité indépendante, cas échéant s'il vaut mieux renoncer à une telle activité afin de jouir d'une meilleure protection en tant qu'employé.

L'objet de la présente étude est, d'une part, de répondre à ces diverses questions et, d'autre part, d'exposer en détail les conséquences possibles d'une fausse déclaration de santé en droit suisse des assurances.

Les exclusions de couverture ne sont pas seulement admises en matière d'assurances privées, mais également dans les domaines de la prévoyance professionnelle plus étendue et facultative des indépendants, ainsi que de l'assurance d'indemnités journalières facultatives selon la LAMal. Ces matières sont ici traitées en trois parties distinctes, qui mettent en lumière leurs convergences, particularités et différences. Les obligations du preneur d'assurance et celles de l'assureur (respectivement de l'institution de prévoyance) sont détaillées dans chaque cas, compte tenu des lourdes conséquences qu'une fausse déclaration de santé peut avoir sur la situation du preneur. À cet égard, les moyens juridiques dont peut se prévaloir l'assureur, à savoir la réticence (art. 6 LCA), la nullité du contrat (art. 9 LCA) ainsi que le dol (art. 28 CO) sont abordés et illustrés à l'aide d'exemples, tirés pour la plupart de la jurisprudence.

Il est intéressant de traiter les matières précitées dans une seule contribution, car elles sont souvent étroitement imbriquées en pratique. Par exemple, en règle générale, le travailleur qui change d'employeur est non seulement confronté à un changement d'assureur concernant sa couverture contre la perte de gain en cas de maladie, mais il doit également s'affilier à une nouvelle institution de prévoyance, à savoir celle de son

nouvel employeur. Les questions qui se posent en cas d'atteintes à la santé survenues avant la conclusion du nouveau contrat d'assurance, respectivement l'affiliation auprès de la nouvelle institution de prévoyance, doivent dès lors être examinées sous l'angle des assurances privées, de la prévoyance professionnelle, voire de l'assurance d'indemnités journalières facultatives selon la LAMal.

Dans une perspective plus large, une partie de la présente étude porte sur l'influence des progrès médicaux et technologiques sur le droit des assurances. Les outils diagnostiques et prédictifs d'affections tendent en effet à devenir de plus en plus précis, ce qui n'est pas sans incidence sur la possibilité pour certaines personnes d'obtenir des couvertures d'assurance.

## II. Droit des assurances privées

### A. Les réserves d'assurance

#### 1. Généralités

Avant de conclure un contrat d'assurance, le preneur d'assurance et l'assureur ont besoin d'informations en possession de l'autre partie: le preneur d'assurance concernant le produit dont la souscription est envisagée et l'assureur concernant le risque encouru. C'est pourquoi la loi sur le contrat d'assurance (LCA)<sup>1</sup> impose aux parties différentes obligations qui équilibrent leur niveau d'information.

Un niveau d'information insuffisant de l'assureur sur le risque encouru peut conduire au phénomène dit de «*sélection adverse*» ou d'«*antisélection*»: vu que l'assureur ne peut distinguer les bons des mauvais risques – c'est-à-dire les assurés avec un risque de dommage réduit, respectivement un risque de dommage élevé –, il sera contraint de travailler avec des primes moyennes. Les assurés avec un bon profil de risque sortiront alors du collectif d'assurés, car ils considéreront les primes comme excessivement élevées. Cela aura pour effet de faire monter encore le niveau des primes, si bien que ces dernières ne seront plus attractives pour les assurés avec un profil de risque moyen. La spirale de l'augmentation des primes se poursuivra alors jusqu'à l'effondrement du marché<sup>2</sup>.

À l'inverse, l'assureur qui dispose d'une information suffisante pourra opérer une sélection des risques. Il sera en mesure d'accepter la proposition d'assurance ou de refuser de contracter, ou encore de conclure le contrat mais à des conditions aggravées. Ce méca-

<sup>1</sup> Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, RS 221.229.1.

<sup>2</sup> STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, N 6.5, 116, qui expose également qu'un niveau d'information insuffisant de l'assuré sur les produits d'assurance peut conduire à une spirale comparable de prix excessifs.

nisme lui permettra de maintenir des primes mesurées pour tous les assurés du collectif.

Les parties sont libres dans la détermination du contenu de leur contrat<sup>3</sup>, sauf dispositions impératives de la loi<sup>4</sup>. Elles peuvent ainsi intégrer des conditions générales d'assurance (CGA) et des conditions particulières à leur contrat. Elles peuvent également y inclure des clauses négociées, qui le plus souvent dérogent aux conditions générales, par exemple une réserve d'assurance<sup>5</sup>.

Une réserve d'assurance signifie que malgré le paiement des primes, les prestations d'assurance ne sont pas versées (temporairement ou définitivement) en cas de sinistre, en raison d'un risque prédéfini.

L'assureur doit veiller à ce que les réserves qu'il émet soient formulées de manière suffisamment précise. En effet, le contrat d'assurance et les conditions générales qui y ont été expressément incorporées doivent être interprétés selon les principes généraux qui gouvernent l'interprétation des contrats<sup>6</sup>. S'agissant de l'interprétation du risque assuré prévu dans des clauses préformulées, l'art. 33 LCA précise que l'assureur répond, sauf disposition contraire de la loi, de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. Lorsque la volonté intime et concordante des parties ne peut pas être établie, le juge doit interpréter le contrat selon le principe de la confiance, c'est-à-dire rechercher le sens que, d'après les règles de la bonne foi, les parties pouvaient et devaient donner à leurs manifestations de volonté réciproques, qu'elles soient contenues dans le contrat lui-même ou dans des conditions générales qui en font partie intégrante<sup>7</sup>. Il convient de vérifier comment le destinataire de ces manifestations de volonté pouvait les comprendre de bonne foi, en recourant à l'interprétation objective des termes figurant dans le contrat et les conditions générales. Le preneur d'assurance est couvert contre le risque tel qu'il pouvait le comprendre de bonne foi en lisant le contrat et les conditions générales. Quand l'assureur entend apporter des restrictions ou des exceptions, il lui appartient donc de le dire clairement<sup>8</sup>.

## 2. Les réserves pour raisons de santé

Par définition, il est question de réserves pour raisons de santé (ou réserves de santé) dans le domaine de l'as-

surance de personnes, à savoir lorsque le bien menacé est une personne physique. Les réserves de santé se trouvent donc dans les contrats d'assurance-vie, d'assurance accident privée individuelle ou collective<sup>9</sup> et d'assurance-maladie privée individuelle ou collective contre la perte de gain en cas de maladie.

L'état de fait qui déclenche la prestation de l'assureur consiste, dans l'assurance de personnes, en une lésion corporelle de la personne assurée<sup>10</sup>. La notion doit être comprise au sens large: on vise tout ce qui touche à l'intégrité, que cela se traduise par un décès, une entrave temporaire ou durable (invalidité) ou la survenance d'un âge déterminé. C'est le contrat qui fixe les formes que doit prendre l'atteinte pour être assurée<sup>11</sup>. La couverture du décès et de l'invalidité est traditionnellement conçue sous la forme d'une assurance «risque», n'incluant aucune composante d'épargne, à l'inverse des prestations garanties au moment où la personne assurée atteint un âge déterminé<sup>12</sup>.

Pour connaître la probabilité de survenance des risques de décès et d'invalidité, l'assureur soumet généralement un questionnaire de santé au proposant. Après examen des réponses données par ce dernier et s'il accepte de conclure, l'assureur sera en droit d'émettre une ou plusieurs réserves de santé excluant certaines lésions de la couverture d'assurance en raison d'une probabilité accrue de survenance du risque.

En vertu du principe de la liberté contractuelle<sup>13</sup>, les assureurs privés sont généralement libres d'émettre des réserves de santé pour une durée limitée ou illimitée. Celles-ci doivent toutefois être formulées précisément<sup>14</sup>.

À relever toutefois qu'en matière d'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, les compagnies privées ont conclu une convention qui a pour but de régler le passage isolé d'une personne assurée en indemnité journalière dans une autre assurance du même type ou le passage d'effectifs d'assurés entre assureurs<sup>15</sup>. Dite convention limite le droit des assureurs à émettre de nouvelles réserves de santé. En effet, son art. 3 al. 2 prévoit que « [l]e nouvel assureur ne peut

<sup>3</sup> Art. 19 al. 1 CO en relation avec l'art. 100 LCA.

<sup>4</sup> Art. 97 s. LCA.

<sup>5</sup> Également appelée exclusion ou réserve de couverture.

<sup>6</sup> ATF 135 III 410 consid. 3.2, 412.

<sup>7</sup> Arrêt du TF 4A\_352/2014 du 9 février 2015 consid. 5.1.

<sup>8</sup> *Ibidem* et les références citées.

<sup>9</sup> En pratique, on rencontre notamment cette forme de garantie dans l'assurance collective accident complémentaire à la LAA et dans l'assurance occupants des véhicules (cf. VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, Berne 2008, N 804, 361 et s.)

<sup>10</sup> BRULHART (n. 9), N 749, 341.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> ALEXANDRE LEHMANN/JEAN-MICHEL DUC, Assurance-vie: Quelques réflexions sur le droit de rachat en lien avec l'exécution forcée, HAVE/REAS 2013, ch. 1.2, 17.

<sup>13</sup> *Supra*, n. 3.

<sup>14</sup> *Supra*, n. 7 et 8.

<sup>15</sup> Convention de libre passage entre les assureurs d'indemnités journalières maladie du 1<sup>er</sup> janvier 2006, consultée sur le site internet <[www.svv.ch/fr/politique-et-juridique/juridique/convention-de-libre-passage-pour-l-assurance-collective-d-indemnite](http://www.svv.ch/fr/politique-et-juridique/juridique/convention-de-libre-passage-pour-l-assurance-collective-d-indemnite)>.

*pas formuler de nouvelles réserves d'assurance tant qu'il ne s'agit pas d'une indemnité journalière plus élevée, d'une durée de prestation plus longue ou d'un délai d'attente plus court. Les réserves ou exclusions formulées par des assureurs antérieurs peuvent être maintenues par le nouvel assureur».*

## B. La conclusion du contrat

### 1. Déclaration des faits importants pour l'appréciation du risque (art. 4 LCA)

L'art. 4 LCA impose au proposant/preneur d'assurance une obligation de renseigner lorsqu'il s'apprête à conclure un contrat d'assurance. Sa teneur est la suivante :

«<sup>1</sup> Le proposant doit 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.

<sup>2</sup> Sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues.

<sup>3</sup> Sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises, non équivoques.»

La réponse – obligatoirement écrite<sup>16</sup> – du proposant au questionnaire permet à l'assureur d'apprécier le risque du contrat envisagé.

L'obligation de déclarer du preneur d'assurance commence dès la réception du questionnaire et perdure jusqu'à l'acceptation du contrat par l'assureur. Le preneur est par conséquent tenu de déclarer tous les faits importants qui surviennent entre la remise ou l'envoi de la proposition d'assurance et son acceptation par l'assureur (Nachmeldepflicht)<sup>17</sup>.

Peu de preneurs d'assurance ont connaissance de cette obligation, si bien qu'il n'est pas rare que des événements importants survenus après la remise de la proposition d'assurance ne soient pas communiqués à l'assureur – ce qui peut entraîner une mise en danger de la couverture d'assurance. Selon STEPHAN FUHRER, comme l'assureur est conscient de cette problématique, il conviendrait d'admettre qu'il est lié par une obligation d'information à laquelle il serait facilement en mesure de satisfaire au moyen d'une déclaration stan-

dardisée pré-imprimée sur les formulaires de proposition<sup>18, 19</sup>.

De jurisprudence constante, les faits sur lesquels porte l'obligation de renseigner (Gefahrstatsachen) comprennent tous les faits qui entrent en considération pour l'appréciation du risque, soit tous ceux qui peuvent éclairer l'assureur quant à l'étendue du risque à couvrir. Sont visés non seulement les faits qui sont la cause du risque, mais aussi ceux qui permettent de tirer des déductions quant à l'existence de ces sources de risque (indizierende Umstände)<sup>20</sup>, en d'autres termes, «*toutes les circonstances permettant de conclure à l'existence de facteurs de risque*»<sup>21</sup>.

Par exemple, à la suite d'une chute sur le dos en janvier 1995, un proposant a souffert de douleurs rachidiennes qui ont relativement vite disparu après traitement. Le Tribunal fédéral a considéré cette chute comme un «accident-bagatelle», si bien que le proposant n'avait pas à la déclarer dans le questionnaire de santé rempli en avril 1996<sup>22</sup>.

De manière générale, les atteintes à la santé «bagatelles», qui sont passagères et ne doivent pas être comprises comme des symptômes d'une affection distincte, ne doivent pas être déclarées. Ainsi une «peur de l'échec» et un tableau clinique dépressif ne reflètent pas un diagnostic médical ayant valeur de maladie<sup>23</sup>.

Dans le même sens, la simple prise passagère sur une courte période d'un somnifère ne doit pas être déclarée par le proposant<sup>24</sup>.

Le devoir de renseigner incombant au preneur d'assurance porte uniquement sur les faits (importants pour l'appréciation du risque) au sujet desquels la compagnie d'assurance a posé des questions expresses et non équivoques ; le preneur n'a pas à renseigner spontanément sur les risques dont il a connaissance<sup>25</sup>. Toutefois, s'il les fournit tout de même volontairement, il doit s'en tenir à la vérité. 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<sup>26</sup>. Les

<sup>18</sup> *Ibidem*, et les références citées.

<sup>19</sup> À relever que les art. 6 al. 1 et 27 du projet de révision partielle de la LCA corrigent cette situation insatisfaisante en étendant l'obligation de déclaration jusqu'à la remise ou l'envoi des renseignements à l'assureur, et en instaurant par la suite une obligation de déclarer toute augmentation du risque. *De lege lata*, les règles sur l'aggravation ne s'appliquent qu'à compter de la souscription (cf. art. 28 LCA).

<sup>20</sup> ATF 99 II 67 consid. 4c ; 55 II 55, 58 ; 134 III 511 consid. 3.3.2, 513, cités in arrêt du TF 4A\_150/2015 du 29 octobre 2015 consid. 4 ; cf. également infra, II.C.4., et n. 75.

<sup>21</sup> ATF 136 III 334 consid. 2.4, 337 ; 118 II 333 consid. 2a, 336, cités in arrêt du TF 4A\_150/2015 du 29 octobre 2015 consid. 4.

<sup>22</sup> Arrêt du TF 5C.56/2003 consid. 2.2.3, cité par URS NEF/CLEMENS VON ZEDTWITZ, Basler Kommentar VVG Nachf.-Bd, art. 4 N 26.

<sup>23</sup> NEF/VON ZEDTWITZ (n. 22), art. 4 N 26.

<sup>24</sup> *Ibidem*, et la référence citée.

<sup>25</sup> ATF 134 III 511 consid. 3.3.2, 513 ; 116 V 218 consid. 5a, cités in arrêt du TF 4A\_150/2015 du 29 octobre 2015 consid. 4.

<sup>26</sup> ATF 135 III 334, consid. 2.3, 337 ; 118 II 333 consid. 2b, 337 ; 116 II 338 consid. 1c, 340 s.

<sup>16</sup> L'art. 4 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, du projet de révision partielle de la LCA, en consultation jusqu'au 27 octobre 2016, prévoit que «*Illes questions de l'entreprise d'assurance et la communication du proposant doivent être posées par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte*». Cette formulation tient compte du commerce électronique : la preuve par texte ne requiert aucune signature manuscrite, contrairement à la forme écrite (art. 12 ss CO), ce qui simplifie les processus.

<sup>17</sup> FUHRER (n. 2), N 6.117, 145.

circonstances du cas particulier, notamment les qualités (intelligence, formation, expérience) et la situation du proposant sont déterminantes<sup>27</sup>.

2. *Représentation et assurance d'autrui*

Le preneur d'assurance ne doit pas avoir la possibilité de cacher des facteurs de risque importants à l'assureur en faisant intervenir un représentant de bonne foi<sup>28</sup>. C'est la raison pour laquelle l'art. 5 al. 1 LCA prévoit que, si le contrat est conclu par un représentant, tous les faits importants qui sont ou doivent être connus du représentant *et* du représenté doivent être déclarés.

En règle générale, c'est la personne exposée au risque qui connaît le mieux les faits importants pour son appréciation<sup>29</sup>. C'est pourquoi l'art. 5 al. 2 LCA prévoit qu'en cas d'assurance pour compte d'autrui (art. 16), devront aussi être déclarés les faits importants qui sont ou doivent être connus du tiers assuré lui-même. À relever que la terminologie actuelle est erronée : en général, il n'y a pas de « tiers assuré » dans une « assurance pour compte d'autrui », mais dans une « assurance d'autrui »<sup>30</sup>.

3. *Données protégées*

a) *Anamnèse familiale*

Dans les questionnaires de santé relatifs aux contrats d'assurance sur la vie, les assureurs posent régulièrement des questions sur l'anamnèse familiale, à savoir sur la santé des proches de la personne à assurer<sup>31</sup>. Juridiquement, il s'agit d'une communication de données sensibles au sens de la loi sur la protection des données (LPD)<sup>32</sup>. Or, l'art. 12 al. 2 let. c LPD n'autorise pas la communication à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs. En particulier, il n'est pas admissible de traiter des données personnelles d'un tiers dans le but de conclure un contrat, sauf consentement exprès de celui-ci<sup>33</sup>. Cette condition limite les possibilités de collecte de données potentiellement importantes concernant l'évaluation du risque. Afin de respecter les règles sur la protection des données, l'assureur peut formuler ses questions en termes plus généraux, de sorte que les personnes concernées ne puissent être identifiées<sup>34</sup>.

b) *Analyse du génome*

L'analyse du génome humain permet de détecter la présence de maladies héréditaires ou de prédispositions à de telles affections chez une personne par une analyse directe ou indirecte de son patrimoine génétique<sup>35</sup>. En d'autres termes, les tests génétiques peuvent montrer qu'une personne est atteinte d'une affection génétique particulière ou a un risque augmenté de la développer à un moment non défini dans le futur. Ils peuvent aussi révéler un risque accru pour d'autres membres de la famille ou pour une grossesse en cours<sup>36</sup>. Ces informations de nature hautement confidentielles intéressent l'assureur en vue de la souscription éventuelle du contrat d'assurance, car elles concernent l'appréciation du risque. Si l'accès à ces informations était totalement interdit à l'assureur, les personnes avec des résultats d'analyse génétique défavorables pourraient être tentées de conclure des contrats d'assurance pour des primes particulièrement avantageuses par rapport au risque couvert<sup>37</sup>. À l'inverse, si l'assureur avait un accès non limité à ces informations, les futurs preneurs d'assurance pourraient être tentés de renoncer à toute analyse génétique en raison du risque de ne plus pouvoir obtenir de couverture d'assurance, ou alors à des conditions agravées<sup>38</sup>.

La loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (LAGH)<sup>39</sup> tente de créer un équilibre entre les intérêts de l'assureur (et de la communauté des assurés) et ceux du preneur d'assurance.

À cet égard, l'art. 26 LAGH – dont la note marginale est intitulée « interdiction d'exiger une analyse » – dispose qu'une institution d'assurance ne peut exiger préalablement à l'établissement d'un rapport d'assurance une analyse génétique présymptomatique ou une analyse génétique prénatale.

S'agissant de l'exploitation des résultats d'une analyse déjà effectuée, l'art. 27 al. 1 LAGH prévoit différents cas de figure dans lesquels l'assureur ne peut exiger du preneur d'assurance les résultats d'une analyse génétique présymptomatique, d'une analyse génétique prénatale ou d'une analyse visant à établir un planning familial, ni utiliser les résultats de telles analyses ; en particulier, le preneur n'est pas tenu de transmettre ces données dans les domaines des assurances sociales (let. a), de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire (let. b), des assurances perte de gain maladie et maternité (let. c), des assurances sur la vie

<sup>27</sup> Arrêt du TF 5C.101/2004 du 4 août 2004 consid. 2.3.1 ; pour un exemple en lien avec l'examen d'une éventuelle réticence, cf. infra, II.C.1., n. 54.

<sup>28</sup> FUHRER (n. 2), N 6.168, 159.

<sup>29</sup> *Idem*, N 6.169, 159.

<sup>30</sup> La correction est apportée dans le projet de révision partielle de la LCA mis en consultation jusqu'au 27 octobre 2016 (cf. art. 5 titre marginal et al. 2 du projet).

<sup>31</sup> FUHRER (n. 2), N 22.99, 520.

<sup>32</sup> Cf. art. 3 let. c ch. 2 LPD.

<sup>33</sup> Cf. art. 13 al. 2 let. a LPD.

<sup>34</sup> FUHRER (n. 2), N 22.99, 520.

<sup>35</sup> Feuille d'information 2007 de la société suisse de génétique médicale, consultée sur le site internet <[www.chuv.ch/laboratoires/for\\_mule\\_consentement-fr.pdf](http://www.chuv.ch/laboratoires/for_mule_consentement-fr.pdf)>.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> BRULHART (n. 9), N 495, 224.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> RS 810.12.

portant sur une somme d'assurance de 400 000 francs au plus (let. d) et des assurances-invalidité facultatives allouant une rente annuelle de 40 000 francs au plus (let. e).

L'al. 2 du même article précise que si une personne conclut plusieurs assurances sur la vie ou plusieurs assurances-invalidité, les sommes maximales selon l'al. 1 let. d et e valent pour la totalité des contrats; le preneur d'assurance doit donner à l'institution d'assurance les informations afférentes que celle-ci lui demande.

Cependant, même dans les cas dépassant les valeurs limites précitées, les résultats d'une analyse génétique présymptomatique déjà effectuée ne doivent être communiqués que si les résultats de l'analyse sont fiables sur les plans de la technique et de la pratique médicale et si la valeur scientifique des résultats de l'analyse pour le calcul des primes a été prouvée<sup>40</sup>.

Par ailleurs, le médecin mandaté est uniquement tenu de communiquer à l'institution d'assurance dans quel groupe à risque le preneur d'assurance doit être classé<sup>41</sup>. Le médecin mandaté ne peut conserver les résultats de l'analyse que s'ils sont pertinents pour la conclusion du contrat d'assurance<sup>42</sup> et les résultats de l'analyse ne peuvent être utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été demandés au preneur d'assurance avant la conclusion du contrat<sup>43</sup>.

À souligner enfin que les art. 26 ss LAGH règlent la question des tests *prédictifs* d'affections. Par contre, les résultats des tests génétiques *diagnostiques* doivent être transmis par le preneur à l'assureur qui les demande – ce qui découle de la logique de l'art. 4 LCA.

## C. La réticence

### 1. Principes et sanction

L'art. 6 LCA énonce les conséquences de la violation de l'obligation de renseigner, à savoir de la réticence. Aux termes de cette disposition :

«<sup>1</sup> Si celui qui avait l'obligation de déclarer a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactly déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), et sur lequel il a été questionné par écrit, l'assureur est en droit de résilier le contrat; il doit le faire par écrit. La résiliation prend effet lorsqu'elle parvient au preneur d'assurance.

<sup>2</sup> Le droit de résiliation s'éteint quatre semaines après que l'assureur a eu connaissance de la réticence.

<sup>3</sup> Si le contrat prend fin par résiliation en vertu de l'al. 1, l'obligation de l'assureur d'accorder sa prestation s'éteint également pour les sinistres déjà survenus lorsque le fait qui a été l'objet de la réticence a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre. Dans la mesure où il a déjà accordé

une prestation pour un tel sinistre, l'assureur a droit à son remboursement.

<sup>4</sup> Si un contrat d'assurance sur la vie, rachetable selon la présente loi (art. 90, al. 2) est résilié, l'assureur doit accorder la prestation prévue en cas de rachat ».

Pour qu'il y ait violation de l'obligation de déclarer, et partant réticence selon l'art. 6 LCA, il faut que la réponse donnée à la question de l'assureur ne soit pas conforme à la vérité, par omission ou inexactitude. La réticence réside dans une divergence entre la vérité et ce qui a été déclaré. Il s'agit au préalable de déterminer si la question formulée par l'assureur était précise et non équivoque; en effet, il ne saurait y avoir de réticence si la réponse donnée à une question ambiguë apparaît véridique, eu égard à la manière dont la question pouvait être comprise de bonne foi par son destinataire<sup>44</sup>. Il semble que la jurisprudence soit devenue plus sévère avec le preneur d'assurance au fil des années<sup>45</sup>.

Exemples :

- En 1989, le Tribunal fédéral a jugé que la question de l'assureur de savoir si le preneur avait subi un traitement médical de longue durée (*längere ärztliche Behandlung*) était imprécise, de sorte que l'omission de mentionner un traitement de 11 semaines ne pouvait être reprochée à celui-ci<sup>46</sup>.
- En 2001, la question de savoir s'il y avait eu une consommation régulière de drogue (*regelmässiger Drogenkonsum*) de la part du preneur a été interprétée par le Tribunal fédéral de telle sorte qu'une consommation occasionnelle s'étendant sur plusieurs années ne pouvait être considérée comme régulière, car ce qualificatif devait être compris comme permanent (*ständig*) et répétitif (*wiederkehrend*)<sup>47</sup>.
- En 2005, le Tribunal fédéral a retenu une réticence dans le cas d'un proposant qui a répondu «médecin» à la question de savoir quelle était sa profession, alors qu'il avait obtenu frauduleusement l'autorisation de pratiquer sur présentation d'un faux diplôme étranger<sup>48</sup>.
- En 2008, le Tribunal fédéral a également retenu une réticence dans le cas d'un proposant qui a répondu négativement à la question de savoir s'il était en traitement médical, alors qu'il suivait, auprès d'un médecin, un traitement d'acupuncture<sup>49</sup>; selon les juges fédéraux, le point de savoir si ce traitement avait caractère curatif ou préventif n'était pas relevant (ce qui paraît contestable).

Il faut ensuite rechercher si, en fonction des faits qu'il connaissait ou devait connaître, le proposant était en mesure de donner une réponse véridique<sup>50</sup>. La ju-

<sup>40</sup> Art. 28 al. 1 let. a et b LAGH.

<sup>41</sup> Art. 28 al. 2 LAGH.

<sup>42</sup> Art. 28 al. 3 LAGH.

<sup>43</sup> Art. 28 al. 4 LAGH.

<sup>44</sup> ATF 136 III 334 consid. 2.3, cité in arrêt du TF 4A\_150/2015 du 29 octobre 2015 consid. 4.

<sup>45</sup> FUHRER (n. 2), N 6.135, 152.

<sup>46</sup> *Ibidem* et la référence citée.

<sup>47</sup> *Ibidem* et arrêt du TF 5C.240/2001 du 13 décembre 2001.

<sup>48</sup> ATF 131 III 542 consid. 2.3.2, 545.

<sup>49</sup> Arrêt du TF 4A\_381/2008 du 24 novembre 2008 consid. 2.3.

<sup>50</sup> ATF 136 III 334 consid. 2.3, cité in arrêt du TF 4A\_150/2015 du 29 octobre 2015 consid. 4.

risprudence considère que la réticence se détermine selon des critères objectifs et subjectifs, sans égard à une faute éventuelle du preneur d'assurance<sup>51,52</sup>. Il y a lieu de tenir compte des circonstances du cas particulier, notamment des qualités (intelligence, formation, expérience) et de la situation du proposant<sup>53</sup>. Ainsi, si un preneur d'assurance qui ne connaît pas le diagnostic correct d'une maladie dont il a souffert avant la conclusion du contrat fournit de fausses indications à ce sujet, il ne faut pas s'arrêter au fait que sa déclaration était objectivement fautive, mais encore déterminer si elle l'était subjectivement, sur la base de ce qu'il devait connaître.

Exemple: Un plâtrier sévèrement alcoolique depuis de nombreuses années a répondu négativement à la question de savoir s'il avait souffert d'une ou de plusieurs maladies durant les cinq années précédant la conclusion du contrat. Du point de vue du Tribunal cantonal, l'alcoolisme ayant conduit aux problèmes de foie puis à l'invalidité totale du preneur, postérieure à la conclusion du contrat, devait être considéré comme une maladie. Pour sa part, le Tribunal fédéral a jugé qu'au vu de l'horizon de compréhension limité du preneur, les effets secondaires d'une dépendance à l'alcool ne pouvaient pas être considérés comme une maladie au sens de la question posée. En effet, pour le preneur, le fait d'être malade signifiait subjectivement qu'il n'était plus capable d'effectuer son travail. Or, durant les cinq années précédant la conclusion du contrat, il n'avait été absent que pour quelques courtes périodes d'incapacité de travail. Par conséquent, les juges fédéraux ont nié la réticence<sup>54</sup>.

En ce qui concerne la sanction attachée à la réticence, l'assureur peut résilier par écrit le contrat dans les quatre semaines à partir du moment où il a connaissance de la réticence. Il s'agit d'un délai de préemption qui ne peut être interrompu ni suspendu par des actes particuliers. Le délai est sauvegardé si la déclaration de résiliation parvient au preneur d'assurance avant son expiration (principe de la réception). Si l'assureur n'exerce pas son droit de résiliation, le contrat demeure inchangé et doit être exécuté.

Agit en temps utile l'assureur qui, lorsqu'il soupçonne une réticence, cherche à obtenir des indications précises et se départit du contrat dès qu'il les a reçues; à cet égard, le délai de quatre semaines de l'art. 6 LCA ne commence à courir que lorsque l'assureur est complètement orienté sur tous les points touchant la

réticence<sup>55</sup>. L'assureur doit ainsi en avoir une connaissance certaine, de simples doutes étant insuffisants<sup>56</sup>.

Toutefois, lorsque l'assuré ne donne pas suite aux demandes répétées de l'assureur de signer une procuration lui permettant d'accéder aux dossiers médicaux relatifs aux précédents sinistres, l'assureur est en droit d'en déduire que ses soupçons en matière de réticence sont confirmés; il doit alors se départir du contrat sans plus attendre, sous peine de perdre ses droits<sup>57</sup>.

Une personne morale est réputée connaître l'état de fait déterminant lorsque l'information en question est disponible au sein de son organisation<sup>58</sup>. À relever que le Tribunal fédéral est relativement sévère avec les assureurs sur ce point, puisque ces derniers sont censés connaître les données qui lui parviennent dans le cadre d'un règlement de sinistre et sont tenus de les faire valoir sans attendre pour fonder une résiliation en raison d'une réticence<sup>59</sup>.

Si le preneur a commis plusieurs réticences, un délai indépendant commence à courir pour chaque violation dont l'assureur prend ou aurait dû prendre connaissance<sup>60</sup>.

## 2. Fardeau de la preuve

Il appartient à l'assureur de démontrer que les faits sont importants au sens de la définition légale. L'art. 4 al. 3 LCA allège toutefois sa charge en présumant que sont importants les faits au sujet desquels il a posé des questions précises, non équivoques. De son côté, l'assuré peut renverser cette présomption en apportant la preuve que l'assureur aurait néanmoins conclu le contrat aux conditions prévues s'il avait connu le fait omis ou indiqué d'une façon inexacte. Il doit ainsi établir que la déclaration fautive ou inexacte n'aurait pas eu d'influence sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues<sup>61</sup>.

Dans certaines situations, aucune preuve particulière n'est requise; il suffit par exemple que le contraire ressortisse à l'évidence. La présomption est ainsi renversée s'il apparaît que le proposant a omis un fait qui, considéré objectivement, apparaît totalement insignifiant.

Tel est le cas d'une consommation de joints de cannabis à quelques reprises uniquement, plus de dix ans avant la conclusion du contrat d'assurance. En tenant compte de

<sup>51</sup> ATF 134 III 511 consid. 3.3.3.

<sup>52</sup> FUHRER est, quant à lui, d'avis que la réticence est subordonnée à la faute du preneur. Selon cet auteur, pour établir si un élément important a été omis ou inexactement déclaré, il suffit que l'information fournie à l'assureur soit objectivement fautive. Par contre, la question de savoir si une fautive déclaration peut être reprochée au proposant doit être tranchée dans le contexte de l'examen de la faute (cf. FUHRER [n. 2], N 6.136 à 6.144, 152 ss). Nous partageons cette conception, dont la portée est essentiellement théorique.

<sup>53</sup> Cf. n. 27.

<sup>54</sup> ATF 134 III 511; à relever que cet arrêt concerne un cas de prévoyance professionnelle plus étendue; les art. 4 et 6 LCA ont toutefois été appliqués subsidiairement aux dispositions réglementaires.

<sup>55</sup> ATF 118 II 333.

<sup>56</sup> ATF 118 II 340.

<sup>57</sup> BRULHART (n. 9), N 475, 216.

<sup>58</sup> Arrêts du TF 9C\_1999/2008 du 19 novembre 2008 consid. 4.1 et 5C.104/2001 du 21 août 2001 consid. 4.

<sup>59</sup> Arrêt du TF 5C.296/2005 du 4 mai 2006.

<sup>60</sup> FUHRER (n. 2), N 6.151, 155, et les réf. citées.

<sup>61</sup> Art. 4 al. 2 LCA; URS NEF, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], art. 4 LCA N 56.

toutes les circonstances du cas concret et en se livrant à une appréciation objective fondée sur le principe de la bonne foi, il faut se demander si l'assureur, dans l'hypothèse où la vérité lui aurait été dite, n'aurait pas conclu le contrat, ou ne l'aurait pas conclu aux mêmes conditions. Il s'agit de déterminer la volonté hypothétique de l'assureur, question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement<sup>62</sup>. À cet égard, les statistiques indiquent que près d'une personne de moins de vingt-cinq ans sur trois a déjà consommé du cannabis. Une consommation occasionnelle et épisodique de cannabis constitue donc un fait banal. On ne peut pas sérieusement imaginer qu'une compagnie d'assurances ne veuille pas conclure de contrat avec environ un tiers de la population jeune<sup>63</sup>.

Cependant, dans d'autres cas de figure, le preneur d'assurance peut être tenu d'apporter la preuve du contraire, en d'autres termes démontrer que le fait non déclaré est insignifiant. Cette répartition du fardeau de la preuve ne tient pas compte du fait qu'en réalité, seul l'assureur est en possession des informations susceptibles d'établir la preuve du contraire, puisqu'il est le seul à connaître ses tarifs et directives internes relatives à la souscription des propositions d'assurance<sup>64</sup>. Par exemple, si une directive interne de l'assureur prévoit qu'une réserve de santé doit être émise en cas de douleurs dorsales ayant conduit à des arrêts de travail *répétés* au cours des cinq dernières années, le preneur d'assurance ayant omis de déclarer un unique arrêt de travail en raison d'un mal de dos pourrait difficilement prouver que cette omission porte sur un fait insignifiant, faute de connaître le contenu de la directive.

Dans de tels cas où la preuve ne peut que difficilement être apportée, la jurisprudence impose habituellement à la partie déchargée du fardeau de la preuve une obligation de collaborer. Si cette dernière n'est pas satisfaite, le juge doit en tenir compte dans l'appréciation des preuves. Le défaut de collaboration n'emporte pas de renversement du fardeau de la preuve mais peut, comme présomption de fait, servir à démontrer que les allégations de la partie qui supporte le fardeau de la preuve sont fondées<sup>65</sup>.

FUHRER est d'avis que ces règles devraient également s'appliquer en ce qui concerne le renversement de la présomption de l'art. 4 LCA, à tout le moins s'agissant des affaires de masse<sup>66</sup>. Selon cet auteur, l'assureur est tenu de produire ses tarifs et directives internes relatives à la souscription des propositions d'assurance, si le preneur qui se prévaut du caractère insignifiant de l'omission le requiert et que cela paraisse justifié: «*Es müsste dann genügen, dass der Versicherungsnehmer*

*die Erheblichkeit substantiiert bestreitet und die Mitwirkung des Versicherers durch Edition seiner Tarife und Zeichnungsrichtlinien verlangt. Kommt der Versicherer dieser Aufforderung nach, so lässt sich die Erheblichkeit einfach prüfen. Verweigert er die Mitwirkung, so wäre im Lichte der zitierten Rechtsprechung die Behauptung der Unerheblichkeit als bewiesen anzunehmen.*»<sup>67</sup>

En l'état, le Tribunal fédéral considère simplement que pour admettre le renversement de la présomption, on ne saurait se montrer trop exigeant<sup>68,69</sup>.

### 3. *Mention expresse de la question à l'origine de la réticence*

Dans un arrêt de principe datant de 2003, le Tribunal fédéral a déclaré que l'assureur résilie valablement le contrat si, dans le délai de l'art. 6 LCA, il fait expressément état de la question à l'origine de la réticence du preneur<sup>70</sup>. Toutefois, dans un arrêt du 21 novembre 2006 non destiné à la publication, il a quelque peu assoupli cette exigence en déclarant qu'il suffit que le preneur puisse déterminer si la résiliation du contrat intervient sur le fondement d'une réticence<sup>71</sup>.

Afin de mieux comprendre les nuances apportées par le Tribunal fédéral sur cette question, il est utile d'examiner de plus près l'arrêt précité ainsi qu'un autre arrêt de 2013<sup>72</sup> reprenant les principes de l'ATF 129 III 713.

– Dans le cas de l'arrêt du 21 novembre 2006, le preneur d'assurance avait rempli un questionnaire de santé en 2001, répondant par la négative à la question «*Etes-vous actuellement malade ou en incapacité de travail partielle ou complète*» ainsi qu'à la question «*Etes-vous actuellement en traitement*?». La proposition avait ensuite été acceptée par l'assureur et une police d'assurance LCA établie. En 2003, l'assuré a demandé à l'assureur LCA la prise en charge d'une psychothérapie. Quelques jours plus tard, l'assureur a adressé une demande de renseignements complémentaires au médecin traitant de l'assuré, lequel a répondu que ce dernier souffrait d'une dépression et qu'il était en traitement depuis 2000 à raison d'une fois par semaine. Sur cette base, l'assureur a déclaré, dans les 4 semaines, supprimer toutes les assurances complémentaires avec effet rétroactif au début du contrat et réclamé le remboursement des prestations déjà versées au motif que l'assuré avait commis une réticence. Suite à un recours interjeté à l'encontre de l'arrêt du Tribunal cantonal – qui avait donné tort à l'assureur, dans la mesure où celui-ci n'avait pas précisé à quelle question l'assuré aurait répondu de manière inexacte –

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> ATF 136 III 334.

<sup>69</sup> À relever que l'art. 15 du projet de révision totale de la LCA, rejeté par le Parlement, prévoyait que le preneur d'assurance n'aurait plus à fournir la preuve difficile du caractère insignifiant d'un fait; selon ce projet, il revenait au contraire à l'assureur d'en prouver l'importance en cas de litige (FF 2011 7199).

<sup>70</sup> ATF 129 III 713.

<sup>71</sup> BRULHART (n. 9), N 474, 215, et arrêt du TF 5C.134/2006 du 21 novembre 2006.

<sup>72</sup> Arrêt du TF 4A\_289/2013 du 10 septembre 2013.

<sup>62</sup> ATF 136 III 334 consid. 2.4, cité in arrêt du TF 4A\_150/2015 du 29 octobre 2015 consid. 4.

<sup>63</sup> ATF 136 III 334 consid. 2.4.

<sup>64</sup> FUHRER (n. 2), N 6.130, 150.

<sup>65</sup> *Idem*, 151, et la référence citée.

<sup>66</sup> *Ibidem*.



notre Haute Cour avait pour sa part considéré que l' « on ne pourrait pas reprocher à [l'assureur] de ne pas avoir décrit de manière circonstanciée le fait important non déclaré, pour n'avoir pas mentionné la question qui a fait l'objet d'une réponse inexacte, car les circonstances du cas d'espèce seraient trop différentes de celles qui ont donné lieu à l'ATF 129 III 713. En effet, dans sa réplique du 12 septembre 2005, la demanderesse a énuméré un par un, année après année, les traitements tus par le défendeur, en indiquant le montant facturé pour chaque prestation. Certes, elle n'a pas mentionné explicitement sous quelle question le défendeur aurait dû déclarer chacun des traitements ainsi énumérés, mais grâce à la description faite, tout un chacun pouvait sans peine savoir de quelles questions il s'agissait. Ce serait dès lors faire preuve de formalisme excessif que de reprocher à la demanderesse de n'avoir pas expressément mentionné la ou les questions auxquelles le défendeur n'a pas répondu correctement. »

- Quant à l'arrêt 4A\_289/2013 du 10 septembre 2013, il s'appuie sur les considérations de l'ATF 129 III 713 selon lesquelles l'assureur est en principe tenu de faire expressément état de la question à l'origine de la réticence du preneur. Dans ce cas, l'assurée avait répondu affirmativement aux trois premières questions posées dans le questionnaire de santé annexé à la proposition d'assurance, respectivement libellées: « Souffrez-vous ou avez-vous souffert de maladies et celles-ci ont-elles été constatées par un médecin et/ou avez-vous reçu un traitement thérapeutique? Présentez-vous des séquelles d'une maladie ou d'un accident, souffrez-vous de troubles congénitaux (prière de joindre la décision de l'AI), ou avez-vous déjà subi une intervention chirurgicale? », « Une visite médicale ou un traitement thérapeutique sont-ils prévus? » et « Au cours des 12 derniers mois, avez-vous été en traitement chez un médecin, un psychiatre, un psychologue, un physiothérapeute, un naturopathe ou toute autre personne exerçant une activité dans le domaine médical? » Dans la rubrique intitulée « Renseignements complémentaires pour les questions auxquelles vous avez répondu par l'affirmative », l'assurée avait précisé souffrir de maux de têtes passagers depuis juillet 2008, n'être pas complètement guérie et être suivie par le Dr A. Ce questionnaire a été signé par l'assurée le 11 octobre 2008 et l'assureur a accepté la proposition d'assurance-maladie complémentaire LCA, sans réserve, le 16 octobre 2008. Suite à une demande de prise en charge du médicament « Rebif » en 2009, l'assureur a appris que l'assurée avait subi une hospitalisation de deux jours en juillet 2008, lors de laquelle une maladie démyélinisante avait été suspectée par le neurologue, sans que tous les critères diagnostics ne fussent remplis. Le diagnostic de « céphalées et hyposensibilité faciale gauche sur phénomène inflammatoire du système nerveux central, 1<sup>er</sup> épisode » avait alors été retenu. Le médecin n'avait parlé à l'assurée que d'une maladie inflammatoire, et non d'une sclérose en plaques. Ce n'est qu'en décembre 2008, suite à une nouvelle poussée, qu'un diagnostic avait pu être posé avec certitude et que l'assurée avait été informée de manière certaine qu'elle était atteinte de sclérose en plaques. L'assureur a résilié le contrat d'assurance-maladie complémentaire dans le délai de quatre semaines de l'art. 6 LCA, en reprochant à l'assurée de n'avoir pas mentionné son hospitalisation du mois de juillet 2008 et d'avoir déclaré uniquement qu'elle souffrait de maux de tête passagers, omettant de la sorte un fait important qu'elle connaissait au moment

de la proposition. Le Tribunal fédéral a toutefois considéré qu'il appartenait à l'assureur de mentionner la ou les questions de la proposition où il voyait une réticence dans la ou les réponses apportées par la recourante. À défaut de l'avoir fait, la déclaration de résiliation ne répondait pas aux exigences légales et jurisprudentielles.

Comme l'illustrent les arrêts du Tribunal fédéral précités, le critère déterminant en faveur d'une application stricte de la jurisprudence de l'ATF 129 III 713 a trait à la bonne foi – à tout le moins supposée – du preneur d'assurance. S'il apparaît clairement que ce dernier était conscient de la fausseté, de l'inexactitude ou de l'incomplétude de ses réponses au moment de remplir le questionnaire de santé et que (après s'être vu résilier son contrat d'assurance) il peut identifier sans peine la ou les questions auxquelles il n'a pas répondu correctement au vu de la déclaration de réticence, la jurisprudence considère que ce serait faire preuve de formalisme excessif que de reprocher à l'assureur de n'avoir pas expressément mentionné la ou les questions auxquelles des réponses incorrectes ont été données. Cette exception est toutefois appliquée de manière restrictive par la jurisprudence, si bien qu'il est impératif pour l'assureur de décrire de manière circonstanciée le fait important non déclaré et de mentionner la question qui a fait l'objet d'une réponse inexacte.

#### 4. Libération de la prestation d'assurance – art. 6 al. 3 LCA

En cas de réticence, la prestation d'assurance reste en principe due. Toutefois, en vertu de l'art. 6 al. 3 LCA, si le fait concerné a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre, l'obligation de l'assureur s'éteint également pour les sinistres déjà survenus. En d'autres termes, une relation de causalité adéquate entre le fait tu ou inexactement déclaré et le dommage est nécessaire pour que l'assureur puisse refuser sa prestation.

Exemples de lien de causalité donné<sup>73</sup>:

- Le fait d'avoir tu des précordialgies lors de la conclusion d'une assurance perte de gain en cas de maladie, alors que l'état de santé qui a déterminé la perte de gain est la conséquence d'une opération inévitable due à cette affection.
- Le fait d'avoir omis de déclarer des taux très élevés de cholestérol de même qu'une dégénérescence graisseuse du foie, en cas d'infarctus subséquent.

Exemples de lien de causalité manquant<sup>74</sup>:

- Le fait d'avoir omis de mentionner des assureurs, des refus ou des sinistres antérieurs.
- Le fait d'avoir tu l'existence d'autres contrats d'assurance portant sur le même risque.
- Le fait d'avoir omis de déclarer une arthrose, en cas d'incapacité de gain due à un infarctus.

<sup>73</sup> Cf. FUHRER (n. 2), N 6.154, 156.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

Comme mentionné plus haut, l'obligation de déclaration du preneur d'assurance porte également sur les circonstances indicielles (*indizierende Umstände*) permettant de tirer des conclusions quant à l'existence de facteurs de risque (par ex.: visites chez le médecin, séjours à l'hôpital)<sup>75</sup>. Du point de vue de la causalité adéquate, la question se pose de savoir si l'assureur peut se prévaloir du fait que le preneur a tu ou inexactlyement déclaré de telles informations. La doctrine est d'avis que la causalité doit être comprise largement<sup>76</sup>.

Exemple: un preneur d'assurance, à l'occasion de la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie, a répondu par la négative à la question de savoir s'il avait subi un traitement hospitalier dans les cinq dernières années. En réalité, il avait été hospitalisé deux ans plus tôt en raison d'un infarctus. Après la conclusion du contrat d'assurance, il décède d'un second infarctus. Dans un tel cas, l'assureur est en mesure de prouver que s'il avait répondu correctement à la question précitée, le preneur aurait été invité à remplir un questionnaire complémentaire prévoyant des questions explicites sur les éventuelles cardiopathies. Par conséquent, une déclaration correcte desdites circonstances indicielles (*indizierende Umstände*) aurait amené l'assureur à la découverte du fait directement en rapport avec la survenance du dommage. Comme le lien de causalité entre ce fait et la mort du preneur d'assurance est manifeste, l'assureur est libéré de son obligation de prester<sup>77</sup>.

Selon la réglementation en vigueur, une causalité partielle suffit à justifier une libération complète de l'obligation de servir les prestations – ce qui a été critiqué (avec raison) en doctrine<sup>78, 79</sup>.

La sanction attachée à la réticence est également encourue si l'ayant droit à la prestation d'assurance n'est pas le preneur, mais un bénéficiaire ou un tiers assuré<sup>80</sup>. La question de savoir auprès de qui – du preneur ou du tiers – l'assureur a le droit de réclamer le remboursement des prestations déjà versées au tiers est débattue en doctrine<sup>81</sup>.

Enfin, il est possible qu'un contrat soit déjà résilié lors de la découverte d'une réticence, par exemple après la mort du preneur dans le cas d'une assurance sur la vie. Dans ce cas, l'art. 6 LCA doit être appliqué par analogie, en ce sens que l'assureur dispose d'un délai de quatre semaines pour communiquer son refus de verser les prestations pour les dommages déjà encourus dont

la survenance ou l'étendue ont été influencés par le fait tu ou inexactlyement déclaré<sup>82</sup>.

#### 5. Ancien droit en vigueur jusqu'en 2005 et droit transitoire

L'art. 6 aLCA, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005, avait la teneur suivante: «*Si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactlyement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance la réticence.*» Cette disposition permettait à l'assureur, en cas de réticence, de résoudre le contrat (avec effet rétroactif) et de refuser ses prestations pour un sinistre déjà survenu, même si celui-ci était sans rapport avec le fait qui constituait l'objet de la réticence<sup>83</sup>. Les conséquences de la réticence pouvaient être extrêmement sévères puisque l'assuré n'avait plus de garantie d'assurance et que le sinistre déclaré n'était pas couvert. Du fait de la rigueur de la sanction, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne fallait admettre l'existence d'une réticence qu'avec la plus grande retenue<sup>84</sup>.

À souligner que l'importance pratique de cette disposition est toujours d'actualité puisque, en application des règles générales du droit transitoire, l'ancien droit régit tous les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006<sup>85</sup>.

#### 6. Les exceptions: art. 8 LCA, 27 ss CC et 7 LCA (assurance collective)

L'art. 8 LCA énonce certaines situations dans lesquelles le contrat est maintenu malgré la réticence. Sa teneur est la suivante:

«*Malgré la réticence (art. 6), l'assureur ne pourra pas résilier le contrat:*

1. *si le fait qui a été l'objet de la réticence a cessé d'exister avant le sinistre;*
2. *si l'assureur a provoqué la réticence;*
3. *si l'assureur connaissait ou devait connaître le fait qui n'a pas été déclaré;*
4. *si l'assureur connaissait ou devait connaître exactement le fait qui a été inexactlyement déclaré;*
5. *si l'assureur a renoncé au droit de résilier le contrat;*

<sup>75</sup> Voir supra, n. 20.

<sup>76</sup> FUHRER (n. 2), N 6.162, 158, et BRULHART (n. 9), N 500, 227 (n. 524).

<sup>77</sup> FUHRER (n. 2), N 6.163, 158.

<sup>78</sup> *Idem*, N 6.156, 156.

<sup>79</sup> L'art. 6 al. 3 du projet de révision partielle de la LCA, en consultation jusqu'au 27 octobre 2016, tient compte de ces critiques puisqu'il prévoit que la libération ne pourra dépasser le lien de causalité entre la réticence et l'obligation de l'entreprise d'assurance de servir ses prestations (voir la version allemande). Selon le rapport explicatif du Conseil fédéral, cette modification «permet d'établir le principe évident selon lequel l'entreprise d'assurance doit supporter le risque conformément à l'ampleur qui a été déclarée et qu'elle a acceptée».

<sup>80</sup> BRULHART (n. 9), N 500, 226.

<sup>81</sup> FUHRER (n. 2), N 6.157 ss, 157.

<sup>82</sup> *Idem*, N 6.161 ss, 158.

<sup>83</sup> ATF 111 II 388.

<sup>84</sup> ATF 118 II 333 consid. 2b et les références, cité in arrêt du TF 9C\_471/2015 du 11 mars 2016 consid. 5.3.

<sup>85</sup> Cf. art. 1 I Titre final du Code civil et BRULHART (n. 9), N 500, 227 et s.; selon cet auteur, il semble que la plupart des compagnies aient choisi d'appliquer les nouvelles normes aux anciens contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006; il n'empêche que les assureurs sont libres de se prévaloir l'art. 6 aLCA, par exemple afin de dissuader le preneur de procéder ou de le pousser à accepter une solution transactionnelle.

6. *si celui qui doit faire la déclaration ne répond pas à l'une des questions posées et que, néanmoins, l'assureur ait conclu le contrat. Cette règle ne s'applique pas lorsque, d'après les autres communications du déclarant, 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 que le déclarant connaissait ou devait connaître.* »

Le ch. 1 de l'art. 8 – dont la portée résiduelle est incertaine – aurait dû être supprimé lors de la révision partielle de 2004<sup>86</sup>. Compte tenu de sa moindre importance pratique, en particulier dans le domaine de l'assurance de personnes, un développement est ici superflu.

L'art. 8 ch. 2 exclut les conséquences de la réticence lorsque cette dernière a été provoquée par l'assureur. Selon la jurisprudence, cette disposition est en particulier applicable lorsque l'assureur, respectivement son agent, ne s'est pas suffisamment conformé à son devoir de renseigner<sup>87</sup>. Par exemple, si l'agent déclare au proposant que les questions ne sont que de simple routine sans importance, tout en insistant pour que l'affaire soit liquidée rapidement, il éveille le sentiment que ces questions ne sont pas déterminantes, mais qu'elles ne servent qu'à obtenir des renseignements préliminaires destinés à être complétés; en agissant de la sorte, il provoque la réticence<sup>88</sup>.

À noter que si l'assureur confie le soin de remplir le questionnaire portant sur les déclarations obligatoires à un médecin, ce dernier occupe une position identique à celle d'un agent chargé par l'assureur d'une telle mission. Par conséquent, l'assureur est tenu de répondre des éventuelles fautes commises par le médecin dans l'accomplissement de cette tâche<sup>89</sup>. Cas échéant, la responsabilité du médecin peut être engagée.

Selon les ch. 3 et 4 de l'art. 8, le preneur est libéré des conséquences de la réticence lorsque l'assureur connaissait ou devait connaître (exactement) le fait qui n'a pas été déclaré (ou qui a été inexactement déclaré). Cette règle s'applique par exemple lorsque l'assureur a eu connaissance du fait non déclaré (ou inexactement déclaré) dans le contexte d'une relation contractuelle préexistante. À souligner que l'assureur doit se laisser opposer la connaissance de faits importants pour l'appréciation du risque que possède son agent contractant (agent stipulateur)<sup>90</sup>. Cela n'est pas applicable dans le cas d'un simple agent démarcheur ou négociateur<sup>91</sup>.

L'art. 8 ch. 5 ne revêt pas une importance pratique particulière. En effet, même sans cette règle, rien n'empêcherait l'assureur de renoncer, par avance ou pendant le délai de préemption de quatre semaines de l'art. 6 al. 2, à invoquer la réticence.

À l'inverse, l'art. 8 ch. 6 est d'une grande importance pratique. Si le preneur ne répond pas à une question, il n'aura pas à en supporter de conséquences négatives (*Schweigen ist nicht Lügen*)<sup>92</sup>. Si l'assureur accepte la proposition, il est réputé avoir renoncé à son droit de poser des questions. Une acceptation de la proposition et l'envoi simultané d'une demande d'éclaircissements n'est pas possible<sup>93,94</sup>.

En sus des exceptions listées à l'art. 8 LCA, le preneur d'assurance peut se libérer des conséquences de la réticence en invoquant un «droit au mensonge par nécessité» («Lügennotwehr») fondé sur une violation de ses droits de la personnalité (art. 27 ss CC)<sup>95</sup>. Par exemple, une question de l'assureur concernant l'orientation sexuelle du preneur est illicite dans la mesure où elle porte atteinte à la personnalité de ce dernier. Une réponse incorrecte du preneur ne doit donc pas lui être préjudiciable. Cette règle s'applique tant qu'il n'y a pas de connexité entre l'information demandée et le fait important pour l'appréciation des risques. Par contre, l'assureur peut librement demander au preneur s'il a déjà subi un test HIV ou de dépistage de l'hépatite.

S'agissant de l'assurance collective, l'art. 7 LCA prévoit que lorsque le contrat est relatif à plusieurs personnes et que la réticence n'en concerne que quelques-unes, l'assurance reste en vigueur pour les autres s'il résulte des circonstances que l'assureur les aurait assurées seules aux mêmes conditions. L'exemple le plus ordinaire est celui d'une assurance perte de gain en cas de maladie qui impose un questionnaire de santé aux personnes à assurer. Si l'une de ces personnes commet une réticence, l'assureur ne pourra pas résilier le contrat pour les autres.

### 7. Sort de la prime

L'ancien système de l'indivisibilité prévoyait que l'assureur conservait le droit à un paiement intégral de la

<sup>86</sup> FUHRER (n. 2), N 6.28 ss, 123 ss.

<sup>87</sup> *Idem*, N 6.37, 125, et la référence citée.

<sup>88</sup> BRULHART (n. 9), N 481, 218.

<sup>89</sup> *Idem*, 219, et ATF 108 II 550.

<sup>90</sup> BRULHART (n. 9), N 483, 219 et s.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> FUHRER (n. 2), N 6.39, 126.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> La seconde phrase du ch. 6 est supprimée dans le projet de révision partielle de la loi sur le contrat d'assurance, en consultation jusqu'au 27 octobre 2016. Selon le rapport explicatif du Département fédéral des finances, cette suppression a pour but d'harmoniser la règle avec l'art. 6 al. 1, qui, pour assurer la sécurité juridique, limite clairement les conséquences de la réticence aux réponses apportées aux questions posées par l'assureur.

<sup>95</sup> FUHRER (n. 2), N 6.25 ss, 123.

prime, même dans le cas d'une période de couverture très courte<sup>96</sup>.

Depuis la révision partielle de la LCA, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, l'art. 24 al. 1 LCA consacre le principe de la divisibilité de la prime. Ainsi, si un contrat conclu pour une durée d'un an est résilié après six mois, l'assureur devra restituer au preneur la moitié de la prime<sup>97</sup>. L'application de cette disposition en matière de réticence est appropriée, dans la mesure où l'assureur ne supporte pas le risque postérieur à la fin du contrat<sup>98</sup>.

En cas de réticence, l'assureur peut librement renoncer à résilier le contrat et décider d'une augmentation de la prime afin de l'adapter au risque effectif. Une telle adaptation du contrat suppose toutefois une acceptation de la part du preneur d'assurance. Au cas où ce dernier refuserait l'augmentation de la prime, sans que le contrat n'ait été résilié dans le délai de quatre semaines de l'art. 6 al. 2 LCA, l'assureur se verrait contraint de couvrir le risque aux conditions prévalant jusque-là. Par conséquent, l'assureur prudent résilierait préventivement le contrat dans les quatre semaines dès la découverte de la réticence, tout en proposant simultanément un nouveau contrat au preneur<sup>99</sup>.

#### D. Le dol (art. 28 CO)

Selon une jurisprudence datant de 1992, les art. 4 à 8 LCA règlent complètement la réticence et ses conséquences, à l'exclusion des règles générales du CO<sup>100</sup>. Les dispositions de la LCA représentent donc une *lex specialis*, qui prévaut sur les règles générales concernant les vices de la volonté. Ce principe ne s'applique toutefois qu'aux vices de la volonté de l'assureur qui concernent un fait important pour l'appréciation du risque<sup>101</sup>. Dans les autres cas, les règles générales du CO sont applicables.

Selon la doctrine dominante, les règles de la LCA concernant la réticence priment également sur le dol (art. 28 CO).

Selon FUHRER, cette conception pouvait être admise sous l'empire de l'ancien droit (*i.e.* avant la révision de 2004), mais conduit actuellement à des résultats choquants. En effet, en application de l'ancien droit, le preneur qui trompait intentionnellement l'assureur tout comme celui qui agissait par négligence perdaient leur protection d'assurance avec effet *ex tunc*. À l'inverse, selon le nouveau droit, la protection d'assurance est maintenue pour les dommages qui ne présentent

pas de lien de causalité avec les faits non déclarés ou inexactlyement déclarés. Cette réglementation est justifiée pour le preneur qui a commis une simple négligence. Par contre, il n'y a aucune raison de placer l'assureur dans une situation plus défavorable à l'égard du preneur d'assurance qui a agi par dol qu'il ne le serait en application du CO. L'assureur doit avoir la possibilité de se séparer d'un tel partenaire contractuel avec effet *ex tunc*, en particulier parce qu'il représente en lui-même un risque nettement plus élevé. FUHRER propose par conséquent que l'assureur puisse se prévaloir de l'art. 28 CO dans le délai d'une année à partir du moment où le dol a été découvert<sup>102</sup> – ce qui implique aussi que les exceptions de l'art. 8 LCA ne soient pas applicables<sup>103</sup>. Cette conception doit être suivie en cas de tromperie qualifiée, dans la mesure où la malhonnêteté du preneur d'assurance ne saurait être protégée.

L'application de l'art. 28 CO est également possible lorsque le preneur d'assurance donne des renseignements inexacts sur ses intentions futures. En effet, la déclaration des risques selon l'art. 4 LCA ne vise que les faits existants au moment de l'acceptation de la proposition d'assurance. La réticence ne peut donc pas concerner des faits futurs. Si la situation de fait se modifie après la conclusion du contrat, les règles concernant l'aggravation du risque s'appliquent<sup>104</sup>. Néanmoins, il arrive que des questions contenues dans les propositions d'assurance se rapportent à un état de fait futur. Si le preneur d'assurance donne sciemment des réponses inexacts concernant ses intentions (il déclare par exemple qu'il n'exercera pas de profession avec ports de charge réguliers de plus de 15 kilos, alors qu'il projette de travailler comme ouvrier dans le domaine de la construction), l'assureur pourra se prévaloir de l'art. 28 CO.

#### E. La nullité du contrat (art. 9 LCA)

Indépendamment de la question de savoir si le preneur a fait ou non de fausses ou d'inexactes déclarations de santé, l'assureur peut se prévaloir de la nullité du contrat si le sinistre est déjà survenu au moment de la conclusion du contrat, conformément à l'art. 9 LCA.

Cette règle est l'expression légale du principe général en vertu duquel il n'est pas possible d'assurer un risque qui s'est déjà réalisé. Le risque à assurer doit nécessairement porter sur un événement futur. Si celui-ci s'est déjà réalisé, la réalisation future du risque n'est plus possible. Un effet rétroactif de la couverture d'assurance et la prise en charge d'un risque déjà réalisé n'est pas admissible, même si le dommage survient après la conclusion du contrat. Le moyen tiré de l'art. 9 LCA

<sup>96</sup> BRULHART (n. 9), N 555, 250.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> FUHRER (n. 2), N 6.165, 159.

<sup>99</sup> FUHRER (n. 2), N 6.166, 159.

<sup>100</sup> ATF 118 II 333 consid. d, 341.

<sup>101</sup> FUHRER (n. 2), N 6.109, 142.

<sup>102</sup> Cf. art. 31 CO.

<sup>103</sup> FUHRER (n. 2), N 6.110, 142 et s.

<sup>104</sup> Art. 28 LCA.

rend le contrat nul même si les parties ne savaient pas, au moment de la conclusion, que le sinistre était déjà réalisé<sup>105</sup>. Il ne s'agit pas d'un droit formateur (à l'instar de la réticence), mais d'une sanction que le juge doit appliquer d'office si les conditions en sont réunies. Cette disposition revêt en effet un caractère absolument impératif, en vertu de l'art. 97 al. 1 LCA.

Les conséquences de cette règle peuvent être sévères. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que si une maladie s'est déjà déclarée, il n'est pas possible de l'assurer, même si elle ne se manifeste plus au moment de la conclusion du contrat, lorsque des rechutes ultérieures en apparaissent comme une évolution normale<sup>106</sup>. La même solution s'applique en cas de rechutes ou problèmes de santé consécutifs à un accident survenu avant la conclusion du contrat<sup>107</sup>.

Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine dans la mesure où elle peut conduire à des résultats inconséquents, par exemple un empêchement pour une multitude de personnes de conclure de nouveaux contrats d'assurance-maladie privée<sup>108</sup>. Il est par ailleurs choquant d'opposer la nullité du contrat à un preneur qui

a pris la peine d'annoncer à l'assureur les détails de sa situation de santé<sup>109</sup>. De plus, cette conception est peu compatible avec les progrès de la technologie génétique, en ce sens que les maladies imputables à une défectuosité génétique ne seraient plus assurables, à tout le moins lorsqu'elles se sont déjà manifestées une fois<sup>110</sup>.

Tenant compte de ces critiques, le Tribunal fédéral a relativisé sa jurisprudence dans un arrêt ultérieur<sup>111</sup>. Il a considéré qu'elle n'est pas applicable au cas d'une personne ayant conclu une assurance contre la perte de gain en cas de maladie, lorsque la maladie n'a pas entraîné d'incapacité de gain jusqu'au moment de la conclusion du contrat d'assurance. Il y a lieu de préciser que la maladie en question n'avait pas été diagnostiquée, et n'était pas connue de l'assuré au moment de la conclusion du contrat. Les juges fédéraux ont conclu que l'assureur avait simplement accepté de conclure un contrat couvrant un risque qui s'est révélé être « mauvais » par la suite, et qu'il ne pouvait se libérer de ses obligations contractuelles en invoquant la nullité du contrat.<sup>112</sup>

*Suite dans HAVE/REAS 3/2017*

<sup>105</sup> ATF 127 III 21 consid. 2b/aa, 23; cf. ég. arrêts du TF 4A\_580/2011 du 2 avril 2012 et 5C.45/2004 du 9 juillet 2004 consid. 2.1.2.

<sup>106</sup> ATF 127 III 21 et arrêt du TF 4A\_39/2009 du 7 avril 2009 consid. 3.5.2.

<sup>107</sup> Arrêt du TF 5C.45/2004 du 9 juillet 2004.

<sup>108</sup> HANS PETER WALTER, Rückwärtsversicherung und Unmöglichkeit des Versicherungsfalles, in: Anton K. Schnyder/Stephan Weber (éds), Totalrevision VVG, Zurich/Bâle/Genève 2006, 53 ss, cité in arrêt du TF 4A\_535/2015 du 1<sup>er</sup> juin 2016 consid. 5.1.2.

<sup>109</sup> BRULHART (n. 9), N 427, 189 et les références citées.

<sup>110</sup> Arrêt du TF 4A\_535/2015 du 1<sup>er</sup> juin 2016 consid. 5.1.2, et les références citées.

<sup>111</sup> ATF 136 III 334 consid. 3, 340.

<sup>112</sup> À noter que l'art. 10 du projet de révision partielle de la LCA, en consultation jusqu'au 27 octobre 2016, tient compte des critiques émises par la doctrine. Cette disposition donne aux parties la possibilité de conclure une assurance rétroactive. L'al. 1 prévoit que « [l]es effets du contrat peuvent débiter à une date antérieure à celle de sa conclusion si un intérêt assurable existe ». L'avancement de la couverture serait notamment admis lorsque les parties ont déjà connaissance de la survenance précédente d'un sinistre et entendent sciemment anticiper le début des effets du contrat, ou lorsqu'elles ne savent pas précisément si un événement s'est déjà produit ou non. L'al. 2 dispose toutefois que « [l]'assurance rétroactive est nulle si seul le preneur d'assurance ou l'assuré savait ou devait savoir qu'un sinistre était déjà survenu ». Cette précision est nécessaire pour les situations dans lesquelles le preneur d'assurance n'a pas dû répondre à des questions concrètes avant de conclure le contrat (cf. rapport explicatif du DFF).