

## Assurances et gestion des risques Insurance and Risk Management

### Obligation de défendre : conflit d'intérêts de l'assureur

Guy Pepin

Volume 79, Number 3-4, 2011-2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1091880ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1091880ar>

[See table of contents](#)

#### Publisher(s)

Faculté des sciences de l'administration, Université Laval

#### ISSN

1705-7299 (print)

2371-4913 (digital)

[Explore this journal](#)

#### Cite this document

Pepin, G. (2011). Obligation de défendre : conflit d'intérêts de l'assureur. *Assurances et gestion des risques / Insurance and Risk Management*, 79(3-4), 335-362. <https://doi.org/10.7202/1091880ar>

#### Article abstract

This article deals with the obligation to defend in liability insurance and the conflict of interest of the insurer and comes from a speech given by Me Guy Pepin in February 2010 through a conference organized by Institut d'assurance de dommages du Québec.

The author, well known and experimented law practitioner, is reviewing and commenting court cases on these questions in a free-flow and intimist style without diminishing the rigour of his analysis.

More specifically:

1. About duty to defend: Nichols vs American Home; Scalera vs Non Marine Underwriters and Monenco vs Commonwealth Insurance Company
2. About conflict of interest: Martin vs Succession Macdonald and Gray; Cinar affair, Ville de Fermont vs Kevin Pelletier and Lombard Canada Inc. and Entreprises M. Bourget inc. vs Compagnie d'assurance Missisquoi.

## **Obligation de défendre : conflit d'intérêts de l'assureur**

**par Guy Pepin**

### **RÉSUMÉ**

Le présent article, issu d'une allocution de Me Guy Pepin, donnée en février 2010, traite de l'obligation de défendre en assurance de responsabilité et du conflit d'intérêts de l'assureur, dans le cadre d'une conférence organisée par l'Institut d'assurance de dommages du Québec.

L'auteur passe en revue divers jugements sur la question par des réflexions intimistes et à bâtons rompus, ce qui n'enlève rien à la rigueur de pensée et d'analyse, et qui démontre l'expérience et la maîtrise du praticien acquise au cours des ans.

Voici les deux thèmes :

1. L'obligation de défendre : l'arrêt Nichols c. American Home; l'arrêt Scalera c. Non Marine Underwriters; et l'arrêt Monenco c. Commonwealth Insurance Company.
2. Le conflit d'intérêts : l'arrêt Martin c. Succession Macdonald et Gray; l'affaire Cinar; l'arrêt Ville de Fermont c. Kevin Pelletier et Lombard Canada Inc. et l'arrêt Entreprises M. Bourget inc. c. Compagnie d'assurance Missisquoi.

### **ABSTRACT**

This article deals with the obligation to defend in liability insurance and the conflict of interest of the insurer and comes from a speech given by Me Guy Pepin in February 2010 through a conference organized by Institut d'assurance de dommages du Québec.

---

### **L'auteur :**

Me Guy Pepin, c.r., Ad.E., Bélanger Sauvé.

The author, well known and experimented law practitioner, is reviewing and commenting court cases on these questions in a free-flow and intimist style without diminishing the rigour of his analysis.

More specifically:

1. About duty to defend: *Nichols vs American Home*; *Scalera vs Non Marine Underwriters and Monenco vs Commonwealth Insurance Company*
2. About conflict of interest: *Martin vs Succession Macdonald and Gray*; *Cinar affair*, *Ville de Fermont vs Kevin Pelletier and Lombard Canada Inc.* and *Entreprises M. Bourget inc. vs Compagnie d'assurance Missisquoi*.

## I. L'OBLIGATION DE DÉFENDRE

### I.1 Arrêt *Nichols c. American Home*

Cette cause est vraiment la plaque tournante des principes applicables à l'obligation de défendre de l'assureur en matière d'assurance responsabilité.

Même si la Cour suprême du Canada a pris beaucoup de précautions par la suite pour justifier sa décision dans l'affaire *Nichols*, tout en la précisant dans les affaires *Scalera*, *Sansalone* et *Monenco*, j'ai toujours éprouvé un malaise avec la position adoptée par la Cour suprême depuis ma première lecture de l'arrêt *Nichols* en 1990.

D'entrée de jeu dans le résumé de la décision, la question posée par la Cour, est posée comme suit :

*« L'obligation de défendre est-elle régie par les actes de procédures ou par les faits révélés au procès ? »*

À mon point de vue cette question aurait dû être rédigée de la façon suivante : « l'obligation de défendre est-elle régie par les actes de procédures, par les faits révélés au procès **ou par l'enquête** ».

Ce n'est pas par pur plaisir que je prends contre-pied à l'égard de cette décision charnière de la Cour suprême du Canada, c'est plutôt pour nous faire prendre conscience que la discussion est loin d'être terminée sur l'étendue des obligations de l'assureur en matière d'obligation de défendre et en matière d'obligation d'indemniser.

Dans l'affaire qui nous occupe, *Nichols* et son associé *Servos*, deux avocats, étaient poursuivis par la Banque de Montréal au motif qu'ils avaient fraudé la banque en aidant d'autres défendeurs à transférer divers biens et sûretés de nature immobilière au détriment de la banque.

Nichols avait avisé son assureur de l'institution de cette action en responsabilité mais American Home répondit qu'il n'était tenu ni de le défendre ni de l'indemniser puisque il n'était accusé que d'une chose « un acte ou une omission malhonnête, frauduleux, criminel ou malicieux d'un assuré ».

Il y avait bien sûr dans la police une exclusion de couverture à tout acte ou omission malhonnête, frauduleux, criminel ou malicieux d'un assuré, étant précisé par contre qu'une telle exclusion ne s'appliquait pas à l'assuré qui n'était pas l'auteur d'un tel acte ou d'une telle omission.

Il est important de noter que tant la Cour suprême de l'Ontario que la Cour d'appel de la même province ont donné raison à l'assuré et ont condamné l'assureur à payer les frais de défense de celui-ci. Important aussi de souligner qu'au moment d'intenter son recours contre l'assureur pour le remboursement de ses frais de défense, la Banque de Montréal s'était désistée contre Nichols et son associé et avait dû payer une partie des dépens adjugés en faveur de Nichols et Servos. Nichols réclamait donc la différence entre ce que la Cour avait adjugé contre la Banque de Montréal en sa faveur et ce qui lui en avait réellement coûté.

A mon humble point de vue le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont fait preuve de beaucoup plus de réalisme dans l'interprétation d'une police d'assurance responsabilité professionnelle que ne l'a fait la Cour suprême du Canada. Madame la juge McLachlin qui n'était pas encore juge en chef à la Cour suprême du Canada résume d'ailleurs comme suit les conclusions de la Cour d'appel. Elle dit :

« La Cour d'appel a confirmé la décision (du tribunal de première instance). Elle a souligné de façon hypothétique qu'en l'absence de la clause d'exclusion les sommes réclamées constitueraient des dommages-intérêts et que si, dans les actes de procédures, on avait allégué subsidiairement la négligence, l'assuré aurait eu droit à une défense ». (p. 804)

Et un peu plus loin elle ajoute :

« Elle (la Cour d'appel) a semblé en définitive avoir conclu implicitement que ce n'était pas les allégations contenues dans les actes de procédures qui déterminaient l'existence d'une obligation de défendre l'assuré mais plutôt les actes établis au procès ». (p. 805)

Dans son exposé madame la juge McLachlin exprime son désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel par une lecture littérale de deux clauses de la police, la couverture qui réfère à la défense,

au règlement et aux paiements supplémentaires et l'exclusion de la police qui réfère à la commission d'un acte malhonnête, frauduleux, criminel ou malicieux de l'assuré.

Si son analyse fait preuve d'une application rigoureuse des règles d'interprétation d'un contrat, elle fait aussi preuve à mon point de vue d'une ignorance de la portée concrète d'une police d'assurance responsabilité et de son application au quotidien.

Qui, ainsi, avocat ou assureur ou expert en sinistres, n'a pas vu un seul dossier dans sa carrière où un tiers accuse un assuré de mauvaise foi, parfois pour mettre plus de pression dans l'espoir d'un règlement plus rapide, parfois avec l'intention carrément malicieuse de le priver de son contrat d'assurance et de restreindre son crédit, surtout dans les affaires commerciales.

Nous y reviendrons plus tard dans l'exposé mais disons tout de suite que la première obligation de l'assureur après réception d'un avis de sinistre ou d'un avis de réclamation en matière d'assurance responsabilité c'est de faire enquête.

Je vous avoue n'avoir pas vu beaucoup de cas dans mes 50 ans de pratique où un assuré qui avait jugé bon de donner avis de sinistre à son assureur a reconnu spontanément ou autrement avoir agi malhonnêtement ou frauduleusement envers un tiers.

A ce stade de l'enquête pourtant il ne me paraît faire aucun doute que devant un ensemble de versions contradictoires, l'assureur doit donner le bénéfice du doute à son assuré à moins d'une preuve accablante contre celui-ci. Il me semble donc qu'avant même la signification d'une action par le tiers, donc au stade de l'avis de sinistre ou de la réception d'une mise en demeure, l'assureur doit déjà avoir amorcé sa réflexion sur l'obligation qui pourrait être la sienne d'assumer la défense de l'assuré.

Si j'ai raison dans ma description du rôle de l'assureur dans une police de responsabilité, vous conviendrez avec moi que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Nichols c. American Home* ne correspond pas à la réalité quotidienne vécue dans les bureaux de courtage, chez les assureurs et dans les bureaux d'avocats de compagnies d'assurance.

Dans l'affaire *Nichols*, il me semble que contrairement aux tribunaux inférieurs, la Cour suprême n'a pas tenu compte d'une réalité concrète, soit entre autres, la possibilité pour le tiers d'amender ses procédures en tout temps avant jugement. Il me paraît évident que dans le cas *Nichols*, la Banque de Montréal s'est désistée tout simplement parce qu'elle s'est rendue compte qu'elle s'était trompée. Il me

paraît non moins évident que si un doute avait persisté, sur le plan pratique la banque n'aurait pas hésité à amender ses procédures pour alléguer que, s'il n'y avait pas eu fraude, il y avait eu négligence (légère, grave ou même grossière) et que l'assureur aurait dû alors changer sa décision, reconnaître son obligation de défendre et intervenir au dossier, selon les propos mêmes de madame la juge McLachlin dans l'arrêt *Nichols*. Or, madame la juge McLachlin trouve trop complexe un tel argument soulevé par l'avocat de Nichols et c'est pourtant l'argument qui avait sans doute prévalu devant le tribunal de première instance et la Cour d'appel.

Comme avocat de compagnies d'assurance, je suis donc d'avis que dans cette affaire madame la juge McLachlin a dit le droit à compter de 1990 au nom de la Cour suprême du Canada mais que la Cour suprême de l'Ontario et la Cour d'appel avaient fait preuve avant elle de beaucoup plus de réalisme dans le quotidien des assureurs.

C'est pourquoi j'ai toujours eu des réserves d'appliquer à la lettre cette décision en matière d'obligation de défendre et j'ai toujours préféré m'en tenir à la bonne vieille méthode du bénéfice du doute accordé à l'assuré dont je vous entretiendrai plus tard dans mon exposé.

En somme, je ne puis me résoudre à admettre comme l'a fait la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nichols* que le sort de l'assuré, que sa relation contractuelle avec son assureur et que la prime qu'il a payée en échange d'une protection sont entre les mains exclusives du tiers qui le poursuit pour déterminer si oui ou non il a droit à une défense dans la cause intentée par ce tiers.

Remarquez que la position de la Cour ici est néanmoins fondée sur un préjugé favorable à l'assuré. La Cour semble croire qu'en général les allégations du tiers sont susceptibles d'être plus larges, plus favorables à l'assuré ... Ce qui a fait dire à une de mes clientes « it proves that even a bad decision can bring good results » et à mon patron « bad facts make bad law ».

Ce qui m'amène à l'arrêt *Scalera*.

## **1.2 Arrêt *Scalera c. Non Marine Underwriters***

Je ne crois pas être le seul avocat d'assurance qui ait exprimé des réserves à l'égard de l'arrêt *Nichols*. Vous avez cependant probablement entendu une majorité de mes collègues vous dire que les silences de l'arrêt *Nichols* avaient été comblés par l'arrêt *Scalera* et que les ambiguïtés et la confusion de l'arrêt *Nichols* avaient été totalement clarifiées par l'arrêt *Scalera*.

Je n'en suis pas convaincu. J'admets que l'arrêt *Scalera* apporte des explications et des nuances que l'on ne retrouve pas dans l'arrêt *Nichols*. Mais il faut bien convenir que l'évidence de l'application de l'exclusion de l'acte intentionnel est drôlement plus claire dans l'arrêt *Scalera* que dans l'arrêt *Nichols*. Dans *Nichols* comme dans *Scalera*, il y a exclusion pour la fraude, l'acte intentionnel, l'acte criminel, etc.

La négligence peut dans certaines circonstances être perçue comme un acte coupable, un acte intentionnel par exemple de cacher quelque chose à quelqu'un, en somme à un acte malicieux ou à une fraude. C'est pourquoi la conclusion d'exclure la garantie et par voie de conséquence l'obligation de défendre, ne peut se faire sans une enquête approfondie de la part de l'assureur, enquête qui évidemment va beaucoup plus loin que les allégations d'un acte de procédure préparé par le tiers.

Dans les agressions sexuelles au contraire, il ne faut pas une grande enquête pour analyser la garantie de la police et l'éventuelle obligation de défendre ou de ne pas défendre.

Avant même de recevoir l'action en dommages, l'assureur aura rencontré l'assuré, il lui aura posé une question simple et directe : a-t-il eu des rapports sexuels avec la réclamante ?

Si la réponse est oui, la garantie d'assurance ne peut s'appliquer puisqu'il s'agit d'un acte intentionnel, qu'il soit consensuel ou pas. Cet acte ne peut donc constituer un accident pas plus que le dommage qui en résulte, puisque l'assuré a agi en toute connaissance de cause.

Si la réponse est non, il ne pourra y avoir amendement pour une offense inférieure comparable à de la négligence. Il y aura eu agression sexuelle ou il n'y aura pas eu agression sexuelle et dans un cas comme dans l'autre, il sera évident au départ que la garantie d'assurance, l'obligation d'indemniser ne peut être enclenchée et par voie de conséquence l'obligation de défendre ne peut pas l'être davantage.

C'est ce qui est arrivé dans *Scalera*.

Il s'agit d'une cause complexe dans laquelle effectivement la discussion de la Cour s'étale sur près de 75 pages dont une bonne soixantaine de pages traitent des délits de nature sexuelle en profondeur et en détail avec moult nuances et qui sont d'un intérêt indéniable pour les avocats criminalistes mais qui le sont beaucoup moins pour notre propos. En somme, dans l'arrêt *Scalera*, la conclusion s'impose d'elle-même même pour ceux qui n'ont pas une connaissance approfondie des critères de notre droit en matière d'agression sexuelle à quelque niveau que ce soit.

Ceci dit, il s'agit d'une cause très intéressante où la partie de l'arrêt qui nous intéresse se retrouve dans les notes de monsieur le juge Iacobucci.

Aussi intéressantes que soient les notes de madame la juge McLachlin (qui avait écrit la décision *Nichols* pour la Cour), son désaccord avec le juge Iacobucci porte exclusivement sur l'interprétation des actes à caractère sexuel et leurs répercussions sur l'intention ou non d'infliger un préjudice à la victime. En somme sa préoccupation porte sur le caractère consensuel de la relation sexuelle dans le cas d'une jeune fille de 14 à 18 ans ayant des relations sexuelles avec des hommes d'âge mûr, puisque, comme il en est traité abondamment dans l'arrêt, il n'y a pas de dommage à l'encontre d'un acte sexuel consensuel, c'est-à-dire consenti par la demanderesse (la victime). Or, pour madame la juge McLachlin le seul fait de se prêter à l'acte sexuel ne signifie pas que la victime était consentante. Ce n'est pas à elle d'autre part à faire la preuve de l'absence de son consentement. C'est sur cette nuance que madame la juge McLachlin exprime son désaccord avec le juge Iacobucci.

Madame la juge McLachlin et ses collègues se rallient toutefois à l'opinion du juge Iacobucci sur l'interprétation à donner aux garanties d'assurance, une fois réglée la controverse de la nature de l'acte sexuel lui-même.

Donc, dans le cas qui nous occupe, il s'agissait d'une jeune fille qui avait eu des relations sexuelles avec 5 chauffeurs d'autobus de la BC Transit Co. Ltd. de l'âge de 14 ans à l'âge de 18 ans.

Sa réclamation avait été rejetée par le juge de première instance au motif que compte tenu de la durée et du nombre de ses activités avec 5 chauffeurs différents, la demanderesse n'avait pas fait la preuve de l'absence de son consentement. La Cour d'appel avait infirmé la décision et bien que je n'aie pas étudié la décision de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, j'ai compris que la Cour d'appel avait tenu compte du jeune âge de la victime et avait conclu qu'il n'y avait pas véritablement eu consentement et que c'était donc au défendeur de prouver un tel consentement, preuve à peu près impossible à l'encontre d'une mineure.

J'ouvre ici une parenthèse : quand on parle de l'obligation de défendre, on parle souvent de la trilogie de la Cour suprême, c'est-à-dire les décisions *Nichols*, *Scalera* et *Monenco* que nous aborderons bientôt. En réalité, la Cour suprême a rendu quatre décisions sur le sujet car dans l'affaire *Scalera*, deux des cinq chauffeurs d'autobus poursuivis avaient donné l'avis de sinistre à leur assureur en vertu d'une police de propriétaire occupant.

Scalera était assuré avec Lloyd's. Un autre chauffeur d'autobus, Sansalone était assuré avec Wawanesa. Les deux causes furent entendues ensemble le même jour et les raisons dans l'une furent versées dans l'autre de sorte que, en définitive, on s'occupe peu ou pas de la décision de Sansalone puisque c'est une copie conforme de celle de Scalera.

Je reviens à notre propos.

Je disais donc qu'à mon point de vue la décision était beaucoup plus facile à prendre dans *Scalera* que dans *Nichols*. La possibilité d'amendement était à peu près inexistante et ne pouvait pas changer la nature du recours comme cela aurait pu être le cas dans *Nichols*.

Ceci dit, il faut reconnaître que la décision *Scalera* clarifie le droit en matière de couverture d'assurance de façon significative.

Par exemple elle qualifie une controverse sur l'obligation de défendre qui remonte au moins au début des années 80, sinon plus, soit le lien ou l'absence de lien entre l'obligation de défendre et l'obligation d'indemniser. Je me rappelle par exemple que dans le dossier de la miuf qui a provoqué des milliers de procédures au début des années 80, plusieurs avocats prétendaient que du moment qu'une réclamation était faite et qu'elle demandait des dommages compensatoires, l'obligation de défendre était enclenchée, qu'il y ait ou non plus tard une obligation d'indemniser. J'étais de ceux qui soutenaient que bien que l'obligation de défendre soit distincte de l'obligation d'indemniser, en ce sens que l'assureur doit assumer à ses frais la défense de l'assuré en plus du montant et des autres avantages de la couverture elle-même, encore faut-il qu'il y ait à la fin une obligation d'indemniser pour que soit enclenchée au début l'obligation de défendre.

Le juge Iacobucci règle cette controverse dans *Scalera* une fois pour toutes. Il déclare à la page 581 :

«L'obligation de l'assureur de défendre l'assuré est liée à son obligation de l'indemniser. Une police d'assurance propriétaires occupants donne à l'assuré le droit d'être indemnisé par l'assureur relativement à toute responsabilité visée par la garantie. Comme il sera appelé à payer ces frais, l'assureur a obtenu le droit – qui constitue désormais une obligation – d'opposer une défense dans tels cas. Cependant, l'obligation de défendre n'a pas une portée à ce point étendue qu'il y ait lieu de présumer quelle est indépendante de l'obligation d'indemniser. À défaut d'une stipulation contraire expresse, l'obligation de défendre n'existe que dans les cas de poursuites susceptibles d'entraîner l'indemnisation en vertu du contrat d'assurance.

Par conséquent, lorsque la police d'assurance exclut, comme c'est le cas en l'espèce, la responsabilité découlant d'un préjudice infligé intentionnellement, l'assureur n'a aucune obligation de défendre les délits civils intentionnels.

Trois étapes doivent être franchies pour déterminer si une demande en justice est susceptible d'entraîner l'indemnisation. Premièrement, le tribunal doit établir lesquelles des allégations juridiques de la partie demanderesse sont adéquatement formulées. Pour ce faire, il n'est pas lié par la terminologie juridique qu'emploie cette dernière. Un délit intentionnel ne peut devenir un délit de négligence, et vice versa, du seul fait des mots employés par la partie demanderesse. Pour confirmer l'étendue de l'obligation de défendre, le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie choisie et tenir compte de la substance des allégations contenues dans les actes de procédure. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le bien-fondé des allégations, mais seulement d'en déterminer la nature véritable sur la base des actes de procédure.

Dans un deuxième temps, après avoir précisé quelles allégations sont adéquatement formulées, le tribunal doit vérifier si certaines d'entre elles sont entièrement de nature dérivée. Il ne saurait y avoir d'obligation de défendre simplement parce que l'allégation peut être formulée en fonction à la fois du délit de négligence et du délit intentionnel. Si la prétendue négligence découle des mêmes actes préjudiciables que le délit intentionnel, elle ne permettra pas à l'assuré d'éviter l'application de la clause d'exclusion du préjudice intentionnel. »

Malheureusement l'arrêt *Scalera* ne règle pas la controverse et la confusion créées par l'arrêt *Nichols* quant à la source de la décision de l'assureur et de la Cour : la déclaration et les allégations de la partie adverse. À la même page le juge Iacobucci :

« Pour confirmer l'étendue de l'obligation de défendre, le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie choisie et tenir compte de la substance des allégations contenues dans les actes de procédure. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le bien-fondé des allégations, mais seulement d'en déterminer la nature véritable sur la base des actes de procédure. »

Et voilà de nouveau l'objet de mon désaccord. Bien sûr, comme je l'ai déjà dit, et je le répète, il était facile dans *Scalera* de conclure à l'absence de couverture sur une seule question posée à l'assuré dès l'avis de sinistre : avait-il oui ou non consenti à avoir des rapports sexuels avec cette mineure ?

Donc, en pratique, la décision de l'assureur était connue dès l'avis de sinistre, avant même l'institution des procédures et le contenu des allégations qui sont montées jusqu'à la Cour suprême du Canada. Il était relativement facile pour un praticien, assureur ou avocat, d'anticiper qu'aucun fait nouveau pourrait modifier une telle conclusion. Contrairement à la fraude (dans l'arrêt *Nichols*) qui est susceptible de divers degrés d'interprétation, il n'en n'est pas de même de l'acte sexuel quel qu'il soit : un simple baiser ou un sein effleuré constituent des actes sexuels qui ne sont pas accidentels ou ne sont pas présumés l'être et dont le fardeau repose sur les épaules de celui qui les a causés de s'expliquer.

Ce que je veux souligner ici c'est que si comme on le voit la Cour suprême s'est sentie interpellée pour nuancer les propos de la juge McLachlin dans *Nichols* en affirmant qu'il fallait tenir compte de la substance des allégations peu importe comment elles étaient rédigées, elle n'en n'a pas pour autant modifié la règle que cette interprétation est basée sur les actes de procédure. D'ailleurs si on en doutait on trouverait la confirmation de mon propos à la page 593 du jugement où le juge Iacobucci réfère à l'arrêt *Nichols* et aux commentaires de madame la juge McLachlin et cite un extrait du jugement de celle-ci où il est évident que la Cour suprême continue d'analyser l'obligation de défendre en fonction des actes de procédure et non en fonction de l'esprit du contrat d'assurance et des obligations préliminaires de l'assureur, principalement son obligation de faire enquête.

Si la Cour suprême a d'une part réglé une fois pour toutes la question du lien entre l'obligation de défendre et l'obligation d'indemniser, elle a aussi confirmé une conclusion généralement acceptée par les assureurs depuis l'arrêt *Nichols*, à savoir que l'obligation de défendre a une portée plus étendue que l'obligation d'indemniser puisque elle s'applique même aux demandes sans fondement, aux demandes fallacieuses ou frauduleuses.

Dans *Scalera* comme dans *Nichols*, je me suis demandé pour quel motif la Cour suprême du Canada avait choisi de donner préséance aux actes de procédure plutôt qu'à l'enquête et aux obligations préliminaires de l'assureur. Je crois y avoir trouvé réponse dans une section de la décision intitulée « *la pertinence des actes de procédure* » aux pages 596 et suivantes des notes de monsieur le juge Iacobucci. Le juge réfère à la décision du juge Wallace de la Cour suprême de la Colombie-Britannique de 1984 et il retient le passage suivant (traduction) :

« L'obligation de défendre dépend des actes de procédure et non du point de vue de l'assureur quant à la validité ou à la nature de la demande ni de l'issue possible de l'instance. »

Curieusement on sent bien que cet énoncé du juge Wallace cherchait à protéger l'assuré contre le point de vue de l'assureur. Malheureusement dans l'arrêt Nichols, cette sollicitude a tourné au désavantage de l'assuré et a permis à l'assureur de se soustraire à une réclamation que, à mon humble point de vue, l'assureur aurait dû couvrir, comme l'avait décidé la Cour supérieure et la Cour d'appel.

Je vous invite à lire tout le chapitre de la pertinence des actes de procédure et de nouveau j'attire votre attention sur ce commentaire du juge Iacobucci :

« Il importe de souligner que, à cette étape, le tribunal ne doit pas tenter d'établir le bien-fondé des allégations du demandeur. Il doit plutôt simplement décider, en tenant pour acquis que toutes les allégations factuelles du demandeur sont véridiques, si les actes de procédure sont susceptibles d'étayer ces allégations. »

Je ne suis pas d'accord.

À ce stade des procédures l'assureur doit connaître la vérité ou à tout le moins la probabilité de vérité des faits pertinents reliés à la demande de l'assuré. Encore une fois il me paraît anormal que la relation entre l'assuré et l'assureur soit déterminée par l'acte d'un tiers, une déclaration fondée d'allégations sur lesquelles l'assuré n'a aucun contrôle. Mais disons-le encore une fois : aussi complexe que puisse être l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt Scalera, la conclusion s'imposait d'elle-même et clairement dès le début : on ne se retrouve pas par accident dans la commission d'un acte sexuel. Il manque donc un premier élément au déclenchement du contrat d'assurance : la survenance d'un événement non prévu ou non voulu. De plus si l'acte a été accepté par l'autre, il n'y a pas de réclamation possible, pas de dommage. Il manque donc un deuxième élément au déclenchement de la couverture d'assurance. Comme le dit fort bien le juge Iacobucci à la page 623 en citant une décision américaine :

« La personne ordinaire contractant une assurance propriétaires occupants se rebifferait à la seule idée de payer pour une telle garantie. »

Vous trouverez en un seul paragraphe bien résumé la position de la Cour suprême dans l'affaire Scalera à la page 611. Elle se lit comme suit :

« En résumé, je formulerais les propositions fondamentales suivantes. L'obligation de défendre dépend de l'obligation éventuelle d'indemniser. Vu le contexte de la présente espèce où la demanderesse allègue, en fait, une agression sexuelle qualifiée de voies de fait de nature sexuelle, la question du consentement débouche sur deux résultats possibles quant à l'obligation de défendre, et les deux sont

défavorables à l'appelant. S'il y a eu consentement de la part de la demanderesse, les voies de fait de nature sexuelle ne peuvent être établies, car le comportement de l'appelant ne peut objectivement être considéré comme préjudiciable ou nocif, et il ne peut donc y avoir d'obligation d'indemniser, l'allégation de la demanderesse n'ayant aucune chance d'être retenue. Voir *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d. 421 (Minn. 1984), à la p. 424. Par contre, si la demanderesse n'a pas donné son consentement, le comportement de l'appelant fait naître une cause d'action pour le délit intentionnel de voies de fait de nature sexuelle. Comme je l'indique ci-après, dans un tel cas, l'intention d'infliger un préjudice est inférée, la clause d'exclusion s'applique et il n'y a aucune obligation d'indemniser l'assuré. Comme il n'existe aucun angle sous lequel les faits sont susceptibles de faire naître l'obligation d'indemniser l'assuré, il n'existe aucune obligation de le défendre.»

En conclusion de mon analyse de cette décision, vous vous êtes évidemment rendus compte que je ne suis pas plus convaincu à ce stade que la Cour suprême a réglé la question de l'obligation de défendre de l'assureur une fois pour toutes et j'espère vous avoir au moins sensibilisé sinon convaincu que ce n'est pas par seul entêtement de ma part.

Ce qui m'amène à l'arrêt *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Company*.

### **1.3 Arrêt *Monenco c. Commonwealth Insurance Company***

Enfin pour la première fois dans l'arrêt *Monenco*, la Cour suprême du Canada pose la question de la bonne façon. Dès le début, la Cour demande :

«Une Cour peut-elle aller au-delà des actes de procédure et prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour déterminer le contenu et la nature véritable de la réclamation d'un demandeur et ainsi apprécier l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur?»

Les faits de cette cause sont vraiment intéressants. Monenco, une importante compagnie de Colombie-Britannique avec une filiale en Alberta, participait à un projet d'agrandissement d'une usine d'exploitation des sables bitumineux appartenant à Suncor. Monenco était une importante société d'ingénieurs-conseils et dans ce contrat de type «joint venture» elle fournissait des services professionnels d'architecture, d'ingénierie, de construction et même de fabrication.

Nous avons eu des entreprises de ce genre au Québec à l'époque d'Expo 67 et des Jeux Olympiques de 1976. De grandes entreprises

comme Donolo ou Janin offraient une gestion complète des travaux, allant des travaux de génie aux travaux de surveillance et aux travaux de construction. Tous ces grands entrepreneurs comme Monenco d'ailleurs dans la présente affaire, avaient un portefeuille d'assurance complet et complexe dans lequel on retrouvait systématiquement une assurance de responsabilité civile et une assurance de responsabilité professionnelle.

À mon souvenir, la couverture ou la garantie d'une police se terminait là où la garantie de l'autre commençait. C'est exactement la situation dans laquelle se trouvait Monenco lorsque Suncor fit contre elle une réclamation dans laquelle étaient invoqués des motifs de négligence, de manquements contractuels et de garanties reliées à des défauts cachés.

Monenco donna l'avis de sinistre à ses deux assureurs, Commonwealth et Simcoe & Erie. Commonwealth qui avait émis la police de responsabilité civile, refusa de défendre. Simcoe & Erie qui détenait la police d'assurance responsabilité professionnelle accepta de défendre l'assurée et paya éventuellement une somme de près de 3 millions de dollars à Suncor ainsi qu'une partie des frais engagés par la défense. Comme par ailleurs cette police était sujette à une franchise absolue de 1 million, Monenco entama la présente action contre Commonwealth pour récupérer cette somme, plaidant sans doute qu'il s'agissait de deux polices complémentaires.

Commonwealth maintint sa décision de refuser en invoquant deux clauses d'exclusion de sa police de responsabilité civile. En premier lieu, le contrat de Monenco était un contrat « clés en main ». Or, la police contenait une exclusion spécifique à cet effet. L'autre exclusion portait évidemment sur la prestation de services professionnels.

Comme dans les arrêts *Nichols* et *Scalera*, auxquels elle réfère d'ailleurs, la Cour suprême du Canada déclare pour une troisième fois que dans l'analyse de l'obligation de défendre, la Cour doit se pencher en premier lieu sur les actes de procédure et en deuxième lieu sur la police d'assurance qui permet d'apprécier l'étendue de la garantie et l'existence de certaines exclusions.

Or, le juge Taylor de Colombie-Britannique, en première instance, avait conclu que pour respecter les attentes raisonnables des parties, il devait examiner aussi une preuve extrinsèque, soit la correspondance entre Monenco et ses assureurs sur la nature de l'action de Suncor et sur le rôle de Monenco dans le contrat. Il avait aussi examiné la correspondance entre Monenco et l'assureur de responsabilité professionnelle Simcoe & Erie ainsi que la preuve concernant la participation de Simcoe au règlement de l'action de Suncor.

Bien que cela ne ressorte pas des notes de monsieur le juge Iacobucci, car c'est le juge Iacobucci qui a écrit les notes des juges de la Cour suprême dans cette affaire-là comme il l'avait fait dans l'arrêt *Scalera*, donc bien que je ne puisse pas affirmer que le juge Taylor et plus tard la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada ont aussi examiné le contrat intervenu entre Suncor et Monenco, je soupçonne que cela a été fait puisqu'à un moment donné tant le juge Taylor en première instance que la Cour d'appel et plus tard le juge Iacobucci au nom de la Cour suprême acceptent la conclusion que le contrat en était clairement un de «clés en main» et tombait donc clairement dans le champ d'application de l'une des exclusions de la police de Commonwealth. Or, c'est évidemment pour cela que l'action de Monenco pour récupérer le million correspondant à sa franchise absolue dans la police de Simcoe & Erie, c'est pour cela dis-je que cette action a été rejetée.

Donc, on peut interpréter l'arrêt *Monenco* comme un pas en avant puisque pour la première fois la Cour reconnaît le bien-fondé, dans certaines circonstances exceptionnelles, de recourir à une preuve extrinsèque.

Malheureusement, vous constaterez aux pages 715 et 716 de l'arrêt de la Cour suprême que la Cour sanctionne et confirme une fois de plus l'interprétation qu'elle a déjà donnée dans les arrêts *Nichols* et *Scalera*. C'est donc dire qu'en pratique on est toujours d'avis que la Cour ne doit pas aller au-delà des actes de procédure, sauf de rares exceptions.

A mon point de vue, l'arrêt *Monenco* n'a donc pas réglé la question de l'obligation de défendre de façon différente de celle de ces deux arrêts précédents et elle n'a toujours pas tenu compte de la considération la plus importante sinon la seule, celle des faits qui éventuellement formeront la base d'un règlement ou d'un jugement et en considération desquels l'assureur émet la police et reçoit une prime.

Il est bien évident une fois de plus que c'est l'enquête de l'assureur à quelque stade que ce soit qui doit en priorité guider la décision de l'assureur. Nous allons bien sûr en reparler bientôt.

A ce stade de notre analyse, vous devez savoir que les trois décisions que nous avons discutées ont toutes été reconnues par la Cour supérieure du Québec et par la Cour d'appel du Québec et font donc désormais partie des règles d'interprétation de l'obligation de défendre et de la garantie d'assurance en droit québécois. Il existe un nombre assez imposant de décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec sur le sujet, de 2000 à 2009. La Cour suprême du

Canada elle-même a confirmé son interprétation en 2006 dans une cause des *Jesuites Fathers of Upper Canada c. Guardian Insurance Company* et *ING*. Cette décision qui émane de l'Ontario reprend les principes énoncés dans la trilogie sans vraiment y ajouter quelque chose. Je l'ai donc mise dans la liste des mes décisions strictement pour vous permettre de constater le caractère toujours actuel des décisions de la trilogie en droit québécois et canadien.

J'ai mis aussi à votre disposition une décision de la Cour d'appel du Québec de 2007 dans une affaire de *Compagnie Canadienne d'assurances générales Lombard c. Roc-Teck Coatings inc.* Pour moi il y a trois choses intéressantes dans cette décision. D'abord elle est rédigée par le juge Dalphond, l'un des plus brillants juristes de notre Cour d'appel. Ensuite elle réfère à une décision importante au Québec, celle de *Boréal Assurances inc. c. Réno-Dépôt inc.* de 1996, décision qui consacrait à l'époque l'application au Québec de l'arrêt *Nichols*. Enfin, la décision résume bien les arrêts *Nichols* et *Monenco* et leur application en droit québécois.

Je dois donc à ce stade vous mettre en garde contre ma théorie personnelle en matière d'obligation de défendre et de garantie d'assurance ou d'obligation d'indemniser. Bien que j'y tienne et que je sois convaincu qu'elle triomphera un jour ou l'autre, vous devez de votre côté, dans vos activités quotidiennes, préférer les enseignements de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec à ceux du conférencier.

Notre discussion sur l'obligation de défendre ne serait pas complète sans une brève analyse de deux décisions particulièrement intéressantes de notre Cour d'appel du Québec. En même temps, ces deux décisions sont une belle entrée en matière à la présentation de ma théorie personnelle sur laquelle je m'apprête à terminer ce chapitre. La première est connue sous le nom de la « requête Wellington ». Elle est le fruit de l'imagination d'un avocat que j'estime beaucoup, Claude-Henri Grignon.

Dans cette affaire, un groupe d'assureurs incendie dont la Compagnie d'assurance du Québec poursuivent le concepteur et maître d'œuvre d'un séchoir à bois mou en vertu d'un contrat « clés en main ». À la suite d'un incendie pour lequel les assureurs déboursent près de 650 000 \$, ceux-ci poursuivent le concepteur M.E.C. Technologie inc., assuré avec Wellington. Wellington nie couverture à son assuré et refuse d'assumer sa défense. Contrairement à ce qu'on voit traditionnellement dans une situation semblable, Me Grignon procède par une forme d'injonction provisoire plutôt que par une action en garantie contre Wellington.

Wellington conteste cette façon de faire mais le juge Babin en première instance accueille la requête et ordonne à Wellington d'assumer la défense de M.E.C. nonobstant la négation de couverture et la prétention qu'il n'y a aucune obligation d'indemniser, aucune possibilité de garantie, puisque la police exclut « toute installation par ou pour le compte de l'assuré ».

Ce qui est intéressant pour mon propos aujourd'hui dans cette décision c'est le caractère beaucoup plus large de l'obligation de défendre que de celle d'indemniser reconnue par notre Cour d'appel dès 1999. Bien sûr j'apprécie également le côté imaginatif qui, par l'obtention d'une ordonnance de défendre, protège immédiatement l'assuré contre le financement du procès, indépendamment qu'il y ait ou non couverture à la fin. Mais cette décision d'un autre grand juriste à la Cour d'appel du Québec, le juge René Dussault, énumère également les principes de base, les critères que l'assureur doit connaître et appliquer au moment de prendre sa décision de défendre ou de ne pas défendre. Vous les retrouvez à la page 4 de la décision et j'attire votre attention entre autres sur les critères 4 et 5. Au critère 4 la Cour constate qu'il faut « qu'il ressorte clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la couverture d'assurance »; et au critère 5 « la seule possibilité qu'une réclamation puisse faire l'objet d'une couverture d'assurance suffit à enclencher l'obligation de défendre ».

Or, on voit bien que dans l'esprit de monsieur le juge Dussault, comme dans l'esprit de madame la juge McLachlin en 1990 dans l'arrêt *Nichols*, la volonté de distinguer l'obligation de défendre de celle d'indemniser procède d'un désir de donner le bénéfice du doute à l'assuré. Or, dans la décision *Wellington*, l'assuré est adéquatement protégé aux dépens de l'assureur, si je peux m'exprimer ainsi. Dans *Nichols* toutefois, c'est l'inverse : madame la juge McLachlin oublie qu'il y avait une possibilité que le contrat d'assurance s'applique si par exemple la partie adverse amendait ses procédures pour ajouter la négligence à la fraude, la fraude étant exclue mais la négligence étant couverte.

Notre propre Cour d'appel tombe dans le même piège dans un arrêt de 2004, *Sternthal c. Boreal Insurance Co.* Dans cette affaire, il s'agit encore d'un avocat poursuivi pour fraude aux Etats-Unis par un demandeur qui a éventuellement abandonné son recours contre l'avocat mais sans l'avoir abandonné contre le client de l'avocat, si mon souvenir est exact. Or, en 2004 on a appliqué à la lettre à cet avocat la décision de *Nichols* en 1990 et son recours en récupération de ses frais et honoraires de défense a été rejeté.

Ce qui m'amène à la dernière autorité de ce chapitre, l'affaire *Hoyos c. Chubb Insurance Company of Canada*.

Le résumé de cette décision à la page frontispice ouvre magistralement la porte à mon propos, à ma théorie, et aux réserves que j'exprime toujours à l'encontre des trois décisions de la Cour suprême du Canada. La partie du résumé qui nous intéresse se lit comme suit :

« Si on peut admettre que l'obligation de défendre repose sur une analyse *prima facie* de l'obligation d'indemniser, analyse fondée sur les seules allégations du tiers lésé, il est clair qu'il n'en n'est pas ainsi de l'obligation d'indemniser. Décider autrement équivaldrait à permettre que l'assuré et son droit à la couverture d'assurance puissent être à la merci des allégations de tiers malveillants, même si leurs allégations se révélaient finalement infondées. Nul doute que faire dépendre le sort de l'obligation d'indemniser du seul examen des allégations du tiers lésé risquerait de faire subir une injustice à l'assuré, qui pourrait se voir ainsi privé d'une protection à laquelle il a droit. A la différence de l'obligation de défendre, du moins lorsque celle-ci est évaluée *in limine litis*, l'obligation d'indemniser repose sur une preuve des faits. Si les *faits prouvés* établissent la responsabilité de l'assuré pour une cause qui n'est pas exclue par la police, l'assureur ne peut d'aucune façon échapper à son obligation d'indemniser ».

Et voilà le fondement même de mon désaccord avec la trilogie de la Cour suprême et avec toutes les décisions qui ont suivi. Nos tribunaux ont compris qu'on ne peut faire dépendre le sort d'un contrat d'assurance dans sa substance même, l'obligation d'indemniser, sur le seul examen des allégations du tiers, puisque il serait souverainement injuste que les droits de l'assuré et les obligations de l'assureur soient entre les mains de ce tiers dont les intérêts sont l'antithèse de ceux de l'assuré. Mai si, comme tous les tribunaux l'ont reconnu depuis l'arrêt *Nichols*, l'obligation de défendre est liée à l'obligation d'indemniser même si elle est plus large, même si elle doit s'interpréter de façon indépendante, je veux bien qu'on se limite aux actes de procédure dans les cas qui ont pour effet d'enclencher l'obligation de défendre, mais je ne peux accepter comme dans l'arrêt *Nichols* et dans l'arrêt *Sternthal* le piège dans lequel sont tombées la Cour suprême du Canada en 1990 et la Cour d'appel du Québec en 2004.

Dans ces deux causes il s'agit d'un avocat qui a rendu des services professionnels couverts par le contrat d'assurance responsabilité professionnelle des avocats, que ce soit en Ontario comme dans l'affaire *Nichols* ou que ce soit au Québec comme dans l'affaire *Sternthal*. Il est évident dans les deux cas que c'est pour avoir rendu des services professionnels que l'avocat est poursuivi. Il est évident dans les deux cas que le tiers lésé ne pouvait espérer obtenir l'annulation

d'un contrat pour d'autres motifs que la félonie de la partie adverse. Il est évident dans les deux cas que l'idée de poursuivre l'avocat est probablement une tactique, ce qui est monnaie courante aux États-Unis, ou d'une erreur suffisamment grossière pour convaincre la Banque de Montréal d'abandonner son recours contre l'avocat dans l'affaire *Nichols*.

Or, dans les deux cas, on n'a pas jugé bon de tenir compte de l'enquête que l'assureur devait faire. Si l'assureur devait faire une telle enquête pour prendre sa décision sur son obligation d'indemniser, il ne pouvait refuser de défendre sur la simple analyse des procédures. Ce faisant, une décision erronée ou malhonnête de l'assureur privait l'assuré de son droit à une défense. C'est ce que je reproche respectueusement bien sûr à madame la juge McLachlin et c'est ce qui m'a fait dire au début de mon exposé que dans l'affaire *Nichols* la Cour suprême et la Cour d'appel de Colombie-Britannique avaient été beaucoup plus réalistes que la Cour suprême du Canada.

C'est ce qui me fait dire aujourd'hui que la discussion n'est pas terminée et que, un jour ou l'autre, quelqu'un trouvera les mots justes pour qu'enfin la question bien posée par la Cour suprême dans l'arrêt *Monenco* reçoive la bonne réponse.

Quant à moi, je crois qu'en toutes circonstances la preuve extrinsèque doit être admise dans les cas où l'assureur refuse de défendre l'assuré sous peine par nos tribunaux de causer une grave injustice à celui-ci.

Par ailleurs, je ne suis pas autrement inquiet des répercussions de ces décisions sur la pratique quotidienne de l'assurance. Comme il y a 50 ans, et probablement davantage, les assureurs continuent régulièrement d'adresser des lettres de réserve et de donner le bénéfice du doute aux assurés. C'est la façon dont j'ai appris le métier il y a 50 ans dans un cabinet qui s'appelait Tansey, De Grandpré, De Grandpré, Bergeron et Monet, aujourd'hui Lavery. En fait j'avais même appris l'existence et le but des lettres de réserve quand j'étais étudiant en droit et que j'avais un emploi d'été chez Underwriters Adjustment Bureau comme on appelait à l'époque le Bureau d'expertises des assureurs, mais je dois dire qu'aussi loin que je puisse reculer dans le temps, le pourcentage de cas où l'assureur donne le bénéfice du doute à l'assuré, tout en émettant une lettre de réserve, l'emporte de façon spectaculaire et nonobstant la jurisprudence que nous avons discutée jusqu'à maintenant.

Je crois que lorsqu'un assureur se pose la question, il doit en discuter ouvertement avec l'assuré, donner à celui-ci le bénéfice du doute, en l'absence de mauvaise foi bien sûr et porter en mémoire que le but d'un contrat est de produire des effets et non l'inverse.

Sans doute y aurait-il encore beaucoup à dire sur l'obligation de défendre mais, pour le moment, je crois que nous avons suffisamment de substance pour amorcer la période des questions qui viendra un peu plus tard.

## 2. LE CONFLIT D'INTÉRÊTS

Cette deuxième partie est en définitive la suite de la première partie sinon son corollaire.

Il ne faut jamais perdre de vue que le contrat d'assurance est un accessoire de la vie économique, surtout en assurance de dommages, notre sujet de discussion et de réflexion.

Il nous protège contre la perte de nos biens matériels et, en assurance de responsabilité il nous protège contre les conséquences des dommages subis par des tiers à la suite de nos actions ou omissions.

En somme, nous transférons notre risque financier à l'assureur en considération d'une cotisation ou d'une prime.

Lorsque tout est clair, la théorie est facile à comprendre et à appliquer. Dans la vie quotidienne toutefois, cela n'est pas toujours aussi simple. Nous en avons déjà eu un certain nombre de démonstrations dans les arrêts que nous venons d'étudier. Dans la plupart des cas, la décision de l'assureur est prise à l'interne, par le service des réclamations, tant sur la couverture d'assurance proprement dite (l'obligation d'indemniser) que sur l'obligation de défendre, avant même que n'aient été retenus les services de l'avocat qui défendra éventuellement l'assuré ou l'assureur.

Même lorsque l'obligation de garantie soulève quelques questions ou quelques réserves, la décision de défendre est plus souvent prise à l'interne chez l'assureur que chez son avocat. En somme, il ne faut pas dramatiser les décisions que nous venons d'étudier et celles qui viennent et penser que la relation assureur-assuré est une guérilla constante.

Ceci dit, il faut bien reconnaître qu'en matière d'assurance, l'assureur est toujours en conflit jusqu'à un certain point entre son intérêt et celui de son assuré. Même lorsqu'il accorde la garantie d'indemniser et à plus forte raison qu'il défend son assuré, il est toujours confronté à son devoir de défendre l'intérêt de celui-ci avec la dernière énergie et à son intérêt de s'en tirer au meilleur compte possible dans la gestion du dossier. Peut-on le blâmer d'être tenté par

exemple de prendre sa chance à la Cour plutôt que d'offrir la limite de la police en échange d'une quittance complète, finale et définitive par l'assuré ? Peut-on le blâmer de vouloir contrôler les honoraires des avocats qu'il retient ? Peut-on comprendre sa réticence à laisser à l'assuré le choix de son avocat dans des causes par exemple où il y a conflit sur l'obligation d'indemniser mais pas sur l'obligation de défendre ?

C'est le sujet de cette seconde partie.

## **2.1 L'arrêt *Martin c. Succession MacDonald et Gray***

Deux juges de grande réputation ont chacun manifesté leur gratitude à l'égard du même cabinet à deux époques différentes. Le premier, l'Honorable juge André Brossard de la Cour d'appel du Québec aura été l'auteur du règlement du Barreau du Québec qui permet à un avocat de conclure une entente avec son cabinet par laquelle le cabinet conservera son nom dans la raison sociale advenant son décès ou sa retraite (ou sa réorientation dans une autre carrière) sauf s'il est nommé juge ou qu'il poursuit sa pratique ailleurs. Monsieur le juge Brossard était associé au cabinet Stikeman Elliott lorsqu'il a été Bâtonnier du Québec en 1976-1977.

La cristallisation du nom de plusieurs grands cabinets au Canada à partir du début des années 80 ouvrait la porte à la transformation de notre profession, permettant aux avocats pratiquant en société de devenir éventuellement de véritables entreprises de services. La deuxième vague est la conséquence de l'arrêt *Martin c. Gray*, un autre cadeau fait à la profession par l'Honorable juge John Sopinka, autrefois associé chez Stikeman Elliott à Toronto avant d'être nommé juge à la Cour suprême du Canada.

En effet, l'arrêt *Martin c. Gray* a créé deux superbes outils de développement des cabinets d'avocats en entreprise de services de grand calibre. Avec la prolifération du nombre des avocats et la concurrence entre grands cabinets pour attirer des avocats plus spécialisés dans certaines disciplines, des avocats de plus grande réputation susceptible d'augmenter le prestige du cabinet etc, les conflits d'intérêts qui en résultaient limitaient cette concurrence ou obligeaient les cabinets à renoncer à certains mandats lucratifs ou pire à se retirer de mandats en cours comme par exemple lorsque deux ou plusieurs cabinets se fusionnaient pour créer une grande société.

Grâce à l'outil inventé par la Cour suprême du Canada sous la plume du juge Sopinka dans le présent arrêt, on a trouvé le moyen de permettre une plus libre circulation des avocats d'un cabinet à un autre sans renoncer ou perdre des mandats et grâce à ces deux outils :

« La muraille de Chine »

et

« Le cône du silence »

Avec un talent remarquable monsieur le juge Sopinka a réussi à rallier ses collègues à l'idée qu'il est injuste de priver un avocat de sa liberté de choix et de mouvement entre plusieurs cabinets et qu'il doit être possible de mettre en place des mécanismes par lesquels cet avocat peut être isolé au point de n'avoir pas accès à des dossiers, à des renseignements et à des confidences ou même à des preuves dans des dossiers où il occupait pour la partie adverse dans l'autre cabinet, en le gardant d'un côté de la « muraille de Chine » qui ne lui permet aucun accès de l'autre malgré sa nouvelle association et en le protégeant lui-même par un « cône de silence » de tout ce qu'il sait qui pourrait nuire aux clients de ses nouveaux associés !

Il est certain que cette décision représente une évolution majeure dans l'interprétation de la situation du conflit d'intérêts chez l'avocat. Il me paraît moins évident qu'il s'agit d'une amélioration de la protection de l'intérêt public puisque de plus en plus de grandes institutions sont ainsi investies (quand elles ne s'investissent pas elles-mêmes) du droit de gérer unilatéralement leur conflit d'intérêts et cela non seulement en droit mais dans à peu près toutes les sphères de l'activité.

Je ne suis pas le seul à penser comme cela. Un des juges de la Cour suprême exprimait des réserves à l'égard des théories prescrites par le juge Sopinka, même si dans le cas particulier de l'arrêt *Martin*, il était d'accord avec la conclusion, ce qui en fait une décision unanime, en apparence du moins.

Bien que l'arrêt *Martin* traite du conflit d'intérêts de l'avocat, nos tribunaux ont jugé bon à plus d'une reprise d'en appliquer les principes à d'autres acteurs de la société dont les intérêts sont susceptibles d'entrer en conflit avec ceux de leurs clients et, en ce sens, je crois qu'on peut retenir les enseignements de cette cause et les appliquer par analogie aux assureurs aussi bien qu'aux avocats.

D'ailleurs plus spécifiquement en assurance responsabilité, la question du conflit d'intérêts se pose aussi bien à l'assureur qu'à l'assuré.

Mais terminons d'abord avec l'arrêt *Martin c. Gray*. Gray était administrateur testamentaire de la succession MacDonald et il poursuivait l'appelant Arnold Martin en reddition de compte, vraisemblablement pour la gestion de Martin dans un holding dans lequel, je présume, la succession devait avoir ou avait eu des intérêts.

L'appelant Martin avait retenu les services d'un avocat qui fut nommé juge en cours de route. Tout au long de son mandat pour Martin, cet avocat avait été secondé par une jeune avocate du nom de Dangerfield, qui s'était occupée activement du dossier et avait été mise dans le secret de plusieurs confidences faites par Martin.

A la nomination de son patron, l'avocate Dangerfield se joignit à un cabinet qui fut plus tard fusionné en partie par le cabinet qui représentait Gray et la succession MacDonald. Martin prit donc des procédures pour faire disqualifier le cabinet et la Cour suprême lui donna raison d'autant plus facilement qu'il fut démontré que la jeune avocate en savait trop pour ne pas contaminer le dossier d'un côté ou de l'autre, malgré tous les serments et toutes les mesures de prudence et d'isolement que prétendait mettre en place le cabinet ainsi disqualifié.

Comme c'est souvent le cas dans l'étude de la jurisprudence, il arrive souvent que la décision paraisse unanime comme c'était le cas ici, c'est-à-dire que les sept juges sur le banc ont été d'accord pour accueillir la demande de l'appelant Martin et pour déclarer inhabile le cabinet d'avocats qui avait jusque là représenté Gray et la succession MacDonald.

Mais quand on lit le jugement, on se rend compte que si les sept juges sont arrivés à la même conclusion, il y avait en réalité deux écoles de pensée qui ont divisé la Cour 4/3. La majorité que se ralliait à monsieur le juge Sopinka était d'avis que la Cour devait prendre en considération trois principes en même temps à savoir :

1. Le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité du système judiciaire;
2. Le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable des services de l'avocat de son choix;
3. La mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession.

Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Corey toutefois sont nettement plus exigeants que les juges de la majorité dans l'application des critères applicables au conflit d'intérêts.

Selon le juge Corey « *on ne saurait permettre que la fusion des cabinets d'avocats, ou la mobilité au sein de la profession, viennent entamer la confiance du public dans le système judiciaire* ». Et plus loin il ajoute : « *bien que la nécessité de choisir un autre avocat cause certainement des inconvénients et des soucis au client et que la mobilité professionnelle puisse être jugée importante par les avocats, l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif* ».

J'ai toujours été un tenant de l'application rigoureuse de la règle du conflit d'intérêts. Je n'ai jamais vraiment pris au sérieux l'application de ce que la Cour appelle des mécanismes institutionnels, comme les murailles de Chine et les cônes de silence. J'y crois jusqu'à un certain point mais justement je n'y crois pas souvent.

L'avocat qui se trouve en situation de conflit d'intérêts doit donc d'abord en informer son client, lui donner les explications appropriées et laisser le client décider en toute connaissance de cause s'il souhaite invoquer le conflit ou si au contraire il accepte de faire confiance aux avocats et de renoncer à l'invoquer.

Vous seriez surpris de voir qu'un client bien informé renoncera plus souvent qu'autrement à soulever le conflit d'intérêts et à demander la disqualification du cabinet concerné.

Ces principes généraux étant étalés, rapprochons-nous un peu du sujet de notre préoccupation.

Je l'ai déjà souligné, l'assureur a une double responsabilité, qu'il y ait ou non conflit d'intérêts. Même lorsqu'il y a couverture et acceptation de prendre la défense de l'assuré, l'assureur doit concilier ses intérêts avec ceux de l'assuré. A plus forte raison lorsque ces deux intérêts s'opposent, le double rôle de l'assureur devient-il autrement plus délicat.

Or, revenons en arrière et rappelons-nous la décision des tribunaux dans l'arrêt Wellington : voilà un assureur qui refuse de défendre son assuré parce qu'il n'y a pas de garantie d'assurance en bout de ligne. Et voilà qu'un tribunal lui ordonne de comparaître et de défendre l'assuré au motif que seul l'acte de procédure et la police d'assurance doivent être pris en considération à ce stade, les faits sur lesquels s'appuie l'assureur ne devant être dévoilés qu'au procès !

Admettez que comme situation de conflit d'intérêts, on peut difficilement trouver mieux et vous aurez compris que je parle ici du conflit d'intérêts de l'assureur lui-même, avant même l'entrée en jeu des avocats.

Mais imaginez aussi qu'une fois émise l'ordonnance de défendre, la Cour reconnaît néanmoins que c'est à l'assureur de choisir l'avocat, puisque c'est lui qui a l'obligation de le payer !

L'assureur évidemment choisira un avocat de sa connaissance en qui il a confiance; en pratique il choisira l'un des avocats réguliers de la compagnie. Cet avocat doit défendre loyalement et intégralement l'assuré. Qu'en est-il si l'assuré lui demande d'appeler l'assureur en garantie pour disposer de la couverture d'assurance en même temps que de sa responsabilité ?

Et voilà, nous sommes en présence de deux conflits d'intérêts superposés, celui de l'assureur et celui de son avocat.

Cette situation invraisemblable je la vis présentement dans une affaire pendante devant la Chambre commerciale de la Cour supérieure de Montréal. Dans la célèbre affaire Cinar, un huissier de justice a fait vendre des biens ayant appartenu au couple Charest/Weinberg pour une somme de plus de 4.5 millions de dollars. Les créanciers qui se disputaient pour cette somme étaient cependant tous d'accord pour que cette somme importante porte des intérêts en attendant le règlement de leurs disputes respectives. A leur demande donc, le cabinet demanda à la banque que les fonds rapportent un taux d'intérêt adéquat.

En vertu d'une entente entre la banque et le cabinet, entente qui datait déjà de sept ou huit ans, les fonds devaient être investis dans des placements à vue, sur demande, donc dans les placements de qualité supérieure et encaissables immédiatement.

Le choix des placements se faisait par une filiale de la banque qui détenait ces fonds en fidéicomis, le tout conformément aux règlements de la Chambre des huissiers et de la loi. Les fonds étaient placés dans des PCAA, lorsque le marché s'effondra en 2007 et, un malheur n'arrivant jamais seul, l'huissier et son cabinet reçurent un avis à l'effet que les disputes entre les créanciers de Cinar avaient été réglées et que les fonds devaient être distribués immédiatement. Les fonds n'existaient plus ...

Les créanciers choisirent de prendre des procédures d'exécution directement contre les huissiers sans passer par le mécanisme de l'action en dommages visant à déterminer leur responsabilité et le quantum des dommages. Leurs comptes d'opération furent saisis ainsi que leurs comptes personnels et leurs propriétés, même celles qui appartenaient à leurs épouses.

Entre-temps un avocat d'affaires réputé de l'Ontario avait mis sur pied un plan destiné à faire échec à toutes les réclamations qui pourraient être faites contre les institutions financières qui avaient vendu des PCAA, au motif que si son plan ne réussissait pas, c'est l'économie du pays qui s'écroulerait. Le plan fut adopté et sanctionné par les tribunaux de l'Ontario. Ceux d'entre vous qui suivent l'actualité financière se rappelleront que les Pharmacies Jean Coutu et Air Transat ont été déboutés de poursuites de plus de 100 millions pour les placements qu'ils avaient faits dans ces produits au motif qu'il s'agissait de placements garantis AAA. Vous l'aurez compris, les huissiers que je représente maintenant n'ont pas compté très lourds dans la balance et ont dû suivre le sort réservé aux pharmacies Jean Coutu et à Air Transat.

L'affaire fut rapportée à l'assureur de la Chambre des huissiers qui constata bien sûr qu'il y avait une situation d'urgence créée par des procédures d'exécution contre des gens qui n'étaient pas partie au jugement dans lesquels ou auxquels des fonds étaient destinés. En d'autres termes les jugements des créanciers étaient exécutoires contre le couple Charest/Weinberg et contre leurs biens. Or, la partie de ces biens qui avait été vendue par l'huissier et déposée à la banque, qui était éventuellement disparue en fumée, n'existait plus mais l'ordre de payer ces montants aux créanciers avait été donnée dans l'intervalle et était donc en voie d'exécution contre les biens de ces professionnels.

Mis en face de cette situation l'assureur conclut :

1. Qu'il n'y a pas de réclamation ou de sinistre ou d'événement au sens de la police;
2. Qu'il n'y a pas de dommage, d'autant plus que les prétentions du plan Crawford sont à l'effet qu'il n'y aura pas ou peu de perte de capital à condition de transformer ces placements à court terme en des placements à long terme d'une durée de plus ou moins sept ans;
3. L'assureur constate néanmoins que ses assurés sont dans la rue à moins que...

Sans se reconnaître une quelconque obligation d'indemniser ni une quelconque obligation de défendre l'assureur juge néanmoins approprié de fournir les services d'un avocat sur base «*ex gratia*».

L'avocat ainsi mandaté fait son possible, tente de faire casser les procédures d'exécution et de mépris de Cour, sans succès. Soyez rassurés, mes clients avaient un très bon crédit. Ils ont pu ainsi emprunter les sommes nécessaires pour éviter la faillite ou la débâcle financière et ils soumettent maintenant à la Cour le litige qui les oppose à leur assureur quant à l'interprétation à donner à cette réclamation en vertu des termes de la police et quant à l'obligation de défendre de l'assureur.

Dans cette affaire et vu en rétrospective il n'y avait qu'un seul remède : c'était de demander au juge qui a prononcé l'exécution un sursis d'environ une semaine pour appeler l'assureur en garantie dans les procédures d'exécution. Les procédures d'exécution qui sont des procédures d'urgence n'auraient pas été retardées au point de constituer une injustice inadmissible pour les créanciers. Le litige assureur/assuré aurait de plus été réglé en même temps que les procédures d'exécution. Tant l'assureur que l'assuré auraient connu l'issue du litige en même temps et donc qui, de l'assureur ou de l'assuré devait assumer la perte en dernière analyse.

Mais, et c'est le seul but de mon illustration de ce dossier, croyez-vous sérieusement qu'un avocat mandaté par son client assureur pour défendre au meilleur de ses capacités la position d'un assuré dans une affaire où il ne se sent même pas obligé de la défendre, croyez-vous sérieusement dis-je que cet avocat a la marge de manœuvre nécessaire pour appeler en garantie l'assureur qui le paye ?

Mais me direz-vous quelle autre solution peut-on appliquer puisque même les tribunaux reconnaissent qu'en semblable circonstance c'est l'assureur qui a le choix de l'avocat, sauf exception dont nous discuterons bientôt. Ma réponse est que nous pouvons faire mieux que ce que nous faisons actuellement. J'admets que le payeur est justifié de déterminer l'étendue du mandat et les coûts de la défense qu'il assume, que ce soit de son plein gré ou sur ordre de la Cour. Je ne suis pas convaincu pour autant qu'il perde ses droits au seul motif que c'est l'assuré qui choisit son avocat. De la même façon que l'assureur discute ses tarifs avec ses avocats annuellement, il lui suffit de mettre une grille comparable avec les barèmes négociés avec ses propres avocats.

Comme vous pouvez le voir dans cette affaire Cinar, on est loin de la situation de conflit d'intérêts dont a disposé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Martin c. Succession MacDonald*.

Dans l'intervalle toutefois il y a tout de même de nombreux jugements qui ont été rendus par nos tribunaux en matière d'assurance et qui ont suivi l'évolution du droit en matière de conflit.

Je n'entreprendrai pas de vous faire le récit de cette évolution des 25 dernières années. Mon confrère et ami Me Jean-Pierre Casavant en a fait un compte-rendu aussi complet qu'intéressant dans un article intitulé « *L'avocat retenu par l'assureur est-il l'avocat de l'assureur, de l'assuré ou des deux à la fois* », publié en 1997 dans la revue *Déontologie et responsabilité professionnelle*.

A cet exposé j'ajouterai deux décisions de la Cour d'appel du Québec, l'une de 1998, l'autre de 2009. Dans l'arrêt *Ville de Fermont c. Kevin Pelletier et Lombard Canada Ltd.* en 1998, le tiers avait poursuivi l'assuré et son assureur et comme le montant de la poursuite dépassait la couverture d'assurance de plus de 1.8 millions de dollars, l'assuré avait retenu les services d'un avocat pour protéger ses intérêts au-dessus de la couverture d'assurance. L'assureur pour sa part avait donné instructions à ses avocats de comparaître pour l'assureur et l'assuré, ce qui avait été fait.

Le tiers s'était objecté à la comparution d'un deuxième avocat pour représenter les intérêts d'excédent de l'assuré au motif que lorsque des parties sont des entités dont les intérêts et les moyens de

défense sont identiques, elles devraient être représentées par les mêmes avocats. Effectivement, le premier juge avait accepté cet argument et rejeté la comparution de l'avocat personnel de l'assuré. Le juge Delisle pour la Cour d'appel reconnaît le principe d'un seul avocat *ad litem* dans les termes suivants :

«L'assureur ne peut déroger au principe d'un seul avocat ad litem : il doit désigner les mêmes avocats pour comparaître à la fois pour lui et pour la personne qu'il assure. Mais ajoute le juge Delisle : dans certains cas d'exception il est approprié d'écarter la règle de l'unicité de représentation et de permettre une double représentation pour la ou les mêmes parties».

Et il ajoute :

«Il reviendra alors à l'assuré d'assumer sa défense pour les dommages non couverts et le juge du procès pourra exercer sa discrétion pour déterminer l'étendue du mandat de chaque avocat».

Sachez que la règle de l'unicité de représentation est beaucoup moins stricte maintenant qu'elle ne l'était il y a seulement dix ans. À la Cour suprême du Canada par exemple, chaque partie est autorisée à être représentée par deux avocats. Ils ont chacun droit de parole mais ne doivent pas empiéter l'un sur l'autre dans l'exercice de leur mandat respectif.

Bien que je n'aie pas vérifié les règles de pratique de la Cour supérieure ou de la Cour d'appel à ce sujet, je peux vous assurer que la double représentation est devenue monnaie courante au procès et en appel.

Je travaille moi-même en équipe depuis plus de 20 ans dans des causes de longue durée et j'ai toujours eu comme politique de confier une partie de l'enquête et de la plaidoirie à mon collaborateur. Je donne mon plan de match au juge ou à la Cour d'appel en introduction de mon exposé et la Cour n'a jamais fait obstacle à ma démarche. Comme question de fait, je me rappelle avoir fait une telle démarche peu avant 1985, il y a donc plus de 25 ans.

Une autre cause m'a paru intéressante pour terminer mon exposé sur le conflit d'intérêts parce qu'elle soulève le droit de l'assuré de choisir lui-même son avocat aux frais de l'assureur en matière de conflit d'intérêts.

Il s'agit d'un arrêt récent du 20 mai 2009 rendu en appel par les juges Chamberland, Morin et Vézina dans une affaire de *Entreprises M. Bourget inc. c. Compagnie d'assurance Missisquoi*.

En première instance, Missisquoi acceptait de défendre l'assuré pour une partie importante de la réclamation mais elle refusait de

prendre totalement son fait et cause. En appel, elle acceptait d'assurer totalement la défense de l'assuré, ce dont la Cour a pris acte séance tenante.

L'assuré désirait néanmoins être représenté par un avocat de son choix pour surveiller ses intérêts compte tenu de la décision antérieure de Missisquoi puisque, disait-il, il ne pouvait plus faire confiance à son assureur pour le choix de son défenseur.

La Cour a jugé insuffisante la preuve de l'assuré à cet effet mais elle a néanmoins reconnu qu'en certaines circonstances une telle situation pouvait justifier une représentation distincte, l'une pour assurer la défense de l'appelante et l'autre pour assurer celle de l'intimé. Dans les deux cas toutefois la Cour a pris acte de l'offre de l'appelante et a décidé que les deux avocats seraient choisis par l'intimé et, bien que cela ne soit pas mentionné dans le jugement, le principe encore appliqué est celui qui veut que le choix aille au payeur, en l'occurrence l'assureur.

Or voilà une décision qui contredit la position que j'ai l'intention de défendre dans le dossier des PCAA que je plaiderai prochainement. Je considère en effet que si dans ce dossier l'avocat choisi par l'assureur avait eu les mains libres, il aurait sans le moindre doute recommandé à ses clients soit de faire une requête Wellington soit de faire un appel en garantie contre l'assureur pour vider le débat d'assurance en même temps que le débat portant sur l'exécution du jugement.

Il aurait été facile dans une telle démarche de démontrer au juge chargé de la gestion du dossier Cinar que l'appel en garantie contre l'assureur ne retarderait pas l'exécution du jugement et apporterait un élément additionnel de sauvegarde, la solvabilité de l'assureur advenant un résultat favorable à l'assuré. Au moins deux des quatre jugements n'auraient pas été nécessaires et l'appel, si appel il y avait eu, aurait disposé en même temps de la question d'assurance et de la question d'exécution du jugement.

Voilà donc les quelques réflexions que mes expériences de praticien m'ont suggéré au cours des ans. Je trouve amusant de constater que je suis beaucoup plus libéral et pro-assuré aujourd'hui, à l'automne de ma carrière que je ne l'étais au début. Je suis amusé davantage à l'idée que je suis même rendu plus libéral que les tribunaux lorsqu'il s'agit d'interpréter certaines de nos règles d'assurance mais rassurez-vous mon évolution n'a été ni aussi généreuse ni aussi rapide dans l'interprétation du contrat d'assurance où, en général, je ne suis toujours pas porté à donner à l'assuré plus de droits qu'il n'en a me semble t-il.