

## L'affaire *Allstate* et *La Royale*

### La notion d'événement et les obligations des assureurs excédentaires, une solution propre au droit québécois

Odette Jobin-Laberge

Volume 62, numéro 4, 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1105008ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1105008ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (imprimé)

2817-3465 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Jobin-Laberge, O. (1995). L'affaire *Allstate* et *La Royale* : la notion d'événement et les obligations des assureurs excédentaires, une solution propre au droit québécois. *Assurances*, 62(4), 567–592. <https://doi.org/10.7202/1105008ar>

Résumé de l'article

Mrs. Jobin-Laberge is a well-known author and legal practitioner. We are pleased to publish the speech she gave in Montréal on November 10, 1994, at a seminar organized by Les Éditions Yvon Blais Inc. Mrs. Jobin-Laberge comments on the recent Quebec Superior Court decision, by way of a Motion for a Declaratory Judgment, in the *Allstate of Canada v. Royal Insurance* case. This is the first Quebec decision involving serial damages over a long period of time and the determination of the respective obligations of insurers, as primary and excess liability underwriters. While this issue has generated a considerable flow of American and European decisions, the "multiple trigger theory" had until now been untouched in Quebec. The Court studied the American decisions with caution and reserve in a Canadian context. The primary policy in force for the one-year period from December 31, 1979 to December 31, 1980 was found to be the sole primary policy engaging the responsibility of the insurer. Consequently, the applicable excess policy is the one issued for the period from April 30, 1980 to April 30, 1981.

## L'affaire *Allstate* et *La Royale*

La notion d'événement et les obligations  
des assureurs excédentaires, une solution  
propre au droit québécois \*

par

Odette Jobin-Laberge\*\*

*Mrs. Jobin-Laberge is a well-known author and legal practitioner. We are pleased to publish the speech she gave in Montréal on November 10, 1994, at a seminar organized by Les Éditions Yvon Blais Inc. Mrs. Jobin-Laberge comments on the recent Quebec Superior Court decision, by way of a Motion for a Declaratory Judgment, in the Allstate of Canada v. Royal Insurance case. This is the first Quebec decision involving serial damages over a long period of time and the determination of the respective obligations of insurers, as primary and excess liability underwriters. While this issue has generated a considerable flow of American and European decisions, the "multiple trigger theory" had until now been untouched in Quebec. The Court studied the American decisions with caution and reserve in a Canadian context. The primary policy in force for the one-year period from December 31, 1979 to December 31, 1980 was found to be the sole primary policy engaging the responsibility of the insurer. Consequently, the applicable excess policy is the one issued for the period from April 30, 1980 to April 30, 1981.*

567



L'affaire *Allstate* et *La Royale*<sup>1</sup> présente un double intérêt. Elle est la première décision québécoise portant sur l'application

---

\* Ce texte est une version légèrement remaniée d'une allocution présentée le 10 novembre 1994 lors de la conférence portant sur « Les défis actuels du droit des assurances » du service de conférences des Éditions Yvon Blais Inc.

\*\* Avocate, associée du cabinet Lavery, de Billy.

<sup>1</sup> JF 94-1292 (C.S.).

possible, mais prudente, des différentes théories américaines de détermination de la période de garantie d'une assurance de responsabilité civile dans le cas de dommages progressifs. Elle est aussi la première décision qui traite de l'étendue des obligations respectives d'un assureur primaire et d'un assureur excédentaire en ce qui a trait au paiement des intérêts sur le jugement, des frais judiciaires et des frais de défense et à ce titre mérite d'être commentée.

568

Bien que ces deux questions soient fort différentes, elles sont tout aussi intéressantes l'une que l'autre ; la publication de cette décision nous a aussi paru une bonne occasion de rappeler sommairement certains des principes en cause. Tout d'abord, nous résumerons les faits du dossier et traiterons par la suite des problèmes reliés à la garantie principale de l'assurance, c'est-à-dire la datation de l'événement ayant causé des dommages dont l'assurée est l'auteur fautif, pour enfin analyser les différentes garanties subsidiaires auxquelles l'assurée avait droit.

### Les faits

Canfarge Limitée, Ciment Canada Lafarge et ses filiales, dont Francon, (ci-après Canfarge) étaient assurées pour les conséquences de leur responsabilité civile auprès de La Royale, du 1<sup>er</sup> mai 1974 au 1<sup>er</sup> février 1982. Il s'agissait d'une assurance primaire comportant une limite annuelle de garantie d'un million de dollars.

Canfarge avait également obtenu une assurance auprès d'Allstate pour la période du 30 avril 1978 au 30 avril 1982. Il s'agissait d'une assurance excédentaire, c'est-à-dire qui entrait en jeu après épuisement de la limite d'un million prévue à l'assurance primaire. Pour la première année, l'assurance excédentaire comportait une limite de garantie de quatre millions qui fut augmentée à neuf millions pour chacune des années subséquentes.

Dans le cours normal de ses affaires, Canfarge a fabriqué et vendu au Canadien National (ci-après CN) trois cent mille traverses de chemins de fer en béton précontraint qui ont été

livrées entre 1974 et 1980 ; les livraisons variant entre quinze mille et quatre-vingt-douze mille pièces par année<sup>2</sup>. Ces traverses furent installées au fur et à mesure de leurs livraisons à travers le Canada mais elles s'avérèrent éventuellement impropres à l'usage auquel on les destinait en ce qu'une réaction chimique dite *alcali-agregat* est survenue. Cette réaction se manifesta par une expansion du matériau, entraînant d'abord des fissures microscopiques pouvant aller jusqu'à la rupture du béton.

Comme il s'agissait d'un projet expérimental, CN a exercé une surveillance régulière des traverses pour en évaluer la performance. Dès août 1976, lors d'une inspection de routine, on a noté de très fines fissures (hairline) dans un petit nombre de traverses (30 traverses sur 522). CN a alors conclu qu'un tel taux de fissures microscopiques était normal selon les résultats d'une expérience américaine de même nature.

569

En mars 1977, un ingénieur de CN rédigeait un nouveau rapport constatant la satisfaction du client en regard de la qualité de la production.

En août 1979, lors d'une nouvelle inspection de quelques 2 000 traverses, on notait des fissures sur 124 d'entre elles. L'ingénieur responsable se dit préoccupé et suggère une inspection plus détaillée dès que possible.

Cependant, en octobre 1979, une lettre du CN adressée à Canfarge indiquait que l'inspection d'août 1979 semblait plus alarmiste que nécessaire et proposait d'attendre au printemps 1980 pour porter un jugement plus précis.

En janvier 1980, l'assurée fit expertiser le béton de certaines périodes de production de l'année 1974 et de l'année 1977. L'assurée était manifestement préoccupée par la situation.

En avril 1980, l'Association de Ciment Portland fit rapport sur les échantillons soumis en janvier et concluait qu'il y avait présence d'une réaction *alcali-agregat*.

---

<sup>2</sup>Voir le tableau des livraisons, page 3 du jugement.

Par ailleurs, le 23 mai 1980, CN apprenait qu'il s'agissait d'une réaction *alcali-agregat* et faisait état pour la première fois du fait que le problème risquait d'être généralisé et d'affecter les traverses dans plusieurs régions du pays. CN suggérait alors une inspection plus poussée.

En mai et juin 1980, Canfarge poursuivait également son enquête et ses experts confirmaient les observations de l'Association de Ciment Portland quant à la présence d'une réaction *alcali-agregat*.

570

Le 7 août 1980, un avocat du contentieux du CN avisait Canfarge (Francon) que sa cliente entendait la tenir responsable de tous problèmes liés aux traverses et réserve ses droits à cet égard.

Un rapport additionnel, confirmant le problème, est daté du 14 août 1980.

Les études furent poursuivies en 1980 et 1981 et, éventuellement, concluaient à la nécessité de remplacer toutes les traverses.

CN a donc entamé le remplacement de toutes les traverses et, en 1983, a intenté une poursuite de 34 397 309 \$ contre Canfarge.

Canfarge avisa ses assureurs, tant primaires qu'excédentaires, et éventuellement ceux-ci ont réglé le dossier hors Cour aux conditions exposées ci-après, réservant toutefois leurs droits de régler entre eux les modalités du partage des indemnités versées, ce qu'elles firent par le biais d'une requête pour jugement déclaratoire présentée conjointement à titre de co-requérantes<sup>3</sup>.

Les obligations d'un assureur de responsabilité civile sont de deux ordres ; la première est sans conteste de payer l'indemnité pour les dommages qui font l'objet de la garantie principale, la seconde est l'obligation de payer les intérêts et

---

<sup>3</sup>La procédure est inusitée mais démontre clairement la collaboration des assureurs dans cette affaire.

l'indemnité additionnelle sur le capital, les frais judiciaires et les frais de défense, celles-ci étant toutes des garanties dites subsidiaires.

Le dossier fut réglé pour 12 500 000 \$ et chacun des assureurs a contribué pour la moitié, soit 6 250 000 \$. Pour les fins du litige, les parties ont convenu que le capital représentait 6 250 000 \$ et, les intérêts, une somme identique. Par ailleurs, les frais judiciaires s'élevaient à 538 367,99 \$ et les frais de défense (extrajudiciaires) à 450 000 \$.

### **La couverture d'assurance quant à l'indemnité — l'événement assuré**

571

Rappelons que les assurances de responsabilité civile des entreprises (CGL policy) comportent l'obligation d'indemniser l'assuré contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile pouvant lui incomber. Jusqu'au milieu des années 80, il n'y avait que des polices sur la base d'événement (occurrence) ; les définitions d'événement et de la période de garantie pouvaient varier d'un assureur à l'autre mais la formulation la plus usuelle dans l'industrie était d'indemniser l'assuré pour « les dommages corporels ou matériels survenant au cours du présent contrat ». Ce type d'assurance est encore très fréquent. Depuis, il y a sur le marché de l'assurance responsabilité civile des entreprises des polices qui offrent une protection sur la base de réclamations présentées (claims made). Ce type de police prévoit que l'assureur indemniser les conséquences de la responsabilité civile de l'assuré pour toute réclamation présentée à l'assureur durant la période de couverture sans égard au moment où la faute a été commise ni du moment où le sinistre est survenu. La connaissance de l'assuré de la réclamation réelle ou potentielle et sa présentation à l'assureur sont les éléments déterminants de la garantie.

Les polices offertes par Allstate et La Royale en la présente espèce étaient des polices sur la base d'événements "*which results during the policy period, in personal injury or destruction of tangible property...*".

La Royale soumettait que seul le contrat en vigueur lors de la survenance des dommages s'appliquait de sorte qu'elle ne devait qu'une limite de garantie d'un million pour l'indemnité et la somme correspondante pour l'intérêt, soit un maximum de deux millions. Dans l'hypothèse où La Royale avait raison, Allstate, à titre d'assureur excédentaire devait supporter toute indemnité excédant un million et les intérêts correspondants.

572

Allstate, pour sa part, plaidait qu'il s'agissait plutôt de dommages continus et que toutes les polices en vigueur entre 1974 et 1982 s'appliquaient, de sorte que chacune des limites de garantie annuelle d'un million devaient s'additionner et, à chaque limite annuelle, devait également s'additionner une somme identique correspondant aux intérêts sur l'indemnité. Selon Allstate, La Royale devait donc deux millions par année de couverture et dans l'hypothèse où Allstate avait raison, La Royale devait plus de douze millions. Cependant, Allstate s'était déclarée prête à verser deux millions en guise de contribution forfaitaire au règlement total de l'action, de sorte que la responsabilité ultime de l'assureur primaire serait de 10,5 millions.

Enfin, signalons immédiatement une particularité du dossier ; en effet, il est extrêmement rare qu'une police d'assurance responsabilité civile générale indemnise l'assuré pour le coût du retrait et des réparations ou du remplacement de son produit. Par exemple, dans la police BAC 2001 qui était la police type en vigueur durant les années 70 et jusqu'à sa refonte en 1987, on trouve une exclusion spécifique à cet égard<sup>4</sup>. Ce n'est qu'en raison d'un avenant particulier émis par l'assureur en faveur de Canfarge et dont on trouve le texte au jugement<sup>5</sup> que le coût du retrait et du remplacement des produits défectueux est couvert sous réserve que le prix du béton lui-même n'est pas indemnisé.

---

<sup>4</sup>Pour une analyse de cette exclusion voir: Heather A. SANDERSON, *The Comprehensive General Liability Policy: The Insuring Intent*, Butterworths, Toronto, 1990, pp. 171 à 180; Gordon HILLIKER, *Liability Insurance Law in Canada*, Butterworths, Toronto, 1991, pp. 150-151.

La première règle à suivre lorsqu'il faut déterminer la couverture d'assurance est l'interprétation des termes mêmes du contrat<sup>6</sup>. En effet, il peut arriver que l'assureur donne des indications précises de son intention quant au moment qui déterminera la couverture d'assurance. Par exemple, dans l'affaire *Canadian Indemnity c. Walkem Machinery*<sup>7</sup>, l'assureur s'était engagé à indemniser tous les dommages "*originating during the policy period*", de sorte que la Cour suprême a confirmé à cet égard les instances inférieures qui avaient jugé que c'était la police en vigueur au moment de la faute et non celle en vigueur au moment de la survenance des dommages qui s'appliquait. Dans une autre affaire, *Selig c. 31390 Saskatchewan Limited*, l'assureur avait pris la peine d'inclure une clause stipulant :

... Any loss or damage shall be deemed to have occurred at the time when same becomes manifest and not at the time of the act or omission causing the same.<sup>8</sup>

Ces décisions sont donc représentatives de la règle qu'il faut d'abord s'en tenir aux termes de la police pour connaître l'intention des parties mais elles sont des cas d'exception.

La plupart du temps, comme en la présente espèce, les termes de la police se limitent à dire que l'accident ou l'événement (*occurrence*) doit être survenu pendant la période d'assurance. À cet égard, la doctrine est assez abondante<sup>9</sup>.

<sup>5</sup>Pp. 15 et 16.

<sup>6</sup>À cet égard voir: Didier LIUELLES: *Précis des assurances terrestres*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1994, pp. 90 à 92.

<sup>7</sup>[1976] 1 R.C.S. 309, pp. 312 et 314.

<sup>8</sup>(1986) 22 C.C.I.I. 175 (Sask.-C.A.) p. 179.

<sup>9</sup>Voir: SANDERSON, op. cit. note 3, pp. 76 à 103, HILLIKER, op. cit. note 3, pp. 116 à 135; Malcolm A. CLARKE, *The law of insurance contracts*, Lloyd's of London Press Limited, 1989, pages 315 à 320; Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance (terrestres)*, Tome I, Les éditions Sem Inc. pages 274 à 282; Rémi MOREAU «La notion d'événement en assurance de responsabilité civile», 1987 (21) R.J.T. 417; Sylvie HÉBERT et Frank M. CALANDRIELLO «L'assurance responsabilité découlant des produits», (1990) 58 Assurance 201, pages 215 à 221. En jurisprudence, outre l'affaire *Walkem*, précitée note 5, on peut consulter quelques autres grands classiques: *Canadian Indemnity Co. c. Andrews and George Co. Ltd.*, [1952] I.L.R. 1-089 (SCC); *Pickford & Black Ltd. c. Canadian General Ins. Co.*, [1974] I.L.R. 1-160 (SCC); *Carwold Concrete*

Généralement, la faute et le dommage sont concomitants de sorte qu'il y a peu de difficultés à déterminer quand l'événement survient et, par voie de conséquence, il est facile de déterminer s'il survient pendant une période de garantie d'assurance ou non. Cependant, lorsqu'il s'écoule un certain délai entre la faute à l'origine du dommage et la survenance même du dommage ou, encore, lorsque les dommages sont progressifs, de sérieuses difficultés s'élèvent. Et, pour reprendre les termes du professeur Lambert-Faivre : « Il peut être difficile de dater la réalisation du dommage. »<sup>10</sup> »

574

À cet égard, différentes théories ont été élaborées sous divers systèmes juridiques et nous partageons les vues du juge Fraser Martin à l'effet que les décisions étrangères, particulièrement les décisions américaines, doivent être étudiées avec circonspection dans le contexte canadien et québécois<sup>11</sup>.

En droit français, l'article L-124-1 du *Code des assurances* se lit :

Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé.

Ce qui laisse croire que c'est la réclamation qui sera l'événement couvert. Cet article n'est toutefois pas d'ordre public et l'assureur peut définir le sinistre autrement.

Il semble cependant y avoir une confusion en droit français sur l'événement qui doit être retenu comme constituant le sinistre garanti. Selon Picard et Besson, le système adopté par le législateur fait en sorte que « la garantie de l'assureur n'est due et ne peut être mise en mouvement par l'assuré qu'à la suite d'une réclamation formulée par le tiers lésé. Tant que cet

---

*and Gravel Co. c. General Security Ins. Co.*, 17 C.C.L.I. 241 (Alb.-C.A.) et *Cansulex Ltd. v. Reed Stenhouse Ltd.*, 18 C.C.L.I. 24 (B.C.-S.C.).

<sup>10</sup> Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, 7e édition, Précis DALLOZ, 1990, p. 370.

<sup>11</sup> Voir pp. 9 à 14 du jugement.

événement ne s'est pas produit, quelle que soit la faute commise et quel que soit le dommage causé au tiers, il n'y a pas sinistre et l'assuré ne peut et ne doit agir contre l'assureur<sup>12</sup> ». Ceci semble régir les recours de l'assuré contre l'assureur mais ne détermine pas l'événement garanti. À cet égard, Picard et Besson semblent d'avis que l'interprétation donnée à l'article L-124-1 C.Ass. est à l'effet que c'est la faute commise durant la police qui est l'événement garanti car l'assuré envisage la protection pour les fautes dommageables qu'il peut commettre pendant la période où le contrat sera en vigueur<sup>13</sup>. Ils envisagent cependant la possibilité que l'assureur précise autre chose dans sa police<sup>14</sup>.

Le professeur Bergeron adopte une position semblable. Après avoir constaté que les polices nord-américaines couvrent généralement les accidents ou événements survenant durant la période de garantie<sup>15</sup>, il propose ses réflexions personnelles. Selon lui, et il fait référence à Picard et Besson, l'attente raisonnable de l'assuré est d'être indemnisé pour les faits générateurs de responsabilité qui se sont produit durant la période de couverture et l'assurance doit le protéger pour ses activités pour toute la durée du contrat quel que soit le temps de réalisation du dommage<sup>16</sup>. Le professeur Bergeron reconnaît toutefois le droit de l'assureur de définir sa garantie autrement mais exige à ce moment que l'assureur informe son assuré adéquatement de l'exigence de la réalisation du dommage au cours de la période de couverture<sup>17</sup>.

À notre avis, lorsque l'assureur indique clairement, comme en l'espèce, ce qui est couvert, savoir une *occurrence*, et que cette dernière est définie comme un accident ou un événement "*which results, during the policy period, in personal injury or injury or destruction of tangible property...*" et que cette notion

532. <sup>12</sup> Picard et Besson, *Les assurances terrestres*, Tome I, L.J.D.G., Paris, 1982, p.

<sup>13</sup> Idem, p. 133.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> BERGERON, op. cit., note 7, pp. 278-280.

<sup>16</sup> Idem, p. 281.

<sup>17</sup> Idem.

de "*during the policy period*" apparaît également à la définition de la période de garantie, tout indique alors son intention de couvrir le dommage survenant pendant la période de garantie sans égard au moment où la faute aurait pu être commise, par exemple durant une période antérieure d'assurance.

576 De fait, il semble y avoir un autre courant en France et, pour le professeur Lambert-Faivre, la règle de base est que le sinistre est constitué par la réalisation du dommage causé à la victime<sup>18</sup>. La survenance du dommage doit donc se situer pendant la période de garantie et même si la réclamation de la victime intervient au cours de la période de garantie, l'assuré ne sera pas couvert si le dommage est antérieur ; inversement, l'assuré est couvert dès que le fait dommageable survient durant la période de garantie même si la réclamation de la victime est présentée après la fin du contrat<sup>19</sup>.

En droit américain, différentes théories permettant de *dater* l'événement (*occurrence*) couvert par la garantie d'assurance ont été développées dans le cadre de décisions traitant de la responsabilité civile pour les produits pharmaceutiques et, surtout, dans le cadre des milliers de litiges recherchant la responsabilité des personnes reliées de près ou de loin à l'extraction de l'amiante, la fabrication de produits incorporant de l'amiante et leur distribution car dans ces litiges, il y avait souvent un long délai entre l'ingestion ou l'exposition aux produits et la réalisation manifeste du dommage.

La réponse à ces questions n'est pas facile et, de fait, au moins quatre théories principales ont été proposées. Nous utiliserons la terminologie américaine pour les désigner, la doctrine et la jurisprudence francophone à cet égard étant quasi inexistante<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Lambert-Faivre, op. cit., note 8, pp. 368-370.

<sup>19</sup> Idem, p. 369.

<sup>20</sup> YVONNE LAMBERT-FAIVRE dans *Risques et assurance des entreprises*, 3e édition, Précis DALLOZ, 1991, traite de cette question et utilise les termes anglophones de "exposure theory" et "manifestation theory", pp. 674 et 675.

- *Exposure theory*

La date de l'événement (occurrence) garanti est la date où la victime a été exposée pour la première fois aux conditions qui ont subséquemment causé un dommage.

- *Manifestation theory*

La date de l'événement est la date à laquelle la victime constate pour la première fois ou aurait dû constater qu'un dommage est survenu.

- *Triple trigger theory ou continuous exposure theory*

La date de l'événement est tant le moment de la première exposition que la date de la manifestation du dommage ainsi que toute la période écoulée entre ces deux dates.

- *Injury in fact theory*

La date de l'événement est la date à laquelle le dommage survient réellement<sup>21</sup>.

Selon Hilliker, la seule de ces théories qui correspond aux termes *during the policy period* généralement utilisés dans les polices CGL est la théorie du *injury in fact* car dès qu'il est possible de déterminer la date où le dommage est réellement survenu, toutes les autres théories deviennent non pertinentes<sup>22</sup>.

Comme le juge Martin, nous croyons qu'il y a lieu d'écarter toutes les décisions américaines traitant de dommages corporels en raison du biais prononcé des tribunaux de rechercher la responsabilité contractuelle du plus grand nombre d'assureurs afin de réunir le plus de fonds possibles pour la compensation de ces victimes<sup>23</sup>. Ainsi, les affaires *Keene*

---

<sup>21</sup> Ces définitions sont inspirées de HILLIKER, op. cit., note 3, p. 134; voir également à cet effet Patrick FAGEN, «Liability Insurance, Uncertainty and Long Tail Risk», (1989) 1 C.I.L.R. 217-232; Thomas R. M. DAVIS, "Allocation of Liability for Latent Diseases among Insurance Carriers" (1986) 4 *Canadian Journal of Insurance Law*, 13 à 31.

<sup>22</sup> HILLIKER, op. cit., note 3, p. 134.

<sup>23</sup> Voir jugement pp. 10 et 11.

*Corporation c. Insurance Company of North America*<sup>24</sup> et *Lac d'amiante du Québec Ltée c. American Home Assurance Co.*<sup>25</sup>, doivent être étudiées en ayant cette préoccupation en mémoire.

578

Les décisions concernant les dommages à la propriété sont manifestement plus pertinentes. Par exemple, dans *Dayton Independent School District c. National Gypsum*<sup>26</sup>, une cour fédérale de première instance en vient à la conclusion que les propriétaires des écoles contenant des produits à base d'amiante ont subi des dommages du jour de l'installation jusqu'au jour où ils ont dû retirer ces produits, de sorte que toutes les polices en vigueur entre ces deux dates devaient couvrir à l'assuré. Cependant, une décision plus récente rendue dans le district de New York, *Maryland Casualty Co. c. W.R. Grace & Company*<sup>27</sup> en vient à une conclusion contraire ; après avoir noté la diversité des décisions des tribunaux américains même en matière de dommages à la propriété, la cour décide qu'en raison des longues périodes de temps écoulées entre la faute reprochée et la survenance du dommage et de la difficulté de déterminer quand le dommage est réellement survenu, il n'était pas logique d'appliquer la théorie du *continuous trigger* mais qu'il valait mieux appliquer celle du *discovery trigger* (ou *manifestation trigger*), car c'est celle qui est la plus appropriée pour déterminer la responsabilité des assureurs pour des dommages à la propriété.

En droit canadien, nous n'avons retracé qu'une seule décision qui se penche réellement sur cette question. Il s'agit de l'affaire *Privest Properties Ltd. c. The Foundation Company of Canada Ltd.*<sup>28</sup> dont certains extraits ont été cités par le juge Martin<sup>29</sup>. Dans cette affaire, le juge Drost résume les quatre théories américaines<sup>30</sup> et discute de plusieurs des décisions

<sup>24</sup> 667 F.Rep. 2nd 1034 (1981).

<sup>25</sup> 613 F. Supp. 1549 (1985).

<sup>26</sup> 682 F. Suppl. 1403 (1988).

<sup>27</sup> 794 F. Suppl. 1006 (1991).

<sup>28</sup> 1991 J.L.R. 1-2737 ou 57 B.C.L.R. 2nd 88 ou (1991) 6 C.C.L.I. (2d) 23.

<sup>29</sup> Citation aux pp. 36 et 37 du jugement.

<sup>30</sup> Privest, précité note 26, pp. 1367 et 1368 du I.L.R.

américaines ; il fait également référence à la décision canadienne *Cansulex Ltd. vs. Reed & Stenhouse Ltd.*<sup>31</sup> pour décider qu'en l'espèce, en raison du fait qu'il s'agissait d'une requête préliminaire, il était préférable de laisser au juge du mérite qui entendrait toute la preuve, y compris la preuve d'expert, en venir à sa propre conclusion sur le moment de la survenance de l'événement couvert et il ne privilégie aucune théorie particulière. Cette attitude confirme qu'il s'agit d'une question de faits laissée à l'appréciation du juge des faits.

Dans notre affaire, nous avons l'impression que le juge Martin retient en réalité une autre théorie qu'il tire d'une décision plus ancienne, *United States Fidelity c. American Insurance Co.*<sup>32</sup> En effet, dans l'affaire *United States Fidelity*, il s'agissait de la dégradation et de la détérioration des briques d'un immeuble et la cour a conclu que ce n'est pas le moment où la première détérioration est notée qui est l'événement assuré, puisqu'à ce moment il peut parfois être difficile d'évaluer si le dommage est sérieux mais plutôt le moment où la détérioration devient assez importante pour indiquer à un assuré raisonnable qu'il y a une perte certaine même si elle n'est pas encore survenue. Cette façon de voir permet d'éviter l'écueil de l'argument voulant que la détérioration de chaque brique constitue un événement assuré et ainsi entraîner une multiplication des actions en dommage, rendant quasi inutiles les règles de la prescription *extinctive*<sup>33</sup>.

En la présente espèce, il est clair que CN n'a pas attendu la rupture définitive des traverses de chemin de fer, ni même le craquement de chacune d'elles, pour les remplacer de sorte qu'il n'y a peut-être jamais eu survenance du dommage ultime anticipé qui était la rupture du béton.

Procédant ensuite à la détermination du moment où l'assurée pouvait raisonnablement croire à un dommage potentiel sérieux à son produit, le juge Martin estime que cela

<sup>31</sup> Précitée note 7.

<sup>32</sup> 345 N.E. (2d) 267 (1976).

<sup>33</sup> Voir pp. 41 à 43 du jugement.

n'a pu survenir avant que l'assurée obtienne le résultat des expertises conduites par l'Association de Ciment Portland soit au printemps 1980. De plus, la réclamation potentielle est devenue prévisible par l'assurée en août 1980 lorsque le procureur du CN l'a avisé qu'il entendait la tenir responsable en tant que manufacturier et vendeur de tous les dommages qui pourraient être causés à sa cliente pour les défauts des traverses. Le jugement estime également déterminante la réception d'un rapport d'expertise le 14 août 1980 et conclut donc que l'événement (occurrence) garanti par l'assurance est survenu au mois d'août 1980 et qu'il est donc couvert par la police en vigueur à cette date.

Cette façon d'analyser le problème est des plus intéressantes. Bien que l'on puisse, à première vue, croire que le juge Martin fait d'une police sur la base d'événement (*occurrence*) une police sur la base de réclamation présentée (*claims made*) puisqu'il retient le moment où l'assurée pouvait raisonnablement croire que sa responsabilité était engagée et qu'une réclamation serait présentée contre lui, critères qui sont généralement ceux déclenchant la garantie d'une police *claims made*, l'approche retenue est compatible avec une police sur la base d'événements. En effet, la solution retenue est originale en ce qu'il s'agit à la fois d'une application de la *manifestation theory* et du *injury in fact theory*, la manifestation étant le moment où le défaut de fabrication fut réellement identifié, c'est-à-dire le moment où l'on a su qu'il s'agissait d'une réaction *alkali-agregat*, et de l'*injury in fact theory*, le dommage étant survenu réellement lorsque le caractère irréversible du problème est devenu certain car c'est cela qui, par la suite, a entraîné la décision de remplacer toutes les traverses.

Fondamentalement toutefois, il s'agit de l'application de la règle classique qu'il faut d'abord s'en remettre aux termes du contrat ; rappelons que l'événement couvert est le coût du retrait et de remplacement des traverses et non les traverses elles-mêmes, c'est donc le moment où la décision a été prise de les retirer et les remplacer qui est déterminante et non celui de leur détérioration.

Les polices d'assurance de responsabilité civile offrent des garanties subsidiaires. Il s'agit principalement du paiement des intérêts sur le jugement, du paiement des frais judiciaires taxables et du paiement des frais de défense encourus pour l'assuré, le tout généralement en sus de la limite de garantie qui, elle, est consacrée exclusivement au paiement de l'indemnité en capital. En droit québécois, l'article 2503 C.c.Q.<sup>34</sup>, oblige l'assureur à assumer ces frais en sus de la limite de garantie.

En regard du caractère d'ordre public de cet article, il est clair que l'assureur primaire ne peut y déroger et doit assumer de telles obligations. La question qui se posait dans l'affaire *Allstate* c. *La Royale* est de savoir si l'assureur excédentaire avait aussi de telles obligations et, dans l'affirmative, comment le partage entre l'assureur et l'assureur excédentaire devait-il se faire?

581

Le juge Martin cite les clauses pertinentes des deux polices d'assurance<sup>35</sup>. On y constate que la police primaire contient sous le titre :

DEFENCES, SETTLEMENT, SUPPLEMENTARY  
PAYMENTS

With respect to such insurance as it afforded by the policy,  
the Insurer shall :

A) ...

B) 1) ...

2) pay all costs taxed against the Insured in any such suit and all interests accruing before or after entry of judgment until the insurer has paid or tendered or deposited in court such part of such judgment as does not exceed the limit of the insurer's liability thereon.

3) ...

<sup>34</sup> Auparavant l'article 2605 C.c.B.C. qui est celui étudié par le juge Martin; cette règle n'était toutefois en vigueur que depuis 1976.

<sup>35</sup> Pp. 45 et 48 du jugement.

4) ...

And the amount so incurred, except settlements of claims and suits are payable by the insurer in addition to applicable limit of liability of this policy.<sup>36</sup>

Quant à la police excédentaire, elle comportait la clause classique disant qu'elle était présumée conforme au droit de la province dans laquelle elle serait émise<sup>37</sup> et la garantie était définie de la façon suivante :

582

- (1) This policy is subject to the same warranties, terms and conditions (except as regard the premium, the obligation to investigate and defend, the limits of liability and the renewal agreement, if any, and except as otherwise provided herein) as are contained in or as may be added to the underlying insurance described in Item 2 of the Declaration 2.<sup>38</sup>

(notre soulignement)

Comme la plupart des polices excédentaires, la police s'engageait également à indemniser l'assurée pour le "*ultimate net loss excess of the total of all applicable limits of insurance described in (Item 2 of the Declaration)*"<sup>39</sup>. Enfin, dans les conditions de la police, l'assureur excédentaire précisait qu'il n'avait aucune obligation d'assumer la défense de quelque réclamation ou poursuite intentée contre l'assurée :

... but shall have the right and opportunity to be associated with the Insured in the defence and trial of any such claims, suits or proceedings relative to any accident or occurrence which, in the opinion of the Insurer, may create liability on its part under the terms of this policy.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> P. 46.

<sup>37</sup> Clause 13, p. 45 du jugement.

<sup>38</sup> P. 45 du jugement.

<sup>39</sup> P. 47 du jugement.

<sup>40</sup> Condition 6B), p. 47 du jugement.

La définition du “*ultimate net loss*” comportait les termes suivants : “... *but excludes all losses, expenses and legal expenses (including attorney's, court costs and interest on any judgment or award...*”<sup>41</sup>

Cette structure est classique ; il est donc clair, des termes mêmes de la police, que l'assureur excédentaire n'avait aucune obligation de défendre et que son engagement était simplement de payer toute portion d'indemnité en sus de l'assurance primaire et qu'il n'entendait pas assumer les intérêts sur jugement, les frais judiciaires et les frais extrajudiciaires.

583

- Les intérêts sur l'indemnité

L'article 2605 C.c.B.C., en vigueur au moment du contrat applicable<sup>42</sup>, précise que l'assureur est tenu au paiement de l'indemnité et « aux intérêts sur le montant de la garantie » de sorte que *La Royale*, à titre d'assureur primaire, soutenait n'avoir à payer que les intérêts reliés à sa limite annuelle d'un million, intérêts estimés, par le biais d'une admission, à une somme égale d'un million.

Le juge Martin lui donne raison et conclut que la seule obligation de l'assureur primaire est celle définie à l'article 2605 C.c.B.-C. et que sa limite de garantie ne peut être augmentée par les termes de la police excédentaire ; toute somme qui n'est pas à la charge de l'assureur primaire doit être à la charge de l'assureur excédentaire<sup>43</sup>. Chaque assureur doit donc payer des intérêts en proportion de sa contribution respective qui, rappelons-le, est de 1,000,000 \$ pour la police de base et de 5.5 millions \$ pour l'excédent et, rappelons-le, des intérêts pour une valeur égale à l'indemnité.

Ce raisonnement nous apparaît bien fondé. L'engagement de l'assureur primaire ne peut être modifié par les termes du contrat intervenu entre *Canfarge* et l'assureur excédentaire ; l'assureur primaire n'y est pas partie et, de plus, l'assureur

<sup>41</sup> Condition 8, p. 48 du jugement.

<sup>42</sup> L'article 2503 C.c.Q. est au même effet.

<sup>43</sup> P. 50 du jugement.

excédentaire connaissait l'existence de l'assurance primaire puisqu'elle est mentionnée au *Schedule of Underlying Insurance* et il pouvait également en connaître les termes.

- Les frais judiciaires

584

Quant aux frais judiciaires, rappelons que certaines des polices en cause avaient été émises en 1974 et, donc, avant la réforme du droit des assurances de 1976 et l'adoption de l'article 2605 C.c.B.-C. Avant 1976, il arrivait que certaines polices prévoyaient que les frais judiciaires étaient inclus dans la limite de garantie de sorte que les parties ont jugé utile de soumettre au juge Martin l'affaire *Swan Wooster Engineering Co. Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*<sup>44</sup> à l'effet que les frais taxables sont payables en sus de la limite de garantie. De toute façon, depuis 1976, l'article 2605 C.c.B.-C. dispose clairement de cette question. La police retenue étant celle en vigueur au mois d'août 1980, l'article 2605 C.c.B.-C. trouve application et ces frais doivent être assumés par l'assureur en sus de la limite de garantie.

L'assureur primaire, La Royale, soutenait que l'article 2605 C.c.B.-C. étant d'ordre public, « la loi s'applique à tout assureur opérant au Québec, sans distinction de nature ou de niveau »<sup>45</sup>. De cet argument découle que si les deux contrats sont conformes à la loi, les règles de paiement des frais taxables entrent en jeu pour chacun et, en conséquence, ces frais doivent être acquittés au prorata tout comme les intérêts.

Le juge Martin est d'avis que les articles 2600 à 2605 C.c.B.-C., bien qu'ils soient d'ordre public, ne sont pas un système de réglementation des relations entre un assureur primaire et un assureur excédentaire :

While they (Art. 2600 to 2605) apply as here, in the case of business or commercial enterprises covered by sophisticated multilayered and interlocking, or supposedly

<sup>44</sup> 1981 I.L.R. 1-1333.

<sup>45</sup> P. 51 du jugement.

interlocking contract of insurance it is obvious that they were not enacted with a view to regulating such situations. Essentially what the legislator did was to enact consumer oriented provisions primarily, if not exclusively, with a view to protecting the Insured.

In my view it can serve no useful purpose to pummel, twist or torture these provisions in attempt to "fit a square peg into a round hole". The Code articles in my view do not even contemplate, indeed they studiously ignore, the potential competing interests of liability insurers in a primary-excess context. With respect for the contrary view, the articles of the Code to which I have referred are of little assistance in navigating through these murky waters.<sup>46</sup>

De l'avis du juge Martin, le législateur, en adoptant ces dispositions, a choisi de laisser à l'industrie de l'assurance la tâche de définir et de réglementer les obligations respectives des assureurs impliqués dans une situation quelconque. Dans la mesure où les dispositions contractuelles ne sont pas en conflit avec les dispositions du code ou n'affectent pas les droits de l'assuré, il est difficile d'imaginer comment l'ordre public pourrait être compromis<sup>47</sup>.

L'assureur primaire soutenait également qu'en raison du fait que les deux assureurs étaient appelés à contribuer au paiement de l'indemnité, les deux devaient également contribuer au paiement des frais judiciaires sur la même base que pour le calcul des intérêts sur l'indemnité. Ce raisonnement est également fondé sur le texte de l'article 2605 C.c.B.-C.

Le juge Martin opte pour la même solution que celle retenue en regard des intérêts et estime que les frais judiciaires doivent être payés en proportion des frais qui sont dus et exigibles sur le montant de la limite de garantie de l'assureur primaire, le solde étant payable par l'assureur excédentaire. À son avis, cette façon de voir respecte à tout le moins l'esprit, si

---

<sup>46</sup> Pp. 52 et 53 du jugement.

<sup>47</sup> P. 53 du jugement.

ce n'est la lettre, des conditions 8, 9A) et 9B) de la police excédentaire d'Allstate<sup>48</sup>.

Cette solution est plus surprenante car l'article 2605 C.c.B. - C. n'impose une limite à l'obligation de l'assureur primaire qu'en regard de l'intérêt payable, en le reliant à la limite de garantie ; l'article ne fait aucune relation entre la limite de garantie et les frais judiciaires. Cependant, il est exact que les termes du contrat de Allstate permettent d'en venir à une telle solution. Même si on peut penser que l'article 2605 C.c.B.-C. vise aussi un assureur excédentaire, le jugement respecte, encore une fois, la règle fondamentale de détermination des obligations d'un assureur, savoir le respect des termes mêmes du contrat.

À notre avis, les frais judiciaires imposés à l'assureur excédentaire se limiteraient fort probablement à l'honoraire additionnel de 1 % au-delà d'un million puisque c'est la seule portion des frais taxables directement reliés à la valeur de la réclamation dont l'assureur excédentaire assume 5.5 millions. Le juge Martin ne se prononce pas sur la façon dont doivent être partagés ces frais judiciaires.

- Les frais de défense

Quant à l'obligation de défendre, la situation est un peu plus délicate. En effet, la police primaire comporte une telle obligation qui est d'ailleurs imposée par l'article 2604 C.c.B.-C. L'assureur primaire, La Royale, a rempli cette obligation en comparaisant au nom de l'assurée.

La question posée au juge était donc de déterminer si l'assureur excédentaire devait également contribuer aux frais de défense en raison du fait que le montant de la réclamation, de même que celui du règlement hors cour, était bien au-delà de la limite de garantie de l'assurance primaire.

Dans la police excédentaire, on trouve les termes usuels d'une telle police, décrivant la position dite traditionnelle en vertu de laquelle l'assureur primaire doit assumer toute

---

<sup>48</sup> P. 54 du jugement.

l'obligation de défendre et l'assureur excédentaire a une obligation limitée à cet égard. Le juge Martin cite un extrait de l'affaire *Privest Property c. Foundation Co. of Canada*<sup>49</sup> à l'effet que l'assureur excédentaire n'a, généralement, l'obligation de défendre que s'il n'y a pas d'assureur primaire en place.

De fait, la condition 6 B) de la police n'impose pas une obligation de défendre à l'assureur excédentaire, bien au contraire :

The Insurer shall not, however, be called upon to assume charge of the settlement or defence or of any of the claims made, or suits brought or proceedings instituted against the insured, but shall have the right and opportunity to be associated with the Insured in the defence and trial of any such claims, suits or proceedings relative to any accident or occurrence which, in the opinion of the Insurer, may create liability on its part under the terms of this policy.<sup>50</sup>

587

L'obligation de l'assureur excédentaire d'assumer une partie des frais de défense a fait l'objet de quelques décisions dans les provinces de common law. Par exemple, dans *Canadian Indemnity c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*<sup>51</sup>, on a décidé que l'assureur excédentaire, tout comme l'assureur primaire, avait l'obligation de défendre l'assuré lorsque le potentiel de la réclamation mettait en jeu les deux garanties. Il faut cependant noter que, dans cette affaire, la police de l'assureur excédentaire semble contenir une obligation de défendre. Cette décision *Canadian Indemnity* est intéressante, car elle fait référence à une décision californienne, *Continental Casualty Co. c. Zurich Insurance Co.*<sup>52</sup>, où on avait jugé que l'assureur excédentaire devait participer aux frais de défense, car :

<sup>49</sup> Précité, note 26, voir l'extrait cité à la p. 56 du jugement.

<sup>50</sup> P. 47 du jugement.

<sup>51</sup> 63 D.L.R. (3d) 485.

<sup>52</sup> (1961) 366 P. (2d) p. 455.

A contrary result would simply provide a premium or offer a possible windfall for the insurer who refuse to defend, and thus, by leaving the insured to his own resources, enjoy the chance that the costs of defense will be provided by some other insurer at no expense to the company which declines to carry out its contractual commitments.<sup>53</sup>

588

La revue la plus intéressante sur l'état de cette question des obligations respectives des assureurs primaires et excédentaires en matière de frais de défense, est sans contredit la décision de la Cour d'appel d'Ontario dans *Broadhurst & Ball c. American Home Insurance Co.*<sup>54</sup> et le juge Martin l'étudie longuement<sup>55</sup>.

Dans *Broadhurst*, le juge Robins notait le peu de décisions, canadiennes ou anglaises, sur le sujet ainsi que la division des tribunaux américains sur cette question<sup>56</sup>. Il en vient à la conclusion qu'en vertu des termes du contrat, la police ne limitait pas véritablement l'obligation de défendre de l'assureur excédentaire (ce qui nous semble très discutable) et, en raison de cette constatation, il conclut qu'il avait une obligation concurrente de défendre. Malgré l'absence de liens contractuels entre l'assureur primaire et l'assureur excédentaire, le juge Robins estime avoir le droit d'émettre une ordonnance concluant au partage des frais de défense. Il est clair que le tribunal a été fortement influencé par l'avantage (windfall) que l'assureur excédentaire retirait de son refus d'honorer ce que le juge considérait être sa propre obligation contractuelle de défendre.

Le juge Martin refuse de suivre la position de la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *Broadhurst* au motif que les termes de l'assurance excédentaire de Allstate sont clairs à l'effet qu'il n'entendait pas assumer les frais de défense ; il ajoute que l'assureur primaire avait une obligation fondamentale de défendre qu'il aurait dû remplir de toute manière que la perte ait été ou non inférieure à sa limite de garantie. De plus, même si

<sup>53</sup> Voir *Canadian Indemnity* précité note 49, p. 490.

<sup>54</sup> (1991) 4 C.C.L.I. (2d) 89, permission d'en appeler à la Cour suprême refusée.

<sup>55</sup> Pp. 57 à 61 du jugement.

<sup>56</sup> *Broadhurst*, précité note 52, p. 98.

pour les fins de la discussion, le juge Martin est prêt à assumer que la doctrine de l'*equitable subrogation* existe en droit québécois, question sur laquelle il ne se prononce pas, il décide qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte en l'espèce. Enfin, il estime que les articles 2604 et 2605 C.c.B.-C. ne sont d'aucune aide aux deux assureurs pour déterminer leurs obligations respectives.

Notons que l'affaire *Broadhurst* fut une véritable surprise dans le monde de l'assurance quant aux obligations d'un assureur excédentaire, et, elle a fut commentée à cet égard<sup>57</sup>.

La seule règle que l'on puisse tirer de l'arrêt *Broadhurst* est qu'il s'agit d'un cas d'exception aux obligations généralement contenues dans les contrats d'assurance excédentaire, exception qui découlerait d'une formulation discutable de la clause de rétention. Nous croyons que le principe général demeure qu'un assureur excédentaire n'a aucune obligation de défendre à moins qu'une loi ne lui impose clairement, ce que ne faisait pas l'article 2604 C.c.B.-C., ou qu'il y ait expressément consenti dans son contrat. Notons toutefois que la plupart des polices d'assurance excédentaire contiennent une clause en vertu de laquelle l'assureur excédentaire a le droit d'intervenir dans la défense menée par l'assureur primaire ; en pratique, il peut alors choisir de partager les coûts ou de retenir ses propres procureurs.

Il est intéressant de signaler que le Bureau d'assurance du Canada (BAC) a préparé une entente à laquelle peuvent adhérer les assureurs membres pour déterminer les droits et obligations des assureurs primaires et excédentaires<sup>58</sup>.

En vertu de cette entente, l'assureur primaire s'engage envers l'assureur excédentaire à faire enquête pour toutes les réclamations couvertes par la police, à assumer seul la

---

<sup>57</sup> Robert KLIGMAN, "The Duty to Defend in Canada", 3 *Canadian Insurance Law Review* 23, pp. 28-29; Roger HARRIS, "The Excess Insurer and the Duty to Defend - *Broadhurst & Ball vs. American Insurance Co.*," 3 *Canadian Insurance Law Review* 261; W.A. MCCAGUE, "Primary and Excess Insurance" dans *Liability Insurance Coverage Dispute*, Insight Litigation Services, Toronto 1991.

<sup>58</sup> «Agreement of Guiding Principles between Primary and Excess Liability Insurers respecting Claims» dont on peut trouver le texte à Brown & Menezes, *Insurance Law in Canada*, 2nd Edition, Carswell 1991, pp. 467-472.

responsabilité de la défense de l'assuré et, plus particulièrement, à présenter tous les moyens de défense qu'il est prudent et nécessaire de présenter et, enfin, à obtenir toute la preuve nécessaire pour soutenir ces défenses. L'assureur primaire s'engage également à agir de bonne foi dans sa décision de régler avec la victime et de porter en appel toute décision défavorable qu'un justiciable raisonnablement prudent aurait lui-même porté en appel. Dans le cas où la réclamation excède la limite de garantie de l'assureur primaire, celui-ci s'engage à aviser l'assureur excédentaire de cette réclamation et à fournir, à la demande de ce dernier, toute une série de renseignements.

Pour sa part, l'assureur excédentaire s'engage à n'exercer aucune pression sur l'assureur primaire ou autre assureur excédentaire pour régler la cause, à ne mettre aucune pression non plus sur l'assureur primaire pour qu'il engage des frais de défense déraisonnables et, enfin, à coopérer avec lui pour protéger les intérêts de l'assuré et à partager avec lui toute information qu'il pourrait obtenir par sa propre enquête. Dans l'hypothèse où l'assureur excédentaire décidait d'intervenir dans la défense, les parties partageront les frais de défense selon l'entente intervenue ou, à défaut d'entente, en proportion de leur contribution respective au règlement de la cause ou au paiement du jugement intervenu.

Nous ignorons si, en l'espèce, une preuve précise fut présentée au juge Martin sur la nature de l'intervention de l'assureur excédentaire pour le règlement du dossier, toutefois il est permis de croire qu'il n'y avait effectivement aucune entente entre les parties puisqu'il y avait réserve des droits de chacun de faire trancher cette question par la Cour. Nous soumettons que les principes directeurs proposés par le BAC respectent la pratique en ce domaine, pratique généralement précisée dans les termes mêmes du contrat. Si les parties avaient été membres signataires de l'entente proposée par le BAC, la solution aurait probablement été la même que celle retenue par le juge Martin.

Une question intéressante demeure et n'a pas été abordée par les parties, les circonstances ne s'y prêtant probablement pas.

Il s'agit de la possibilité pour l'assureur primaire de déposer une somme équivalente à sa limite de garantie afin de faire cesser son obligation de défendre. En effet, rappelons que la cour supérieure dans l'affaire *Mines d'amiante Bell Ltée c. Federal Insurance Co.*<sup>39</sup> avait permis à un assureur de cesser de défendre son assurée au motif qu'il avait depuis longtemps épuisé sa limite de garantie quant à l'indemnité et payé plusieurs fois la valeur de cette limite en frais de défense. Par contre, le juge Bissonette dans *The Yorkshire Ins. Co. c. Turgeon*<sup>40</sup> avait reproché à un assureur sa décision de payer une première réclamation et d'avoir voulu se libérer de son obligation de défendre les autres réclamations résultant du même accident. La notion de bonne foi de l'assureur est donc un critère déterminant<sup>41</sup>.

Cette problématique ne viserait que les frais de défense, car il est clair que l'assureur excédentaire doit les intérêts sur la portion d'indemnité qu'il doit assumer de même qu'il nous semble raisonnable qu'il assume les frais judiciaires en relation avec sa portion d'indemnité.

Si jamais la Cour d'Appel devait renverser le juge Martin sur la question des frais de défense et en venir à la conclusion qu'un partage est possible, il ne nous semble pas évident que ce partage doit être fait en proportion des indemnités versées, car il est fréquent qu'un assureur de première ligne engage des frais de défense substantiels et, parfois même, supérieurs à l'indemnité qu'il versera effectivement. Il est bien établi que l'obligation de défendre est une obligation distincte, parallèle et quasi sans limite pour l'assureur primaire. Si l'équité devait être prise en considération, on peut soutenir que ce serait donner un avantage indu à l'assureur primaire que de le dégager en partie de ses obligations pourtant illimitées ; mais alors, que faire de l'argument voulant que l'assureur excédentaire tire un avantage

<sup>39</sup> [1985] C.S. 1096.

<sup>40</sup> [1960] B.R. 625.

<sup>41</sup> Sur cette question, on pourra consulter: Kligman, loc. cit. note 55, pp. 29 à 31, et pour la jurisprudence américaine: Christine J. WICHES "Brown v. Lumbermens Casualty: When Does Exhaustion of Policy Limits Terminate an Insurer's Duty to Defend", 69 North Carolina L.R. 1660-1671.

certain de la situation même s'il n'a contractuellement aucune obligation contractuelle à cet égard? Cette absence d'obligation contractuelle se reflète généralement dans le taux de prime ; il est bien connu que l'assurance excédentaire coûte, toute proportion gardée, beaucoup moins cher que la première tranche de couverture et cette différence de taux de prime est en partie fondée sur cette absence de participation aux frais de défense, l'autre facteur actuariel important étant la plus faible fréquence des demandes d'indemnisation au niveau de l'assurance excédentaire.

592

### Conclusion

Le titre de ce commentaire indique « une solution propre au droit québécois ». Il aurait fallu y ajouter un point d'interrogation car, s'il s'agit de la première décision québécoise d'importance sur ces différentes questions, il n'est pas évident que « la solution soit propre au droit québécois » si on se fie aux autorités citées par le juge. Elle l'est toutefois dans une certaine mesure.

En effet, le juge Martin manifeste une rassurante indépendance d'esprit face aux multiples théories du droit américain sur la notion d'événement garanti. En outre, l'article 2605 C.c.B.-C. lui fournit une solution claire sur l'étendue de l'obligation de l'assureur primaire concernant les intérêts sur l'indemnité. Bien que cet article ne lui ait pas été d'un grand secours pour analyser les relations entre l'assureur primaire et l'assureur excédentaire sur les questions des frais judiciaires et des frais de défense, il s'en est inspiré, du moins pour les frais judiciaires. En définitive, les solutions retenues nous apparaissent satisfaisantes et équitables.