

LE PARTAGE DE LA DÉFENSE ENTRE L'ASSUREUR ET L'ASSURÉ

Par Me Yves Tourangeau
et Me Dominique Giguère*

INTRODUCTION

Au Québec, l'obligation de l'assureur de défendre l'assuré est prévue à l'article 2503 du *Code civil du Québec*, lequel énonce :

« 2503. L'assureur est tenu de prendre fait et cause pour toute personne qui a droit au bénéfice de l'assurance et d'assumer sa défense dans toute action dirigée contre elle. »

Les frais et dépens qui résultent des actions contre l'assuré, y compris ceux de la défense, ainsi que les intérêts sur le montant de l'assurance, sont à la charge de l'assureur, en plus du montant d'assurance. »

Depuis différents arrêts de principes de la Cour suprême du Canada, il a été clairement établi que l'obligation de défendre des assureurs ne s'applique que lorsque les allégations paraissent à première vue donner ouverture à indemnisation. Ainsi, l'obligation de défendre est plus large que celle d'indemniser et l'une dépend des allégations et l'autre, de la preuve.

Comme le disait la juge McLachlin en 1990 dans l'arrêt ***Nichols c. American Home Assurance Co.***¹ :

« L'obligation de défendre, contrairement à l'obligation d'indemniser, n'est pas déclenchée par des actes ou des omissions réels, mais par des allégations et s'applique « même si l'une ou plusieurs des allégations de la poursuite sont non fondées, fausses ou frauduleuses. »

(page 809)

« (...) Cependant, les principes généraux applicables à l'interprétation des contrats d'assurance étayent la conclusion que l'obligation de défendre n'existe que lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d'indemnisation du contrat d'assurance. (...) »

1 *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1. R.C.S. 801

En même temps, il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y aura effectivement obligation d'indemniser pour déclencher l'obligation de défendre. La seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l'ai déjà souligné, l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser. »

(page 810)

Puis, dans ***Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera***², le juge Iacobucci proposait une analyse en trois étapes pour déterminer si une demande en justice est susceptible d'entraîner l'indemnisation :

« [50] 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. (...) 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 procédures. 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 procédures.

[51] 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. (...)

[52] Enfin, à la troisième étape, le tribunal doit déterminer si les allégations non dérivées qui sont adéquatement formulées sont susceptibles d'entraîner l'obligation de défendre de l'assureur. (...) »

Un an plus tard dans ***Monenco Ltd c. Commonwealth Insurance Co.***³, le juge Iacobucci traitait de la possibilité d'aller au-delà des actes de procédure pour déterminer si une obligation de défendre existe dans une situation donnée. Il écrivait :

« [36] Sans vouloir décider de la mesure dans laquelle une preuve extrinsèque peut être prise en considération, j'estime qu'il est possible de tenir compte de la preuve extrinsèque mentionnée explicitement dans les actes de procédures pour déterminer le contenu et la nature véritable des allégations et, ainsi, apprécier la nature et l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur. »

Ces principes ont été maintes fois repris depuis par les tribunaux du Québec.

2 *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551

3 *Monenco Ltd c. Commonwealth Insurance Co.* [2001] 2 R.C.S. 699, 2001 CSC 49

Depuis l'arrêt **Compagnie d'assurance Wellington c. M.E.C. Technologie inc.**,⁴, l'assuré, insatisfait de la position de l'assureur sur l'obligation de défendre, n'a pas à assumer les frais de défense et poursuivre son assureur en garantie et peut obtenir l'exécution en nature forcée de l'obligation de défendre dès la comparution par le biais de ce que nous appelons maintenant une « requête Wellington ».

LA DÉFENSE DE L'ASSURÉ EN CAS DE RÉCLAMATIONS COUVERTES ET NON COUVERTES

Qu'arrive-t-il cependant si l'analyse préconisée par la Cour suprême révèle que certaines portions de la réclamation sont couvertes et d'autres non?

Déjà dans l'arrêt **Nichols** précité, la juge McLachlin soulevait la problématique de la défense de l'assuré dans le contexte de poursuites contenant des allégations couvertes et non couvertes par le contrat d'assurance. Elle soulignait :

« L'intérêt qu'a l'assureur à présenter une défense est lié à la possibilité qu'il puisse en fin de compte être obligé d'indemniser l'assuré en vertu de la police. Il est dans l'intérêt de l'assureur que si on conclut à l'existence de la responsabilité, ce soit pour un motif qui ne relève pas de la police. Obliger l'assureur à présenter une défense pour des réclamations qui ne peuvent relever de la police le place dans la situation où il a à s'opposer à des réclamations qui, dans son intérêt, devraient être accueillies. L'intimé a dit que cette possibilité de conflit pourrait être évitée si l'assuré pouvait retenir les services de son propre avocat dont les frais seraient assumés par l'assureur. Cela ne mettrait cependant pas fin au problème. Il serait compréhensible qu'un assureur hésite à donner "carte blanche" et à payer n'importe quels frais engagés par n'importe quel avocat, peu importe leur importance. L'assureur ne pourrait cependant contester aucune de ces dépenses sans précisément soulever le même conflit. »

(page 812)

La juge McLachlin a accepté la position d'une dualité de défense entre l'assureur et l'assuré, lorsque certaines allégations relèvent de la couverture et d'autres non, et a avalisé la pratique établie au Canada et aux États-Unis. En effet, elle indiquait :

4 *Compagnie d'assurance Wellington c. M.E.C. Technologie inc.*, 1999 CanLII 13663 (QC CA)

« Pour cette raison, l'assureur a l'habitude de ne présenter une défense que dans le cas des réclamations qui relèvent potentiellement de la police, tout en demandant à l'assuré de retenir les services de son propre avocat à l'égard des réclamations qui ne relèvent clairement pas des conditions de la police. »

(page 812)

Dans l'arrêt **Boréal Assurances inc. c. Réno-Dépôt inc.**⁵ rendu en 1995, la Cour d'appel du Québec reconnaissait l'application au Québec des principes dégagés dans l'arrêt **Nichols** précité. Traitant de la situation de la défense de l'assuré dans un contexte de dommages couverts et non couverts, la Cour d'appel apportait la précision suivante :

«[90] (...) la réclamation simultanée de dommages clairement exclus par une clause du contrat d'assurance et de dommages couverts par la protection offerte n'affecte pas l'obligation de défendre de l'assureur à l'égard de ces derniers si, par ailleurs, les actes ou omissions allégués dans l'action tombent dans le cadre du contrat. Il reviendra alors à l'assuré d'assumer sa défense pour les dommages non couverts. »

(nos soulignements)

Dans l'affaire **Poulin c. Arguin**⁶, l'assuré, poursuivi en vices cachés, présentait une requête de type Wellington pour forcer son assureur à assumer entièrement sa défense. L'assureur avait accepté de défendre l'assuré, mais uniquement pour les dommages-intérêts réclamés et non pas pour le coût des travaux visant à corriger le vice caché. L'assureur avait mandaté un avocat pour défendre la portion couverte de la réclamation et une comparution particularisée fut produite. L'argument de l'assuré était que bien que l'assureur n'avait pas l'obligation d'indemniser pour le coût des réparations, il devait quand même défendre cette portion de la réclamation puisque le rejet de celle-ci entraînait inévitablement le rejet de la réclamation en dommages-intérêts. Le juge Godbout a rappelé les principes de l'obligation de défendre et cité les extraits repris ci-haut des arrêts **Boréal Assurances** et **Fermont (Ville de)** pour conclure :

5 *Boréal c. Réno-Dépôt*, 1995 CanLII 5072 (QC CA), EYB 1995 – 2918 (C.A.).

6 *Poulin c. Arguin*, 7 février 2003, jugement de l'honorable Bernard Godbout, 350-05-000076-027 (C.S.)

« [17] L'engagement de Promutuel de défendre « entièrement à ses frais » son assurée, Mme Bolduc, est nécessairement conditionnel au fait que la réclamation soit couverte par le contrat d'assurance. D'aucune façon l'obligation de défendre, même interprétée de la façon la plus large possible, ne peut être interprétée de manière à imposer à l'assureur l'obligation d'assumer la défense de son assuré à l'égard d'un risque non couvert par le contrat d'assurance.

[18] Quant au deuxième argument, il ne résiste pas davantage à l'analyse. En effet, quoiqu'il soit évident que la réclamation en dommages-intérêts sera rejetée si la réclamation pour les vices cachés est rejetée, l'on ne peut ignorer l'article 1728 C.c.Q. qui précise que « si le vendeur connaissait le vice caché ou ne pouvait l'ignorer, il est tenu, outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur ».

[19] Il en résulte donc qu'il est possible que le recours pour vice caché puisse être accueilli et celui en dommages-intérêts rejeté. Ce dernier recours ouvre donc la possibilité à une défense spécifique, soit l'ignorance par le vendeur de l'existence du vice caché. Il peut donc y avoir une défense spécifique sur cet aspect et partant, on ne peut imposer à l'assureur le fardeau d'assumer la défense d'un aspect de la réclamation non couvert par la police, si par ailleurs une défense spécifique au « risque couvert par l'assurance » est possible. »

(nos soulignements)

Comment doit s'effectuer la défense de l'assuré dans ce contexte?

La possibilité que l'assureur mandate un avocat pour défendre les portions couvertes et que l'assuré fasse de même pour les portions non couvertes a soulevé le problème de l'unicité de représentation par un seul avocat *ad litem*.

Dans **Fermont (Ville de) c. Pelletier**⁷, la Cour d'appel devait se prononcer sur une requête en rejet d'une deuxième comparution pour l'assuré. Dans le cadre de la poursuite de tiers, l'assureur avait mandaté un avocat pour se défendre et défendre l'assuré. Celui-ci, étant donné que le montant réclamé dépassait le montant de la garantie d'assurance, avait mandaté ses propres procureurs pour comparaître au dossier. Le tiers présenta une requête en rejet de la comparution des avocats de l'assuré. Le juge Delisle, reprenant les extraits ci-haut cités des décisions rendues dans **Nichols** et **Boréal Assurances**, souligna que dans le cas de dommages couverts et non couverts réclamés simultanément dans la même procédure, il pouvait y avoir double comparution pour l'assuré, mais que la comparution devait alors être particularisée pour respecter le principe de l'unique avocat *ad litem*. Pour reprendre les termes du juge Delisle, il ne s'agirait

7 *Fermont c. Pelletier*, J.E. 98-507 (C.A.)

là « *que d'une technicité que l'habilité des avocats saura maîtriser* ». En l'espèce, il ne s'agissait pas de la situation de dommages couverts et non couverts, mais le juge Delisle conclut que l'assuré avait quand même intérêt à mandater ses procureurs pour suivre le débat et protéger ses intérêts puisque toute condamnation au-delà du montant de la garantie ne serait exécutoire que contre lui. Ceci n'affectait toutefois en rien l'obligation de défendre de l'assureur, selon le juge Delisle, laquelle s'imposait pour le tout. Le juge Delisle émettait le commentaire suivant :

[28] « Il se peut que la présence simultanée au dossier d'avocats chargés de défendre des intérêts convergents entraîne des situations particulières. Il appartiendra au juge de première instance, chargé de l'enquête, d'établir une ligne de conduite propre à tenir compte des intérêts de chaque partie, en évitant autant que possible le doublage. »

La Cour d'appel octroya un délai de 40 jours à l'assuré pour modifier la comparution de ses procureurs afin que sa formulation tienne compte des réserves émises dans son jugement.

À notre sens, cet arrêt a rendu caduc l'arrêt **Nobert c. Lavoie**⁸ dans lequel on avait requis une seule et unique comparution. La Cour d'appel avait requis à l'époque qu'un seul avocat soit présent au dossier en vertu d'une comparution et que ce soit ce même avocat qui traite des éléments couverts et non couverts. En l'espèce, il s'agissait d'une action en dommages et intérêts et en injonction. Nous croyons que l'évolution du droit a fait apparaître des impossibilités pratiques à cette décision.

Puis, en 2009, dans **Gagnon c. Sinotte**⁹, la Cour d'appel devait encore une fois se prononcer sur la question de l'unicité de la représentation de l'assuré. Dans cette affaire, l'assurée avait intenté une poursuite en diffamation contre des défendeurs qui se portèrent demandeurs reconventionnels invoquant à leur tour une atteinte à leur réputation et réclamant des dommages matériels, moraux et exemplaires. L'assuré présenta cette réclamation à son assureur responsabilité qui mandata des procureurs pour assurer sa défense et prendre fait et cause sur la demande reconventionnelle. Les défendeurs-demandeurs reconventionnels présentèrent une requête en rejet de cette comparution, invoquant le principe de l'unicité de la représentation, laquelle fut accueillie par le juge de première instance notamment sur la base de l'arrêt **Nobert c. Lavoie** précité. La Cour d'appel, sous la plume du juge Brossard, souligna d'emblée que le droit des assurances avait évolué depuis l'arrêt **Nobert c. Lavoie** et l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994. Puis, se basant notamment sur l'arrêt **Fermont (Ville de) c. Pelletier**, le juge Brossard conclut :

⁸ *Nobert c. Lavoie*, 1989 CANLII 1175 (C.A.)

⁹ *Gagnon c. Sinotte*, 2009 QCCA 1553

« [41] D'entrée de jeu, j'ai précédemment souligné l'évolution du droit des assurances résultant des amendements apportés par le Code civil du Québec entrés en vigueur en 1994. De fait, je doute fort que l'arrêt Nohert aurait été le même, de nos jours, à la lumière des arrêts de notre Cour subséquents à leur adoption, en ce qui concerne les droits respectifs d'un assureur et d'un assuré dans un même dossier.

[43] Par ailleurs, dans l'affaire *Fermont (ville de) c. Pelletier*, notre Cour, contredisant en cela certains aspects essentiels du jugement *Nohert c. Lavoie*, reconnaissait le droit de l'assuré et de l'assureur d'être tous deux représentés par deux avocats distincts lorsque le montant de l'action excédait les limites du contrat d'assurance.

[44] Il me paraît clair de ces arrêts que les droits et obligations découlant des relations contractuelles entre assureur et assuré, tels que sanctionnés légalement par le Code civil du Québec, constituent une exception indéniable au principe de l'unicité de représentation dès que la complexité d'une instance est telle à soulever des questions en litige visant des intérêts exclusifs propres à l'un ou à l'autre des deux, quelles que soient leur connexité et leur source légale respectives.

[45] Comme le disait le juge Delisle dans *Fermont (ville de) c. Pelletier*, il est alors du ressort du juge de première instance d'établir la ligne de conduite permettant à chaque partie de faire valoir ses intérêts en évitant « autant que possible » le doublage.

[46] Je suis d'avis que telle est la solution opportune en l'instance, et je suis bien convaincu que le juge de première instance pourra facilement déterminer les limites d'intervention du procureur qui représente l'appelante sur l'action principale et sa contestation par les intimés, par opposition à celle du procureur la représentant sur la demande reconventionnelle. »

(nos soulignements)

La Cour d'appel commenta ainsi la suggestion des défendeurs/demandeurs reconventionnels que l'assureur retienne les services de l'avocat de l'assurée à titre d'avocat-conseil :

« [25] Il en est de même de la suggestion faite par les intimés, en l'espèce, que l'appelante retienne purement et simplement les services de l'avocat désigné par l'assureur, mais à seul titre de conseil de l'avocat déjà au dossier, quitte pour ces deux derniers à se partager la tâche lors de l'audition, entre la demande principale pour l'un et la défense reconventionnelle pour l'autre. On croirait lire un extrait du *Tartuffe* de Molière. »

L'appel fut accueilli et la comparution des procureurs mandatés par l'assureur sur la demande reconventionnelle resta au dossier.

En 2006, dans **Géodex inc. c. Zurich, compagnie d'assurances**¹⁰, la Cour d'appel était saisie de l'appel d'un jugement de la Cour supérieure ayant rejeté une requête de type Wellington. Le litige concernait l'action en dommages d'un syndicat de copropriété contre un ingénieur et la firme qui l'employait et dont il était un dirigeant, pour diverses réclamations qui incluaient la correction de déficiences de construction et la mise aux normes du bâtiment de même que des dommages reliés à l'effondrement d'un stationnement. Dans un premier temps, l'assureur de l'ingénieur et sa firme mandatèrent des avocats pour comparaître au dossier pour les assurés et défendre l'action, puis donnèrent instructions aux avocats de cesser d'occuper pour produire quelques jours plus tard une intervention conservatoire en son nom, se limitant à faire valoir ses intérêts quant à la portion de la réclamation reliée à l'effondrement du stationnement, seule portion jugée couverte. Insatisfaits, les assurés présentèrent une requête Wellington qui fut cependant rejetée par la Cour supérieure. Après analyse des principes relatifs à l'obligation de défendre et d'indemniser, dans un contexte de requête Wellington, la Cour d'appel conclut :

« [30] Selon moi, l'application de la démarche proposée par la Cour suprême et repris par la Cour mène à quatre possibilités.

[31] Premièrement, le juge des requêtes conclut, après analyse des allégations et de la police, que les réclamations découlant de faits allégués, tenus pour avérés à cette étape, relèvent clairement de la protection. L'assureur doit alors défendre, et ce, sans recours possible contre son assuré si les faits avérés ne sont pas subséquentement prouvés par le tiers, entraînant le rejet de son action (hormis le cas où l'assuré aurait fraudé son assureur ou lui aurait caché volontairement des faits qui, si connus, auraient amené à une absence de protection). En ce sens, l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser et en est distincte (Nichols c. American Home Assurance Co., précité, p. 810; Boréal Assurances Inc. c. Réno-Dépôt inc., p. 61).

[32] Deuxièmement, le juge des requêtes conclut, après analyse des allégations, en leur donnant la portée la plus large possible, et de la police, que les réclamations découlant des faits allégués, tenus pour avérés à cette étape, ne relèvent clairement pas de la couverture ou sont spécifiquement exclues par la police. L'assureur ne peut se voir alors contraint de défendre l'assuré. Si par la suite, les faits mis en preuve laissent entrevoir une possibilité de couverture, l'assuré pourra demander à nouveau à l'assureur d'assumer sa défense, à moins qu'il ne préfère procéder par appel en garantie ou action récursoire contre l'assureur pour les frais engagés pour sa défense.

10 Géodex inc. c. Zurich, compagnie d'assurances, 2006 QCCA 558

[33] *Troisièmement, l'exercice ne permet pas au juge des requêtes d'en arriver à l'une ou l'autre des deux possibilités décrites précédemment; en d'autres mots, les réclamations pourraient être couvertes par la police, mais le contraire demeure possible. L'assureur doit alors défendre l'assuré car selon la jurisprudence, à ce stade, la seule possibilité que la réclamation soit couverte suffit (Nichols c. American Home Assurance Co., précité; Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera, précité; Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co., précité, Compagnie d'assurance Wellington c. M.E.C. Technologie Inc., précité).*

[34] Quatrièmement, il se peut que l'analyse mène à la conclusion que les réclamations sont couvertes, ou pourraient être couvertes, mais en partie seulement. En ce cas, l'assureur n'a l'obligation de défendre que les réclamations couvertes; quant à l'assuré, il devra voir à ses intérêts pour le reste (Nichols c. American Home Assurance Co., p. 812-813; Boréal Assurances Inc. c. Réno-Dépôt inc., précité; Fermont (ville de) c. Pelletier, [1998] R.J.Q. 736 (C.A.), p. 739). En effet, l'obligation de défendre est restreinte à une réclamation qui peut relever de la police, comme l'énonce l'art. 2503 C.c.Q. Si l'assureur accepte sous réserve de défendre pour le tout, il devra y avoir partage des frais de défense entre l'assureur et l'assuré, puisque l'avocat agira en vertu de deux mandats distincts. Par contre, si l'assuré désigne son propre avocat, il faudra éviter de créer un fardeau additionnel à la partie adverse. Parlant pour la Cour, mon collègue le juge Delisle écrit dans l'arrêt Fermont, précité, p. 740 :

Il se peut que la présence simultanée au dossier d'avocats chargés de défendre des intérêts convergents entraîne des situations particulières. Il appartiendra au juge de première instance chargé de l'enquête d'établir une ligne de conduite propre à tenir compte des intérêts de chaque partie, en évitant autant que possible le doublage. »

(nos soulignements)

Le juge Dalphond retint que certaines réclamations en l'espèce n'étaient pas couvertes (la remise aux normes des bâtiments non endommagés et la correction des déficiences de construction) et que d'autres l'étaient (l'effondrement du garage incluant les troubles ennuis et inconvénients). Son analyse le mena donc à la quatrième possibilité. L'assureur devait donc assumer la défense de l'assurée relativement aux dommages couverts seulement en fournissant et payant un procureur aux assurés pour la portion couverte et ne pouvait se limiter à une intervention conservatoire.

Cette décision fut maintes fois reprise depuis.

Ainsi donc, la possibilité d'une double comparution pour l'assuré et donc double représentation paraît bien établie bien qu'elle puisse de prime abord contrevenir au principe de l'unicité de l'avocat *ad litem*. Comme les juges l'ont fait valoir dans

les arrêts **Fermont** et **Sinotte** précités, bien que cette double comparution soit permise, il faut cependant éviter le doublage, ce qui peut soulever d'autres problèmes au niveau de l'exercice de la défense par les avocats, ce que nous verrons plus loin.

Ainsi, suivant la quatrième possibilité identifiée par le juge Dalphond dans l'arrêt **Géodex** précité, en cas de réclamations couvertes et non couvertes qui peuvent être identifiées clairement, l'assureur n'est tenu en principe de défendre que les réclamations couvertes¹¹. Il le fera par le biais d'une comparution particularisée et avisera l'assuré de mandater ses propres avocats pour la défense des réclamations non couvertes. L'assureur a également le choix de défendre néanmoins pour le tout, sous réserve d'énoncer au préalable dans une lettre à l'assuré les éléments jugés non couverts.

Techniquement, selon le jugement **Géodex**, lorsque faisant face à la quatrième possibilité, l'assureur choisit de défendre le tout avec lettre de réserve, un partage des frais de défense devrait s'opérer afin de tenir compte des éléments non couverts. Un tel partage devrait aussi être effectué si un assureur est subséquemment condamné à indemniser l'assuré des frais de défense alors que seule une portion de la réclamation s'avère couverte.

Notons d'abord que cette question fut déjà traitée avant **Géodex** dans l'affaire **Bétonnière St-Rémi inc. c. Ville de St-Rémi**¹². La Cour supérieure a appliqué une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹³ sur le partage des frais de défense en cas d'allégations couvertes et non couvertes et conclu que dans la mesure où il est possible de faire le tri entre les frais engagés dans le cadre des parties couvertes ou non couvertes, l'allocation des frais de défense peut être effectuée.

Cette décision fut appliquée par la Cour d'appel dans **Procureur général du Québec c. Girard**¹⁴. Dans cette affaire, la ville de Saguenay était poursuivie avec d'autres parties pour des dommages causés par l'exploitation d'un dépôt de matériaux secs dans un quartier résidentiel. On invoquait que la Ville avait été fautive en n'intervenant pas auprès de l'exploitant pour sévir vu le non-respect des normes environnementales. Quant aux dommages, seuls ceux reliés à la présence de rats étaient couverts, le reste étant exclu par l'exclusion pollution. Sur l'action en garantie de la ville de Saguenay contre son assureur, la Cour d'appel conclut :

11 Voir aussi *Corriveau c. Powers*, 2009 QCCQ 2448

12 *Bétonnière St-Rémi inc. c. Ville de St-Rémi*, REJB 1998-10404

13 *Continental Insurance Co. v. Dia Met Mineral, Ltd*, [1996] B.C.J. No. 1293

14 *Procureur général du Québec c. Girard*, 2004 CanLII 47874 (QC CA)

« [14] Quant à l'obligation de défense, le juge de première instance a commis une erreur en condamnant l'appelante à payer à l'intimée l'ensemble des sommes déboursées pour assumer sa défense. En effet, l'obligation de l'appelante se limitait à la question reliée au préjudice découlant de la présence des rats. Ainsi, si l'appelante avait rempli son obligation, elle aurait dû défendre l'intimée sur la question de la responsabilité et aussi sur celle de dommages résultant de la présence de rats, mais n'avait aucune obligation quant au reste des chefs de dommages eu égard à l'exclusion claire dans la police du préjudice causé par le risque de pollution. Dans l'affaire *Bétonnière St-Rémi inc. c. St-Rémi (Ville)*, la juge Carole Julien conclut que les frais d'un procès doivent être partagés lorsqu'il est possible «de faire le tri entre les frais engagés dans le cadre des parties couvertes et non couvertes». Cette détermination est conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité suivant lesquels l'indemnisation est proportionnelle à l'obligation. Dans les circonstances, vu l'ampleur de la preuve reliée à la couverture d'assurance, l'appelante ne doit être tenue de payer que 50% des frais déboursés par l'intimée pour ses frais de défense. »

Un partage des frais de défense fut aussi appliqué par la Cour d'appel dans les arrêts *Kansa Général International Insurance Co. (Liquidation de)*¹⁵ et *Hôtels Fairmount inc. c. Schecter*¹⁶, vu la présence d'éléments couverts et non couverts dans la réclamation. La Cour d'appel, dans ces affaires, semble avoir déterminé le partage des frais de défense de façon arbitraire, en fonction d'un ratio des montants couverts versus le montant total de la transaction intervenue dans le cas de l'affaire *Kansa*.

Cependant, certaines décisions récentes ont nuancé ce principe du partage des frais de défense en tenant compte de l'impact des éléments non couverts sur la preuve et les frais engagés dans le cadre de la défense de l'assuré.

En effet, dans l'affaire *Bissonnette c. Venturelli*¹⁷, la Cour supérieure a conclu qu'il n'y avait pas lieu de faire un tel partage des frais de défense engagés par les assurés pour se défendre à l'action intentée contre eux, bien que l'un d'eux n'était pas assuré sur la garantie applicable, puisque la défense de ce dernier n'avait pas entraîné de frais supplémentaires. La question du partage des frais de défense se posait ici après coup puisque les assurés avaient choisi de poursuivre en garantie l'assureur, ayant donc assumé leur défense et les coûts afférents dont ils demandaient le remboursement par le biais de leur action en garantie. Le juge Daniel Payette écrivait :

15 *Kansa Général International Insurance Co. (Liquidation de)*, 2008 QCCA 807

16 *Hôtels Fairmount inc. c. Schecter*, 2009 QCCA 2053

17 *Bissonnette c. Venturelli*, 2008 QCCS 5012

« [255] Compte tenu de l'effet combiné de la clause de garantie, des définitions d'« assuré » et de « faute » et du libellé du chapitre III, Aviva n'avait d'obligation de défendre qu'à l'endroit de Mme Iorns et Mme Hotte. Par voie de conséquence, le Syndicat a droit au remboursement des frais encourus pour les défendre.

[256] Faut-il, comme le suggère Aviva, déduire le tiers des frais de défense des procureurs ayant représenté les Demandeurs en garantie simplement parce qu'un des trois défendeurs ne bénéficie pas de l'obligation de défendre? Le Tribunal conclut que non.

[257] Au Québec, l'obligation de défendre de l'assureur de responsabilité civile n'est pas que contractuelle, elle est légale et d'ordre public en ce sens que le contrat d'assurance ne peut donner à l'assuré moins de droits que ne le prévoit l'article 2503 C.c.Q. Ce constat est crucial quand vient le temps d'examiner l'intensité et l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur.

[258] Le problème survient quand une même action contient à la fois des allégations couvertes et d'autres qui ne le sont pas ou, comme dans le cas en l'espèce, lorsque l'action vise des défendeurs qui bénéficient de l'obligation de défendre et d'autres qui n'en bénéficient pas, mais qui sont représentés par le même procureur.

[259] Dans de tels cas, la question n'est pas de savoir si un défendeur profitera de la situation en bénéficiant d'une défense aux frais de l'assureur, mais de savoir si l'obligation de défendre de l'assureur s'en trouve alourdie. C'est une question de faits. »

Puis, procédant à l'analyse de décisions rendues sur la question du partage des frais de défense, le juge Payette conclut :

« [265] Ceci dit, il ne faut pas procéder à une application désincarnée de ces principes. Ce n'est pas simplement parce qu'une réclamation contient des allégations couvertes et d'autres qui ne le sont pas qu'il y aura nécessairement un partage des frais de défense. Encore faut-il conclure que la défense des allégations non couvertes a entraîné des frais distincts et quantifiables.

[266] De même qu'un avocat mandaté pour représenter l'assuré tant pour les allégations couvertes que pour les allégations qui ne le sont pas ne pourrait facturer une seconde fois à l'assuré le travail effectué dans le cadre de la défense des allégations couvertes, de même, on ne peut faire assumer par l'assuré de frais de défense qui devaient de toute façon être assumés par l'assureur dans le cadre de son obligation de défendre.

[267] Ainsi si la défense des allégations non couvertes n'entraîne pas de frais de défense supplémentaire, l'assureur devra assumer l'ensemble des frais de défense. »

L'assureur ayant convenu que la défense du syndicat n'avait généré aucuns frais supplémentaires, le juge Payette a accueilli l'action en garantie sans procéder à un partage des frais de défense.

Le juge Poirier, de la Cour supérieure, est arrivé à la même conclusion dans l'affaire **Laboratoires Confab c. Zurich Compagnie d'assurance**¹⁸, appliquant notamment la décision **Bissonnette c. Venturelli**. Tout comme dans cette affaire, le juge Poirier devait se prononcer sur la question du partage des frais de défense dans le cadre d'une demande de remboursement de l'assuré. En l'espèce, l'assuré avait assumé sa défense et réglé le dossier hors cour. Sur le sujet de l'allocation des frais de défense, le juge Poirier indiquait :

« [69] Comme second argument, Zurich demande le partage de ces honoraires considérant qu'une portion de la réclamation de Innodia à l'encontre de Confab n'était pas couverte par la police. En effet, Innodia réclamait les honoraires payés à Confab ainsi que la valeur de son produit IPA. Les procureurs ont convenu que la proportion entre la partie de la réclamation non couverte et la partie couverte correspond à 16,6%. Si le principe de partage s'applique, ce pourcentage peut être appliqué en réduction des dommages réclamés par Confab à Zurich.

[70] En conséquence, Zurich prétend que 16,6% des honoraires versés aux procureurs de Confab dans le cadre de la poursuite intentée par Innodia doivent être assumés par Confab. Confab rejette cette prétention indiquant qu'il y a une confusion entre les services rendus aux fins de défendre Confab dans l'action sous-jacente traitant de la partie couverte ou non couverte par la police. En d'autres mots, lorsque les procureurs de Confab défendent cette dernière, leur argument en défense est unique, que ce soit pour défendre Confab à l'encontre du montant de réclamations pour les dommages correspondant à la perte du produit IPA ou la réclamation des honoraires facturés par Confab. Confab se réfère à la décision Bissonnette c. Venturelli et al où la Cour a établi que lorsque les frais de défense sont intimement liés, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe du partage, particulièrement s'il y a confusion entre le ou les arguments permettant de défendre la partie de la réclamation couverte et non couverte par la police.

[71] La Cour donne raison à Confab. Dans le présent cas, il est évident qu'on ne peut dissocier les honoraires facturés par les procureurs de Confab aux fins de la défendre à l'encontre des deux éléments de réclamation, l'un couvert et l'autre non couvert par la police. L'argument en défense invoqué par Confab, soit le respect des BPF, aurait pu être soutenu par Zurich et il répond aux deux éléments de réclamation avancés par Innodia.

18 *Laboratoires Confab c. Zurich Compagnie d'assurance*, 2011 QCCS 3282

[72] En soutenant que Confab avait respecté les BPF, le procureur de Zurich aurait, par son argumentaire, fait face tant à la demande de remboursement du produit IPA à Innodia, dont la réclamation est couverte par la police, que la demande de remboursement des honoraires facturés par Confab à Innodia qui n'est pas couverte par la police. Il ne doit donc pas y avoir de partage entre les frais engagés par les procureurs de Confab en fonction des services rendus pour la défendre à l'encontre de la partie de la réclamation couverte ou non couverte par la police.

[73] Le même argument a été soulevé par Zurich pour les coûts d'expertise. Le Tribunal conclut donc dans le même sens. Le montant ne pourra donc être réduit. »

Le juge Payette eut à nouveau à traiter de cette question en 2011 dans l'affaire **Université de Montréal c. Desnoyers Mercure & Associés**¹⁹. Il était toutefois saisi alors d'une requête Wellington. Bien qu'il ait décidé que l'assureur avait l'obligation de défendre, et donc que la question du partage des frais de défense ne s'appliquait pas, le juge Payette mentionna néanmoins :

« [110] Comme Placements a démontré qu'il y a une possibilité de protection contre les dommages réclamés par l'Université, Intact doit assumer sa défense.

[111] Par ailleurs, bien qu'une partie de la réclamation puisse être exclue de la protection initiale, il n'y a pas lieu de procéder à une allocation des frais de défense.

[112] En effet, ce n'est pas parce qu'une réclamation contient des allégations couvertes et d'autres qui ne le sont pas qu'il y aura nécessairement un partage des frais de défense. Encore faut-il que la défense des allégations non couvertes entraîne des frais distincts et quantifiables. Sinon, l'assureur doit assumer l'ensemble des frais de défense.

[113] Le fardeau de le démontrer appartient à l'assureur.

[114] En l'espèce, Intact n'en a pas fait mention.

[115] Par voie de conséquence, il n'y a pas lieu de déterminer un tel partage. »

Il n'est pas clair, à la lecture du jugement, si le juge Payette a distingué, dans le traitement de l'obligation de défendre qu'on lui soumettait, les parties couvertes et non couvertes. En effet, le jugement semble conclure que puisqu'il y a des allégués possiblement couverts, l'obligation de défense est déclenchée du fait

19 Université de Montréal c. Desnoyers Mercure & Associés, 2011 QCCS 3564

qu'il y avait allégations de dommages matériels sans expressément indiquer que la défense devait s'appliquer à des éléments non couverts. En effet, eu égard à certaines allégations de l'assureur relativement à des exclusions, comme par exemple l'exclusion produits, le juge Payette s'exprime ainsi :

« [87] Il appartenait ainsi à *Intact* de démontrer que cette clause d'exclusion s'applique de façon claire et non équivoque à toute l'action intentée par l'université.

[88] Or, ce n'est pas le cas. »

Par la suite, le juge s'attarde dans ses conclusions au partage des frais, concluant ce qui fut mentionné aux paragraphes 110 à 115 du jugement. Il n'est donc pas clair que le juge a étendu l'obligation de défendre à des éléments non couverts. Il a plutôt conclu que puisque les allégués démontraient des éléments couverts et que l'assureur n'avait pas clairement démontré l'application d'une exclusion, l'obligation de défendre s'appliquait et que le partage des frais n'avait pas à être considéré, l'assureur n'ayant pas fait la preuve de frais distincts. Nous croyons cependant que les termes utilisés rendent la décision ambiguë à l'égard de la portée de l'obligation de défense.

De prime abord donc, les trois jugements considérés, soit **Laboratoires Confab c. Zurich Compagnie d'assurance**, rendu par le juge Poirier (confirmé en appel **Zurich , compagnie d'assurance c. Gestion Guy Lamarre 2013 QCCA 367**), **Bissonnette c. Venturelli** et **Université de Montréal c. Desnoyers Mercure & Associés**, rendus par le juge Payette, sont tous trois des jugements qui traitaient du partage des frais. Le *ratio* de ces trois jugements, selon nous, est que le partage des frais ne sera effectué que si l'assureur apporte la preuve que des coûts distincts ont été encourus ou seront encourus par la défense de l'assureur et se rapportant à des éléments non couverts. Nous ne lisons pas ces jugements comme indiquant une obligation pour l'assureur de défendre des éléments non couverts. Dans le cas contraire, nous serions d'avis que ce ne serait pas une bonne application des principes de droit existants.

Par ailleurs la cour d'appel a confirmé le jugement du juge Poirier dans l'affaire **Laboratoires Confab**. La Cour dans l'arrêt **Zurich**, a unanimement confirmé qu'il appartient à l'assureur de démontrer que les allégations non couvertes ont entraîné des frais distincts s'il veut les récupérer et/ou ne pas devoir les payer. Précisons que dans ce jugement la cour d'appel précise que l'obligation de défendre (art. 2503C.c.Q.) ne naît pas seulement après signification d'une requête introductive d'instance mais bien dès la mise en demeure.

Quant aux frais de défense , la cour ne semble pas se demander si la décision de l'assureur à l'examen des procédures étaient ou pas justifiée. La cour se prononce ainsi:

"(14) Ayant décidé que l'appelante a l'obligation d'indemnise l'intimée, il n'est plus nécessaire de se pencher sur la question de savoir sur quelles informations le juge de première instance pouvait se fier pour déterminer l'obligation de défendre." (paragraphe 14)

Ce passage laisse songeur. En effet bien que tous s'entendent pour déterminer que l'obligation de défendre s'évalue à la lumière des allégations des procédures, le remboursement des frais ordonné par la cour ne semble pas tenir compte du fait que l'obligation était ou pas née au moment des procédures. Il semble que pour la cour, puisque l'indemnisation a été décidée, tous les frais de défenses sont remboursables. On pourrait conclure qu'ils le sont même si au départ les allégués ne justifiaient pas le déclenchement de l'obligation de défendre.

Cela voudrait dire qu'un assureur, qui valablement refuse de défendre parce que les allégations ne démontrent pas de possibilité de couverture, comme la Cour Suprême nous l'a enseigné (**arrêt Nichols**), pourrait se voir condamner à rembourser ces frais de défense si, à la suite d'une enquête au procès, un jugement intervenait concluant à l'indemnisation. On ferait payer à l'assureur des frais de défense pour une défense qu'il avait raison de ne pas assumer basée sur les faits allégués.

Cela peut paraître étrange. En effet si l'assureur rend une décision qui est valable au départ, comment justifier que suite à la preuve au procès sur des éléments qu'il n'avait évidemment pas au départ, on lui impose rétroactivement l'assumption des coûts de la défense. Bien plus ce refus de défendre peut même être confirmé par jugement si une requête de type Wellington est produite et qu'elle est rejetée.

Ainsi une décision de non -couverture et de non-assumption de la défense et des frais y afférents pourrait être sanctionnée et confirmée par la cour alors que cette même cour pourrait après procès sanctionner ce même assureur en le condamnant à ces mêmes frais.

Certains diront qu'il y a là équité et que l'assuré n'a pas à subir le choix des allégués du réclamant. Par contre il y a là deux poids, deux mesures car l'assureur lui, doit subir ces allégués et défendre même si la preuve au procès confirme que ce n'est pas couvert. Qui oserait dans ce cas permettre à l'assureur de récupérer tous ses frais de défenses à l'encontre de son assuré? N'a-t-on pas maintes fois répéter que l'obligation de défendre est distincte de l'obligation d'indemniser?

Nous verrons ce que l'évolution de la jurisprudence nous apprendra. Il serait souhaitable que des clarifications à cet égard soit apportées par les tribunaux

afin de bien circonscrire les paramètres des obligations imposées par le contrat d'assurance.

Finalement, dans ***Bouchard c. Bouchard***²⁰, le juge Richard P. Daoust de la Cour du Québec concluait :

« [45] Dans l'affaire Nichols citée par le juge de première instance Jacques Babin dans Wellington confirmé par la Cour d'appel, il est établi comme cinquième principe énoncé:

20 *Bouchard c. Bouchard* 2012 QCCQ 463

La seule possibilité qu'une réclamation puisse faire l'objet d'une couverture d'assurance suffit à enclencher l'obligation de défendre. Ceci oblige l'assureur à prendre en charge la défense de son assuré même si certains postes de dommages réclamés ne font pas l'objet de la couverture d'assurance.
(soulignements dans l'original)

[46] Même si certains postes de dommages ne font pas l'objet de la couverture d'assurance comme c'est le cas en l'espèce (puisque les dommages exemplaires sont clairement exclus de la couverture), comme la **cause d'action** est possiblement comprise dans la couverture, l'obligation de défendre subsiste en regard de tous les dommages réclamés.

[47] Dans l'affaire Ville de Fermont, la question se posait de savoir s'il était possible pour un assuré de désigner un avocat pour une portion non couverte du capital assuré. Au nom de la Cour, le juge Delisle répond positivement à cette question tout en précisant que c'est la cause d'action qui doit être analysée pour déterminer la couverture du contrat d'assurance en regard de l'obligation de défendre, peu importe la valeur de la réclamation.

[51] Ici, un seul geste est en cause et c'est celui qui fait l'objet de l'obligation de défendre.

[53] Si le sinistre est possiblement couvert, les dommages en résultant font l'objet de l'obligation de défendre à charge pour l'assurée de payer sa part qui ne sera pas couverte lorsque jugement sera rendu.

[54] Si l'assurée souhaite mandater ses avocats pour l'excédant de sa couverture d'assurance, cela est possible mais ne libère pas l'assureur de son obligation de défendre.

[55] En l'espèce, on ne peut décomposer le geste du fils de la défenderesse même si les conséquences peuvent être de deux ordres.

[56] Cela est d'autant plus logique ici que la défense sera la même tant pour les dommages généraux que pour les dommages exemplaires.

[57] Même si cette considération est moins juridique, il faut admettre qu'obliger deux avocats à défendre Bouchard dans cette cause de 12 100 \$ risquerait d'alourdir le débat et d'engendrer des coûts disproportionnés par rapport à l'enjeu. »

Ainsi donc, suivant cette décision, bien que faisant face à la quatrième possibilité dégagée par le juge Dalphond dans l'affaire **Géodex**, l'assureur ne pourrait obtenir un partage des frais de défense même s'il y a clairement des éléments non couverts puisque selon le juge, la cause d'action elle , est couverte.

Conséquemment, le juge conclut que l'obligation de défendre subsiste à l'égard des dommages non couverts.

Nous croyons que ce jugement est mal fondé en droit. Il s'agit du premier jugement, selon nous, où par suite de l'examen des frais, on ordonne la défense d'éléments non couverts. Selon nous, c'est un écart important par rapport au droit existant. C'est au paragraphe 46 du jugement que, selon nous, on interprète mal le droit existant et que l'on se dirige dans une mauvaise direction. Après avoir cité le juge Dussault dans l'arrêt **Wellington**, le juge retient que si l'assureur doit prendre la défense de son assuré même si certains postes de dommages ne font pas l'objet de la couverture d'assurance, il faut conclure que l'assureur doit défendre ces postes de dommages. Or, selon nous, ce n'est pas ce que l'affaire **Nichols** a établi ni l'affaire **Wellington**. Au contraire, dans ces jugements on a établi que les parties non couvertes ne font pas l'objet de l'obligation de défense. Le cinquième principe énoncé dans l'affaire **Wellington** par le juge Dussault établit simplement que ce n'est pas parce que des postes de dommages réclamés ne sont pas couverts que l'obligation de défense n'existera pas pour d'autres parties de la réclamation. Tout ce que l'arrêt **Wellington** indique à ce sujet, c'est que la présence d'éléments non couverts n'empêche pas l'enclenchement de l'obligation de défendre pour des éléments couverts. D'ailleurs, nous n'avons qu'à répéter ici les termes mêmes de l'arrêt **Nichols** qui sont clairs à cet égard :

« Mais il ne s'en suit pas que la portée de l'obligation de défendre est générale au point de s'appliquer à l'égard d'allégations qui sont clairement en dehors de la portée de la police.

Je conclus que l'obligation de défendre imposée par la clause de défense est clairement restreinte aux réclamations de dommages et intérêts qui relèvent de la police. »

page 808 du jugement

Nous concluons que certains considérants du jugement dans **Bouchard c. Bouchard** ne sont pas représentatifs du Droit. Rappelons que la nature des dommages exemplaires est distincte de celle des dommages compensatoires. On ne peut dire que la cause est la même. La conclusion du jugement aurait pu être la même sans étendre l'obligation de défendre à des éléments non couverts.

Notons, en terminant sur cette question, une décision intéressante de la Cour suprême de la Colombie-Britannique rendue en mars 2012 dans l'affaire **Lombard General Insurance Company of Canada v. 328354 B.C. Ltd**²¹. La Cour suprême de la Colombie-Britannique était saisie de requêtes présentées tant par l'assureur que l'assuré visant à déterminer l'étendue de l'obligation de

21 *Lombard General Insurance Company of Canada v. 328354 B.C. Ltd*, 2012 BCSC 431

défendre de l'assureur et de payer les frais de défense dans un contexte de dommages continus en raison de vices cachés affectant un immeuble de copropriétés. L'assureur avait été au risque pour une certaine période alors que les dommages s'étendaient au-delà de cette période. Par sa requête, l'assureur recherchait une déclaration que son obligation de contribuer dans les frais de défense était limitée au prorata de la période de temps qu'il fut sur le risque. L'assuré, de son côté, prétendait que l'assureur devait assumer l'entièreté des frais de défense. La question soumise au tribunal était donc de déterminer si un assureur peut obtenir une allocation des frais de défense avant procès sur la base « *time on risk* ». Le juge Butler a décidé ainsi :

« [19] *The principal issues raised by the circumstances of the case and the arguments of the parties are:*

1. *In cases of continuous or progressive damage, should defence costs be apportioned between an insurer and an insured on the basis of time on risk?*
2. *Does the equitable concept of fairness require apportionment of defence costs in cases of continuous or progressive damage?*
3. *If either of the above principles requires apportionment of defence costs, should the apportionment be made prior to trial?*
4. *In the circumstances of this case, what order should be made regarding the Developers' obligation to pay or contribute to defence costs?*

[20] *In the analysis that follows, I have set out the general principles applicable to the duty to defend and interpretation of insurance contracts. I have then considered the issues in this case. In many respects, the first three issues are intertwined. However, I have considered them separately and in light of the relevant authorities. I have then applied my conclusions as to the applicable principles to the circumstances of this case. My conclusions on the four issues outlined above can be simply stated as follows:*

1. *There is no principle that requires defence costs to be apportioned between an insurer and an insured on the basis of time on risk in the case of continuous or progressive damage.*
2. *The concept of fairness does not require a court to order an apportionment of defence costs in cases of continuous or progressive damage. Rather, the obligation owed by an insurer to defend an insured and the extent to which an insurer must pay or contribute to the costs of that defence are dependent upon the terms of the policy and the circumstances of the underlying litigation.*

3. *Apportionment of defence costs prior to trial can be ordered where there is a reasonable or practical means of making an order that fairly assesses the relative obligations of the two parties to pay defence costs. However, time on risk is not a reasonable or practical means of apportioning costs in the absence of evidence which suggests that the costs of defending the uncovered claims will approximate that apportionment.*

4. *Finally, I have concluded on the basis of the material before me that there is no reasonable or practical means of apportioning costs at this stage of the proceedings. Rather, I conclude it is likely that most of the defence costs that will be incurred would have been incurred even if the period of continuous or progressive damage ended when the insurance coverage terminated. It does not matter that those defence costs will incidentally benefit the insured by assisting with the defence of damage that occurred outside of the period of coverage. In these circumstances, the apportionment of defence costs should be left to be determined after findings of fact have been made in the underlying action or, alternatively, sufficient information regarding allocation of defence expenses can be placed before the court. »*

CAS PRATIQUES ET RÉFLEXION

A. Parties couvertes et non couvertes, mais l'assuré refuse de se nommer son propre avocat

Une des situations examinées par le juge Dalphond dans l'arrêt **Géodex** précité, soit lorsque la réclamation contient des parties couvertes et des parties non couvertes, menait à deux solutions. Soit l'assureur prenait l'ensemble de la défense et s'entendait avec l'assuré pour un partage des frais ou alors, une comparution particularisée pour la partie couverte était faite, laissant à l'assuré le soin de s'occuper de sa défense pour la partie non couverte.

Une difficulté pratique survient régulièrement lorsque l'assuré, prévenu du fait qu'une partie de la réclamation n'est pas couverte par son assureur, refuse et/ou néglige de se nommer son propre procureur. L'avocat nommé par l'assureur pour défendre a nécessairement des communications avec l'assuré au sujet du dossier. Dans plusieurs cas, l'assuré ne restreindra pas nécessairement ses préoccupations en fonction de ce qui est couvert ou non couvert. Il pose alors différentes questions au procureur, demande des éclaircissements, des réponses, etc. Évidemment, il se trouve régulièrement des points sur lesquels le procureur n'a pas mandat, mais qui font l'objet de questionnements par l'assuré. Comment le procureur doit-il réagir?

Il faut se rappeler que le procureur a envers l'assuré un devoir de représentation important et lui doit la plus entière loyauté selon les critères établis par la jurisprudence²². C'est effectivement l'assuré que l'avocat représente, bien qu'il le fasse à la demande de l'assureur. Par contre, cette représentation se fait selon certains paramètres très définis restreints par la couverture d'assurance et c'est dans le cadre de ce mandat que l'avocat agit. Normalement, l'assuré a dû être prévenu par l'assureur du fait que l'avocat a été retenu pour le représenter dans le cadre de l'action intentée, mais selon certains paramètres précis compte tenu de la couverture d'assurance offerte. L'avocat a évidemment aussi, tout comme l'assuré, été avisé des paramètres et limites de son mandat. Que doit-il dire dès lors à l'assuré sur des questions non couvertes?

À notre avis, l'avocat ne peut s'aventurer sur ce terrain. Il dépasserait les cadres du mandat limité qu'il a reçu. L'avocat devrait normalement réitérer à l'assuré, sur des questions qui réfèrent à des points non couverts ou des allégations non couvertes de la réclamation, que ce dernier devrait consulter son propre avocat s'il veut des réponses à ses questions ou s'il veut des éclaircissements eu égard à la réclamation ou une opinion.

Il reste cependant qu'en pratique si l'assuré ne se nomme pas d'avocat, seul l'avocat mandaté par l'assureur procédera, par exemple, à des interrogatoires, à des requêtes en précisions, ou à tout autre geste visant à compléter la preuve au dossier. Comment dès lors l'avocat pourra-t-il procéder sans outrepasser les limites de son mandat, mais sans préjudicier à l'assuré auquel il doit complète loyauté? L'avocat doit-il par exemple explorer plus avant des points intéressants qui surviennent lors d'un interrogatoire au préalable de par les réponses du témoin et qui pourraient apporter un avantage certain à la défense de l'assuré sur des points non couverts? Doit-il faire préciser le témoin et le cas échéant, obtenir des engagements sur des situations ou des actes posés qui pourraient avoir une influence déterminante sur la responsabilité de l'assuré sur des points non couverts?

En théorie, cela peut paraître raisonnablement possible de tirer la ligne. En pratique cependant, il devient extrêmement difficile lors d'un interrogatoire, par exemple, de restreindre ses questions sur une situation donnée aux éléments couverts qui font l'objet du mandat accordé à l'avocat. Par ailleurs, si l'avocat pose néanmoins les questions et demande les précisions ou engagements appropriés relativement à des éléments non couverts, y aura-t-il objection de la partie adverse se basant sur la comparution particularisée qui a pu être produite au dossier? En effet, dans la plupart des situations, lorsque des éléments couverts et non couverts sont inclus dans une réclamation, l'assureur donnant un mandat à l'avocat va préciser les cadres du mandat et la comparution produite

22 *Berthiaume c. Réno-Dépôt inc.*, [1995] A.Q. no. 1333 (C.A.); *Birdair c. Commerce & Industry Insurance Company of Canada*, [2003] R.R.A. 393 (C.A.).

au dossier sera particularisée relativement aux paramètres ainsi donnés. Ce faisant, l'avocat dévoile lui-même les limites de son mandat à l'intérieur de sa comparution. La partie adverse pourrait-elle donc objecter à l'avocat que certaines de ses questions sortent des limites de sa comparution et en conséquence, n'ayant pas mandat, il ne peut ni plaider ni questionner sur des faits, gestes et propos qui auraient trait à des éléments non couverts, donc non couverts par sa comparution?

À notre avis, il s'agit là d'un effet pervers de toute comparution particularisée. Cela n'interviendrait pas si la défense était plutôt faite sous réserve des limites prévues et des questions de couverture. Ainsi, si l'assureur accorde à l'assuré une défense complète sous réserve que seule l'indemnité relativement à des éléments couverts sera payée, alors cela enlève à l'avocat la problématique à laquelle il pourrait faire face eu égard aux intérêts divergents de l'assureur et de l'assuré. Cependant, cette façon de faire implique nécessairement que l'assureur accordera une défense à son assuré beaucoup plus large que celle à laquelle il a droit. En effet, cela implique qu'en défense l'avocat traitera tant des éléments couverts que des éléments non couverts. Cela évidemment facilite la tâche de l'avocat, mais nous doutons que les assureurs voudront ainsi étendre leur obligation de défense et les frais y afférents. En effet, bien que dans certains cas cela puisse ne pas changer beaucoup le temps et les frais accordés à la défense, dans d'autres cas la défense d'éléments non couverts peut avoir un impact significatif. Cependant, la preuve précise de ces frais distincts pourrait être difficile ou complexe à gérer (surtout si l'on retient les jugements dans **Bissonnette, Laboratoires Confab** et **Université de Montréal**, précités). Cela pourrait refroidir les assureurs face à un tel choix.

Il n'y a pas selon nous de solution miracle. Dans la majorité des cas, les assurés comprendront la situation et feront le nécessaire. Dans les autres situations, nous croyons toujours que l'avocat devra se limiter au mandat reçu. Nous croyons que l'avocat doit à l'assuré son entière loyauté, mais à l'intérieur du mandat qu'il a reçu. C'est sous réserve et selon les paramètres du mandat reçu que l'avocat doit sa loyauté à l'assuré. S'il en était autrement, nous nous retrouverions dans une situation où l'avocat recevant un mandat très précis aurait le loisir, selon son bon jugement, d'excéder ce mandat, d'engager frais et honoraires et ensuite d'en faire supporter le coût à l'assureur. L'assureur pourrait, selon nous, à bon droit rétorquer qu'il n'a jamais donné mandat pour poser ces gestes et engager ces frais et honoraires et nous nous retrouverions devant un imbroglio fort difficile à solutionner.

D'autre part, cela voudrait dire aussi que l'assuré aurait droit à une défense pleine et entière sur des éléments qui ne font pas l'objet de sa couverture d'assurance. Ainsi donc, il obtiendrait une représentation et une défense pour lesquelles il n'a pas payé ou même qu'il a refusé d'obtenir à l'émission du contrat d'assurance lorsqu'on les lui a offertes. Nous croyons qu'il y a là des éléments

qui paraissent difficilement justifiables au plan du droit et même de l'équité. En conséquence, nous sommes plutôt d'avis que l'avocat doit rester dans les limites de son mandat et accorder toute son attention et toute sa loyauté à l'assuré pour défendre la cause, mais toujours dans les limites du mandat reçu. Si par ailleurs ce faisant, il obtient des informations qui sont utiles à l'assuré, tant mieux pour l'assuré. Cela étant, nous croyons qu'un avocat doit refuser, sous peine d'excéder son mandat, de faire des actes professionnels au bénéfice unique de l'assuré pour des éléments non couverts, donc non compris dans le mandat reçu.

B. La question du quantum, dommages couverts ou non couverts

Une autre situation délicate surgit lorsque les dommages réclamés sont de différentes natures et que certains sont couverts et que certains ne le sont pas. Prenons un exemple simple, une police d'assurance responsabilité a une exclusion particulière relativement aux dommages corporels. Seuls les dommages matériels sont couverts.

Une action est intentée contre une personne alléguant évidemment des dommages matériels et des dommages corporels. L'avocat qui reçoit le mandat de l'assureur pour comparaître se fait clairement indiquer que la police d'assurance couvre uniquement les dommages matériels, que l'assuré a été avisé en conséquence et qu'il a mandat de défendre uniquement les dommages matériels, laissant à l'assuré la possibilité de retenir son propre avocat pour les dommages corporels. Dans l'hypothèse toujours où l'assuré ne retient pas son propre procureur, que fera l'avocat qui défend la cause? Il recevra très vraisemblablement des rapports d'experts relativement aux dommages corporels, il recevra signification de pièces justificatives relativement aux dommages corporels et plusieurs allégations de l'action traiteront de ces dommages corporels. Doit-il y répondre? Doit-il obtenir une contre-expertise?

L'avocat, encore une fois, fait face à une situation plutôt délicate. Il ne veut certes pas préjudicier à l'assuré, mais ne peut très certainement pas défendre répondre à ces points de réclamation si personne ne lui en donne le mandat. Toute réaction, négation ou contestation de ces pièces, documents ou allégations nous apparaît nécessairement relever de la défense de l'assuré. Il s'agit cependant de la défense d'éléments non couverts, donc normalement du ressort unique de l'assuré. Par contre, l'avocat doit produire une défense et cette défense doit couvrir toutes les allégations de la réclamation, à défaut de quoi la défense sera incomplète et on peut se demander si cela ne donnerait pas ouverture à la partie demanderesse d'inscrire par défaut pour toute la partie de la réclamation qui n'a pas fait l'objet d'une défense. On voit tout de suite la problématique et la situation délicate dans laquelle se retrouverait l'avocat.

Par contre, rien ne peut forcer l'assuré à se défendre ou à nommer un avocat. S'il le fait, cela règle la situation, mais s'il s'abstient de le faire, de quel droit et selon quel mandat l'avocat mandaté par l'assureur pour les parties couvertes pourrait-il s'ingérer et agir? Sur quel mandat explicite ou implicite pourrait-il s'appuyer?

Une autre problématique existe de façon évidente, par exemple, lorsque la réclamation est supérieure à la limite d'assurance. Prenons par exemple une situation où la réclamation est de 5 000 000 \$ alors que la limite d'assurance est de 3 000 000 \$. Nonobstant le montant de la réclamation, la défense de la cause tant au niveau responsabilité que quantum devrait normalement couvrir l'ensemble de la réclamation. L'assuré peut très bien dans ce cas décider de ne pas se nommer de procureur pour la partie non couverte de la réclamation en prenant la décision consciente et réfléchie que l'avocat de l'assureur qui le défend devrait normalement produire une défense complète et traiter le dossier de façon à ce que le maximum soit fait pour éviter toute responsabilité et/ou pour réduire le plus possible le quantum. Par voie de conséquence, cette défense offerte aurait pour effet pratique de le défendre également face à l'ensemble de la réclamation y compris les dommages excédant les limites de couverture.

C'est facile de concevoir ainsi que l'assuré profite indirectement de la défense offerte par l'assureur. Cependant, si dans cette même hypothèse l'assureur se convainc que la réclamation vaut réellement un minimum de 3 000 000 \$, serait-il obligé à faire quoi que ce soit relativement au quantum réclamé? L'assuré a certes avantage à limiter sa responsabilité pour les sommes qui dépassent la couverture d'assurance, mais l'assureur, non. On peut concevoir facilement que l'assureur doit défendre de bonne foi son assuré et faire tout en son possible pour réduire le quantum en deçà de la limite d'assurance. Mais comme on ne peut pas faire pleurer une roche, il y a une limite. Si le quantum évalué de bonne foi est bien au-delà de la limite d'assurance, que se passe-t-il?

L'avocat au dossier étant mandaté par l'assureur et donc agissant selon certains paramètres, peut très bien recevoir la directive de l'assureur de ne pas contester le quantum, de ne pas engager d'expert et de ne pas tenir d'interrogatoire relativement au quantum, puisqu'il est clair, selon l'assureur, que le quantum est au moins équivalent à la limite d'assurance. S'il est de bonne foi, peut-on le lui reprocher? L'obligation de défendre n'inclut-elle pas l'obligation de faire réduire le plus possible le quantum quel qu'il soit? Que fera l'avocat? Est-ce que par exemple une admission eu égard au quantum pourrait être déposée, et si oui, qui doit l'autoriser? Toujours dans le même exemple, tenons pour acquis que le quantum est clair et très bien établi et qu'il est de 4 000 000 \$. L'assureur a avantage à demander à son procureur de produire une admission au niveau du quantum afin qu'aucune preuve ne soit faite au procès et que les frais du procès anticipés ainsi que les dépens y afférents, le cas échéant, soient réduits le plus possible. Par contre, il y a un montant de 1 000 000 \$ qui n'est pas couvert et il

serait donc dans l'intérêt de l'assuré de donner son accord à cet égard. S'il ne le fait pas, comment devrait réagir l'assureur? Y aura-t-il obligation pour la demande de faire sa preuve, de voir le procès se compliquer ou s'allonger de deux, trois ou quatre jours pour une preuve de quantum alors que l'assureur n'a aucun intérêt à faire ce débat. Est-ce que cela sert les intérêts de la justice? Y aurait-il possibilité alors pour l'assureur de réclamer de son assuré les frais engagés par son procureur du fait de la contestation de quantum rendue nécessaire par la décision de l'assuré? Ce sont toutes des questions qui se posent compte tenu du conflit pouvant exister entre les intérêts de l'un et de l'autre. Nous constatons que certaines situations peuvent mettre l'avocat dans l'embarras.

Nous croyons que la seule solution qui se justifie vise à tenir l'assuré au courant de tous les éléments de la réclamation, toutes les procédures, pièces ou documents qui sont signifiés à l'avocat et qui ont trait à des éléments non couverts réitérant régulièrement à l'assuré que si son désir est de défendre à ces parties de la réclamation, il doit le faire à ses frais compte tenu du mandat limité de l'avocat. L'assureur, et non l'avocat, pourrait très bien, face à une décision de l'assuré qui occasionnera des frais supplémentaires, transmettre une lettre à l'assuré le tenant responsable des frais supplémentaires qui pourront être engendrés sur la base des principes établis dans l'arrêt **Géodex**. Le reste sera une question de preuve.

Un assureur peut certes voir sa responsabilité engagée s'il ne fait pas ce qui est en son pouvoir pour réduire le quantum sous la limite d'assurance. Y a-t-il un corollaire?

De façon régulière, la défense de certaines réclamations a une portée générale qui fait en sorte que bien que l'assureur ne défende que des éléments couverts, sa défense aura l'effet pratique également d'apporter une défense aux éléments non couverts. Ceci est vrai par exemple lorsque des dommages matériels couverts sont réclamés par une situation donnée ainsi que des dommages exemplaires, (comme plusieurs réclamants le font malgré que les tribunaux répètent à bon droit depuis fort longtemps que l'attribution de dommages exemplaires ne se fait que dans des cas très précis). Cela étant, si l'assureur défend la responsabilité pour démontrer que les dommages ne sont pas dus, évidemment s'il a gain de cause et qu'aucune responsabilité n'est attribuée à l'individu, même pour des dommages compensatoires, *a fortiori* il n'y aura aucune condamnation à des dommages exemplaires. En ce sens donc, l'assuré qui se voit poursuivi pour ces dommages exemplaires peut dans la plupart des cas profiter indirectement de la défense de l'assureur relativement aux éléments couverts et pourrait très bien décider de ne pas se nommer d'avocat et de laisser l'assureur s'occuper de la défense. De cette situation, certains juges ont conclu qu'il n'y avait pas dans ce cas de partage de frais de défense entre l'assuré et l'assureur, selon les termes discutés dans l'arrêt **Géodex** de la Cour d'appel. Au

surplus, il faut se rappeler les remarques du juge Delisle dans l'arrêt **Fermont (Ville de) c. Pelletier**. Aux paragraphes 21 et 22 du jugement, le juge Delisle s'exprime ainsi :

[21] « L'intérêt de l'appelant de comparaître au dossier n'affecte en rien l'obligation de défendre imposée par la Loi à son assureur. Celui-ci doit assumer la défense de l'appelante, de façon loyale, même au-delà du montant de la garantie d'assurance.

[22] Lorsqu'une personne assurée est poursuivie pour une réclamation couverte par son contrat d'assurance, mais pour un montant excédent les limites pécuniaires de celui-ci, l'obligation de défendre le tout s'impose alors à l'assureur, puisque la cause d'action en est une qui tombe sous la couverture du contrat. Il ne faut pas confondre quantum d'une réclamation et exclusion de celle-ci. »

D'aucuns y verront une extension de l'obligation de défendre qui fait en sorte que l'assureur est obligé de défendre, et ce, complètement et loyalement toute portion au-delà de la garantie d'assurance, ce qui impliquerait le traitement complet de cette portion incluant expertise, évaluation, interrogatoire, etc. D'autres y verront simplement la confirmation du principe que l'obligation de défense est globale relativement aux causes couvertes, et ce, peu importe le montant réclamé, sans pour autant inférer par là qu'il existe des obligations particulières relativement à la portion réclamée au-delà de la couverture d'assurance.

Ce n'est pas clair compte tenu entre autres des arrêts **Nichols c. American Home Assurance Co.** et **Boréal Assurance c. Réno-Dépôt**, tous deux précités, où les cours concluaient que l'assuré avait un droit particulier et spécifique différent de son assureur pour protéger ses intérêts pour la partie de la réclamation excédant la couverture d'assurance. C'est ce que nous retenons de ces arrêts. Si l'on établit cela, *a fortiori* on conclut que l'intérêt de l'assureur et celui de l'assuré sont différents. Quel est donc l'intérêt de l'assureur en ce qui a trait à une portion clairement non couverte de la réclamation? Quel est en effet l'intérêt de l'assureur de travailler à faire abaisser le quantum réclamé de 5 000 000 \$ à 4 000 000 \$ si sa limite d'assurance est de 3 000 000 \$? Certains prétendront qu'il faut décider de cette problématique en se basant sur la distinction entre l'obligation de défendre et celle d'indemniser. En conséquence, l'obligation de défense étant totale, cela obligerait l'assureur à défendre toute cause d'action couverte peu importe le montant réclamé, et ce, de façon complète, loyale et totale. Cela impliquerait évidemment la contestation des sommes réclamées, l'évaluation de celles-ci de façon totalement loyale envers l'assuré.

D'autres indiqueront que comme l'intérêt de l'assureur n'est pas présent, que cette situation permet de distinguer pour l'obligation de défendre des éléments

couverts des éléments non couverts, cette distinction doit être faite et doit être respectée, l'obligation de l'assureur étant toujours limitée à ce qui peut être possiblement couvert et ce qui peut possiblement faire l'objet d'une indemnisation.

Nous aimerions proposer une solution magique, mais n'en avons pas. En effet, il ne faut pas examiner cette situation en termes de coûts, mais bien en termes de principes. Est-ce que l'assuré se trouvera bien protégé si l'on force l'assureur à défendre des éléments qui ne pourront faire l'objet en aucune façon d'une indemnisation? Comme l'on sait tous que la défense d'un dossier par un avocat est question d'opinion, de jugement, de stratégie, etc., qui pourra prétendre que la défense a été déficiente ou négligente parce que tel ou tel geste n'a pas été accompli?

On peut se demander si une limite d'assurance est une limite d'indemnisation ou une limite de défense. On peut très certainement prétendre que les termes usuels utilisés dans les polices CGL sont de la nature d'une limite d'indemnisation.

D'autre part, on pourrait examiner la situation sous un autre angle. Prenons l'hypothèse extrême où une réclamation fort importante de plusieurs millions de dollars est présentée, que cette réclamation comporte des aspects de responsabilité fort délicats et fort difficiles, et exige par ailleurs l'emploi de plusieurs experts de différentes spécialités, mais que l'assureur a une limite d'assurance disons de 5 000 \$ et que la réclamation est de 25 000 000 \$ sans assurance excédentaire. Si on pense juste à l'intérêt pécuniaire de l'assureur, il est fort limité. Il aurait plutôt intérêt à dépenser le moins possible au niveau de la contestation, sachant que l'indemnisation possible n'est que de 5 000 \$ et que tout le reste n'est pas couvert. Or, son obligation de défense est totale. Si la défense de la responsabilité exige des gestes particuliers, l'emploi de différents experts, etc., peu vont prétendre qu'il n'a pas à le faire. En conséquence, on pourrait prétendre que l'intérêt financier de l'assureur n'a pas à être considéré. Par contre, qu'en est-il de la contestation non pas de la responsabilité, mais du quantum? Jusqu'où vont les obligations de l'assureur?²³

Nous croyons que ce sont des situations qui devront être éclaircies par les tribunaux. De notre côté, notre solution consiste à reprendre certains thèmes utilisés par le juge Delisle dans l'arrêt précité **Fermont (Ville de) c. Pelletier** et alléguer qu'il y a une distinction entre une cause d'action et le quantum de cette action. Si la cause d'action est couverte, la défense devrait être totale

23 On peut se référer aux passages de l'arrêt **Nichols** précité, à la page 812 : « L'intérêt qu'a l'assureur à présenter une défense est lié à la possibilité qu'il puisse en fin de compte être obligé d'indemniser l'assuré en vertu de la police »; également voir l'arrêt **Boréal** précité, au paragraphe 90 traitant des dommages clairement exclus par une clause du contrat d'assurance : « Il reviendra à l'assuré d'assumer sa défense pour les dommages non couverts ».

relativement à cette cause d'action. Si d'autre part, seule une partie du quantum est couverte, l'assureur qui défend totalement et loyalement les dommages couverts devrait être en droit soit de requérir que l'assuré se nomme son propre procureur pour la partie non couverte de la réclamation ou alors d'aviser l'assuré qu'il contestera ce quantum non couvert, mais que tous les frais qui sont rattachés à cette partie de la contestation lui seront réclamés par la suite sur la base de **Géodex** précité.

Si les dommages sont couverts mais excèdent les limites de couverture, l'assureur a l'obligation de défendre de bonne foi pour le tout. Il devrait lui être cependant permis d'obtenir la participation de l'assuré si la preuve de ces dommages fait encourir des frais qui résultent des faits et gestes de l'assuré.

C. Lorsque la défense d'éléments couverts emporte la défense d'éléments non couverts, que faire?

Tant mieux pour l'assuré si la défense de l'assureur peut lui être profitable. L'assureur doit remplir chacune de ses obligations en vertu de la police d'assurance et en vertu de la Loi et si, ce faisant, il favorise l'assuré, tant mieux pour l'assuré. L'assureur n'aurait pas le droit de réduire son obligation du simple fait qu'il favorise indirectement l'assuré.

Comme nous l'avons vu, certains juges ont conclu dans ces cas qu'il n'y avait pas partage de frais de défense entre l'assuré et l'assureur tel qu'anticipé dans l'arrêt **Géodex** par la Cour d'appel, lorsque la défense d'éléments couverts emporte la défense d'éléments non couverts. Bien que la question du partage des frais de défense n'ait pas été clairement abordée, la Cour d'appel dans l'arrêt **Fermont (Ville de) c. Pelletier** précité a indiqué que l'assureur devait assumer la défense de l'assuré même au-delà du montant de la garantie d'assurance : « *Il ne faut pas confondre quantum d'une réclamation et exclusion de celle-ci* ».

Par contre là où le bât blesse, c'est lorsqu'on utilise ce raisonnement pour forcer l'assureur à défendre des éléments non couverts présumant que cette défense n'ajouterait pas réellement de frais et honoraires supplémentaires à la défense des éléments couverts. À notre connaissance, seul le jugement ci-haut mentionné de **Bouchard c. Bouchard** va dans cette direction. Nous croyons qu'il y a là un sophisme dangereux. En effet, il y a une grande différence entre l'assuré qui profite de la défense d'éléments couverts et décide consciemment que cela répond suffisamment à son besoin de défendre la réclamation, qu'il ne s'engage pas lui-même un avocat, et le fait de forcer un assureur à défendre précisément des éléments non couverts simplement ou sur la base du fait que cela de toute façon ne devrait pas entraîner de frais supplémentaires pour l'assureur.

Nous croyons que cette position est mal fondée en droit. Il ne s'agit pas de forcer un assureur à défendre des aspects non couverts parce qu'il ne lui en coûtera rien. Ce n'est pas une question de sous, de frais ou d'efforts. C'est une question de droit. L'assureur doit défendre les aspects couverts et non les aspects non couverts. C'est ce à quoi il s'est engagé dans sa police d'assurance et les termes de cette police sont très précis. Peu importe le coût d'un acte ou d'un geste, il faut déterminer si l'assureur a l'obligation de le faire ou n'a pas d'obligation de le faire. C'est ce principe qu'il faut examiner et non pas s'il y a un coût ou non pour décider s'il y a obligation.

En droit et en matière d'obligations, tout n'est pas qu'une question de coûts. Les coûts ne sont que le moyen d'évaluer la valeur pécuniaire de tel ou tel geste ou de telle ou telle obligation. On ne peut pas créer une obligation simplement parce que le coût est inexistant. En conséquence, nous sommes d'avis que les jugements qui forceraient un assureur à défendre des allégations non couvertes ou à défendre une personne non assurée, sous prétexte d'absence de coûts supplémentaires, iraient à l'encontre du principe même du droit des obligations. Nous ne voyons pas sur quel principe légal on pourrait imposer cette obligation aux assureurs. N'oublions pas que l'obligation naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation (art. 1372 C.c.Q.).

Selon nous, rien dans notre droit ne permet cela, bien au contraire. Par ailleurs, non seulement les clauses explicites du contrat d'assurance prévoient que l'obligation de défendre s'applique aux éléments couverts par la police, mais toute la jurisprudence à ce jour a confirmé ce principe.

Également le *Code civil du Québec*, à l'article 2503, précise que l'assureur est tenu de prendre fait et cause pour toute personne qui a droit au bénéfice de l'assurance et d'assumer sa défense dans toute action dirigée contre elle. En ce qui a trait à des allégués relativement à des questions non couvertes par la police d'assurance, comment peut-on dire que la personne a droit au bénéfice de l'assurance? Il ne faut pas oublier que l'assurance est un produit qui s'achète et qui se vend. Sous réserves des cas où le législateur est intervenu (professionnels, automobile, accidents du travail, etc.), personne n'est obligé de s'assurer. Lorsqu'on s'assure, un contrat est établi qui détermine les limites de cette assurance. Le paiement des primes est déterminé par les limites de cette assurance. En conséquence, une personne n'a droit au bénéfice de l'assurance que dans le cadre de l'assurance qu'elle a effectivement contractée. Si elle n'a pas droit au bénéfice de l'assurance, comme par exemple dans le cas d'une réclamation clairement non couverte, sur quelle base un juge forcerait-il un assureur à défendre cette personne?

Nous croyons qu'un jugement qui forcerait un assureur à défendre des éléments non couverts ou des personnes non assurées irait directement à l'encontre de l'article 2503 C.c.Q.. Cela irait, selon nous, également directement à l'encontre

de la liberté contractuelle qui, pour l'instant, existe toujours en matière d'assurance, sauf évidemment les cas très précis pour lesquels le législateur est intervenu, tel que ci-haut mentionné. Rappelons-nous que le juge Payette dans **Bissonnette** c. **Venturelli**, précité, a confirmé que l'assureur n'avait pas à défendre l'un des trois défendeurs même s'il n'y a eu, en fin de compte, aucun partage de frais du fait qu'il l'ait défendu.

Tant et aussi longtemps que le contrat d'assurance sera un contrat non obligatoire légalement et que chaque personne aura la liberté de s'assurer, nous sommes d'avis qu'il faut respecter les clauses du contrat passé entre les parties sous réserve bien entendu des prescriptions du C.c.Q. Comme nous l'a enseigné la cause de **Exportations Consolidated-Bathurst Ltée** c. **Mutual Boilers and Machinery Insurance**²⁴, l'assureur ne peut recueillir des primes sans risque alors que l'assuré ne peut obtenir une indemnité qu'on n'a pas prévue au moment du contrat. Il s'agit d'obligations réciproques formant la base des liens contractuels unissant les assureurs et les assurés. L'assureur protège un risque et offre une protection à l'assuré qui, de son côté, paye la prime afférente à cette protection.

D. La rédaction des défenses

En présence de deux avocats, l'un pour les éléments couverts, l'autre pour les éléments non couverts, comment chaque avocat rédigera-t-il sa défense relativement, par exemple, aux allégués de la demande? On sait tous qu'en pratique une défense comprend généralement deux parties, soit une première qui répond précisément aux allégués de la demande et une deuxième partie qui énonce les moyens particuliers de défense. Comment se fera la rédaction de la première partie? Par qui? Qui a le dernier mot? Doit-il y avoir nécessairement consensus? L'admission contenue dans une défense et faite par un avocat peut-elle être opposée à l'autre?

Ce sont probablement les « technicités » auxquelles faisaient référence le juge Delisle dans l'arrêt **Fermont**. Il reste qu'en pratique les avocats se retrouvent dans une situation délicate. Dans la très grande majorité des cas, la solution ira de soi puisque les deux avocats qui représentent l'assuré seront en contact et conviendront ensemble de la stratégie ou s'échangeront les projets de défense avant de les produire, ou les deux. Pensons cependant à des situations autres où il n'y aurait aucune collaboration entre les avocats. S'il n'y a pas consultation, s'il n'y a pas entente, qu'arrive-t-il? Évidemment, l'intérêt de l'assuré doit toujours prévaloir dans les actes des procureurs. Par contre, pour chaque procureur l'intérêt de l'assuré peut être vu fort différemment vu le mandat reçu. Par exemple, un procureur peut croire que stratégiquement pour la défense de

24 [1980] 1 R.C.S. 888

l'assuré il serait bon d'admettre un certain fait, alors que l'autre procureur s'y oppose avec véhémence. Que se passe-t-il? Comment règle-t-on ce dilemme?

Au surplus, si chacun fait de son côté une réponse particulière aux allégués de la déclaration, que fera le demandeur face à deux défenses distinctes qui ne répondent pas exactement la même chose face à certains allégués. Nous sommes d'avis qu'il reviendra au tribunal de gérer cette situation si certains éléments posent problème, et ce, à la demande des parties. Les admissions, par exemple, devront être examinées dans leur contexte.

Conclusion

Nous concluons de cet exercice, très incomplet, que l'évolution du droit des assurances et la complexification des dossiers amèneront sans nul doute les tribunaux à se pencher encore longtemps sur la relation tripartite assureur-avocat-assuré et sur les rôles de chacun. À partir du moment où on accepte le principe que l'assuré a, dans certains cas, des intérêts distincts de l'assureur, et qu'il peut y avoir deux avocats, compte tenu d'aspects couverts et d'aspects non couverts, il faudra un jour ou l'autre établir des règles très précises visant à gérer la situation. Bien que pour l'instant, le vœu du juge Delisle que les avocats gèrent ces détails techniques puisse avoir été exaucé, on peut certes imaginer que cela ne soit pas toujours le cas. Il faudra tôt ou tard faire face à la situation et établir des règles de fonctionnement précises. Pour l'instant, à notre connaissance, de graves problèmes ne se sont pas encore présentés. Comme le dit l'adage populaire : « *So far, so good* ».