

# **LES DERNIERS DÉVELOPPEMENTS CONCERNANT L'OBLIGATION DE DÉFENDRE DE L'ASSUREUR**

M<sup>e</sup> Ruth Veilleux  
Associée  
Marchand Melançon Forget s.e.n.c.r.l., avocats

**Insight Information**

**ASSURANCE ET RESPONSABILITÉ CIVILE**

*Guide complet sur les pratiques à adopter en matière d'activités commerciales*

Les 7 et 8 décembre 2005  
Hôtel Omni Mont Royal  
Montréal

# **LES DERNIERS DÉVELOPPEMENTS CONCERNANT L'OBLIGATION DE DÉFENDRE DE L'ASSUREUR**

---

## **TABLE DES MATIÈRES**

|                                                                            |           |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUCTION .....</b>                                                  | <b>2</b>  |
| <br><b>I. RAPPEL DES NOTIONS FONDAMENTALES .....</b>                       | <b>4</b>  |
| A Les principes directeurs élaborés par la Cour Suprême .....              | 8         |
| B La considération de la preuve extrinsèque .....                          | 9         |
| <br><b>II. EXAMEN DE LA RELATION TRIPARTITE</b>                            |           |
| A L'exposé du problème .....                                               | 14        |
| B Le double mandat .....                                                   | 19        |
| C La nature évolutive de l'obligation de défendre .....                    | 23        |
| <br><b>III. RÉCUPÉRATION DES FRAIS DE DÉFENSE .....</b>                    | <b>28</b> |
| A La réclamation des frais de défense par l'assuré .....                   | 28        |
| B La réclamation des frais de défense par l'assureur .....                 | 31        |
| <br><b>IV. INCIDENCES RELIÉES À LA LIMITE AU CONTRAT D'ASSURANCE .....</b> | <b>34</b> |
| <br><b>CONCLUSION .....</b>                                                | <b>36</b> |

# LES DERNIERS DÉVELOPPEMENTS CONCERNANT L'OBLIGATION DE DÉFENDRE DE L'ASSUREUR

**Auteure : Me Ruth Veilleux, associée de l'étude Marchand Melançon Forget**

## INTRODUCTION

Les auteurs sont intarissables sur le sujet<sup>1</sup>. Et pour cause. C'est de l'obligation de défendre dont il s'agit. En l'an 2000, le chiffre estimé par les assureurs américains pour les dépenses

---

<sup>1</sup> Entre autres : Tom DONNELLY, « Recent jurisprudence respecting the duty to defend », Canadian Defence Lawyers, conférence du 7 avril 2005;  
Robert EMBLEM, « *La requête pour forcer l'assureur à prendre fait et cause de son assuré* », dans le cadre de la conférence sur les récents développements en assurances qui a eu lieu les 14 et 15 février 2005, Insight Information Co.;  
Jean-François GAGNON, « *La portée des exclusions relatives aux réclamations et aux actes fautifs antérieurs dans les polices sur base de réclamation présentée* » dans *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2005, vol. 222 p. 143 à 165;  
Claude-Henri GRIGNON, « *Mon mandant est-il mon client* » *Une première réflexion sur l'affaire Groupe DMR Inc. c. Kansa General*, no 500-09-012389-029, J.E. 2003-1633 (C.A.) », dans *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville, Les Éditions Blais Inc., 2004, vol. 202, p. 65 à 111;  
David L. CAMERON, « *L'obligation de défendre : une autre mise à jour* », dans *Développement récents en droit des assurances*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2003, vol. 185, p. 29 à 61;  
Jean-François PICHETTE, « *L'obligation de défendre : de l'arrêt Nichols à aujourd'hui* », dans *Repères*, juillet 2003, EYB 2003REP12;  
Jean-François PICHETTE, « *Commentaires sur la décision Axa Boréal Assurance c. Université Laval – Corollaire de l'obligation de défendre : droits de l'assureur responsabilité et prescription* » dans *Repères*, mai 2003, EYB2003REP1;  
Martin André ROY, « *L'étude de la preuve extrinsèque dans la détermination de l'obligation de défendre en assurance responsabilité : du neuf ou un classique mal défini?* », dans *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002, vol. 169, p. 95 à 122;  
Jean FRÉCHETTE, « *Quelques petites différences* », dans le cadre de la conférence sur les récents développements en assurances qui a eu lieu les 8 et 9 avril 2002 à Montréal, Insight Information Co., section 10;  
Bernard LAROCQUE, « *L'obligation de défendre : Remise à l'heure des pendules* », dans le cadre de la conférence sur les récents développements en assurances qui a eu lieu à Montréal les 8 et 9 avril 2002, Insight Information Co., Section 3;  
Alain LÉTOURNEAU, « *L'obligation de défense aux termes de la Loi sur les assurances et les contrats d'assurance de responsabilité : mise en situation* », dans *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2001, vol. 147, p. 35 à 74;  
Jean-François LÉPINE, « *L'étendue de l'obligation de défendre à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour suprême* », *Litiges d'assurance responsabilité générale et d'assurance de biens*, conférence ayant eu lieu le 27 novembre 2000, The Canadian Institute, section 2.1.

annuelles en frais de défense atteignaient plus de 20 milliards de dollars<sup>2</sup>. Au Québec et au Canada, ces coûts sont également très importants et continuent d'augmenter.

La survenance d'un sinistre déclenche deux obligations distinctes pour l'assureur responsabilité : l'obligation de défendre et l'obligation d'indemniser. Lorsqu'il est poursuivi, ou menacé de l'être, l'assuré se demande d'abord et avant tout : qui va le défendre et qui va payer les frais de cette défense? Le paiement de l'indemnité, par règlement ou par jugement, arrive en second dans le débat et la préoccupation de l'assuré.

Bien que les principes généraux soient bien acquis, les certitudes sont rares et le questionnement demeure eu égard à certaines situations particulières.

Nous entendons faire un rappel des notions fondamentales pour ensuite en dégager des principes pratiques. Une analyse particulière sera faite de l'évolution de la jurisprudence sur la relation tripartite entre assureur, assuré et avocat *ad litem*. De plus, nous tenterons de répondre à des questions demeurées en suspens comme la considération de la preuve extrinsèque, le remboursement possible des frais de défense engagés par l'assureur ainsi que le lien entre l'obligation de défendre et la limite fixée au contrat d'assurance.

---

<sup>2</sup> Deborah M. MINKOFF et Michael A. HAMILTON, article sur « *Defense cost sharing agreement* » paru dans DRI, mai 2001.

## I. RAPPEL DES NOTIONS FONDAMENTALES

C'est assurément l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *Nichols*<sup>3</sup> qui allait donner le ton aux développements récents en matière l'obligation de défendre. Le plus haut tribunal du pays nous indiquait alors que la seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffisait pour déclencher l'obligation de défendre. La Cour rappelait alors que l'obligation de défendre d'un assureur a une portée plus large que l'obligation d'indemniser.

Une série d'arrêts rendus par la Cour d'appel du Québec ont réitéré les principes de l'affaire *Nichols* et confirmé leur applicabilité au Québec. On se rappellera particulièrement des arrêts *Boréal Assurance Inc. c. Réno-Dépôt Inc.*<sup>4</sup> et *Zurich du Canada c. Renaud & Jacob*<sup>5</sup> rendus en 1996 qui ont précisé que l'obligation de l'assureur n'était pas modifiée par l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* le 1<sup>er</sup> janvier 1994.

Dans l'arrêt *Compagnie d'Assurance Wellington c. M.E.C. Technologie Inc.*<sup>6</sup>, à la suite d'une analyse exhaustive de la jurisprudence portant sur l'obligation de défendre, l'Honorable René Dussault de la Cour d'appel résume ainsi la situation :

<sup>3</sup> *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801.

<sup>4</sup> *Boréal Assurance Inc. c. Réno-Dépôt Inc.*, [1996] R.J.Q. 46 (C.A.). Voir aussi la décision *Parizeau c. Fonds d'assurance responsabilité du Barreau du Québec*, [1997] R.J.Q. 2184 (C.S.) pour l'application des principes.

<sup>5</sup> *Zurich du Canada c. Renaud & Jacob*, [1996] R.J.Q. 2160 (C.A.). Voir l'application par la cour d'appel de l'Ontario des principes dans *Brockton c. Frank Cowan Co. Ltd.*, [2002] Can L II 7392 (C.A.).

<sup>6</sup> *Compagnie d'Assurance Wellington c. M.E.C. Technologie Inc.*, [1999] R.J.Q. 443 (C.A.). Depuis cette décision, la requête pour forcer l'assureur à prendre la défense de son assuré est souvent qualifiée de requête de type « *Wellington* ».

« (...) En effet, depuis ces arrêts (*Nichols*, *Boréal et Zurich*), il est reconnu que l'obligation de défendre est une obligation distincte de l'obligation d'indemniser et qu'elle comporte de ce fait ses propres conditions de déclenchement. Elle naît de la simple possibilité, ressortant *prima facie* des allégations de l'action principale, que la police d'assurance couvre les actes ou les omissions reprochés, alors que l'obligation d'indemniser ne se déclenche que si les actes ou omissions allégués sont prouvés au cours de l'audition. Ainsi, l'obligation de défendre de l'assureur ne dépend pas du jugement rendu sur l'action principale et il en est de même de son exécution<sup>7</sup>. »

Ensuite, le plus haut tribunal du pays nous a éclairés par les arrêts *Scalera*<sup>8</sup>, *Sansalone*<sup>9</sup> et *Monenco*<sup>10</sup>. Dans cette trilogie, la Cour Suprême a réexaminé la question, tout en y apportant plusieurs nuances, soustrayant l'obligation de défendre de la seule terminologie employée par le tiers qui rédige la procédure introductive d'instance de manière à faire émerger « la véritable nature de la demande ».

L'Honorable Juge Iacobucci dans *Monenco* élabore comme suit sur les propos tenus plus tôt par la Cour Suprême dans l'affaire *Nichols* :

---

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 448.

<sup>8</sup> *Non – Marine Underwriters c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551.

<sup>9</sup> *Sansalone c. Wawanesa Mutual Inc. Co.*, [2000] 1 R.C.S. 627.

<sup>10</sup> *Monenco Ltd c. Commonwealth Insurance Co.*, [2001] 2 R.C.S. 699.

**« (...) il y a obligation de défendre lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d'indemnisation du contrat d'assurance. (...) l'obligation de défendre n'existe pas lorsqu'il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d'une clause d'exclusion. (...) La seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit.**

**Lorsque les actes de procédure ne sont pas assez précis pour que l'on puisse décider si les réclamations sont visées par une police, l'obligation de défendre de l'assureur s'applique si une interprétation raisonnable des actes de procédure permet de déduire l'existence d'une réclamation visée par la garantie. (...)**

**(...) l'obligation de défendre naît lorsque la plainte s'appuie sur des faits susceptibles d'emporter l'application de la garantie. (...)**

**(...) ce n'est pas la terminologie employée par le demandeur, mais la nature véritable de la demande<sup>11</sup>. »**

---

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 714 et 716.

De plus, dans l'affaire *Scalera*, l'Honorable Juge Iacobucci élabore une grille d'examen se résumant ainsi :

- La détermination de la suffisance des allégations pour fonder le recours;
- La division des allégations entre celles qui sont essentielles pour fonder le recours et les allégations dites « dérivées »;
- La détermination des allégations qui, autres que les allégations « dérivées », sont susceptibles de fonder la couverture.

Au Québec, cette obligation de l'assureur de défendre son assuré est codifiée à l'article 2503 du *Code civil du Québec* en ces mots :

**« 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 d'assurance, sont à la charge de l'assureur en plus du montant d'assurance. »**



**A. Les principes directeurs élaborés par la Cour Suprême**

Dans un exercice de synthèse, tentons de résumer les principes directeurs élaborés par nos tribunaux depuis les quinze dernières années :

- L'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser en ce sens que la première repose sur des allégations tandis que la seconde doit s'appuyer sur des faits prouvés;
- Il faut aller au-delà de la terminologie des allégations et tenir compte de la substance et de la nature véritable de celles-ci, sans pour autant se prononcer sur le bien-fondé des allégations;
- De simples assertions dans une déclaration ne sont pas déterminantes, il faut établir si elles sont adéquatement formulées;
- Il faut examiner intégralement les allégations factuelles contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles peuvent étayer les prétentions juridiques du demandeur sans être lié par la terminologie juridique employée;
- Si les actes de procédures ne sont pas assez précis, l'obligation de défendre s'applique si une interprétation raisonnable des actes de procédure permet de déduire l'existence d'une réclamation visée par la garantie;

- L'obligation de défendre s'applique que les allégations soient véridiques ou non;
- Il y a lieu de vérifier si certaines allégations ne sont pas entièrement de nature dérivée et si les allégations non-dérivées sont susceptibles d'entraîner l'obligation de défendre de l'assureur (par allégations dérivées, on doit comprendre des allégations accessoires, différentes de celles qui constituent la source réelle de la faute reprochée);
- L'application de la garantie doit recevoir une interprétation large et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive;
- Il faut qu'il ressorte clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la couverture d'assurance si on désire nier l'obligation de défendre.

#### **B. La considération de la preuve extrinsèque**

La question centrale du débat pourrait être la suivante : la nature véritable de la réclamation, telle qu'étayée aux procédures, est-elle visée par la garantie prévue à la police? Pour y répondre, outre les principes directeurs énoncés plus haut, le courant jurisprudentiel majoritaire est à l'effet que la preuve extrinsèque doit se résumer à l'examen des pièces invoquées au soutien de la procédure introductive.

Dans l'arrêt *Monenco*, la Cour Suprême avait permis de tenir compte de la preuve extrinsèque mentionnée explicitement dans les actes de procédure de manière à déterminer le contenu et la nature véritable des allégations. Dans ce cas, il s'agissait de l'étude d'un contrat de conception et d'installation d'un système électrique conclu entre un maître d'œuvre et une co-entreprise ainsi qu'un contrat intervenu entre les membres de la co-entreprise. Ces contrats étaient communiqués au soutien de la procédure.

L'Honorable Juge Iacobucci s'exprimait ainsi sur la question :

**« 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 procédure 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<sup>12</sup>. »**

Dans la foulée d'un courant majoritaire, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Hamel Construction Inc. c. Lombard Canada Ltd*<sup>13</sup> a, en avril 2005, réaffirmé le principe de *Monenco* et fermé la porte à l'étude des procédures en défense ou d'autres procédures :

---

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 716.

<sup>13</sup> *Hamel Construction Inc. c. Lombard Canada Ltd*, [2005] N.S.C.A. 69. Voir au même effet *A.R.G. Construction Corp. c. Allstate Insurance Co. of Canada* [2004], 38 C.L.R. (3d) 221 (Ont. S.Ct.J.), *Cooper c. Farmer's Mutual Insurance Company* [2002], 59 O.R. (3d) 417 (Ont. C.A.).

« A problem can always arise in an application of this nature, where the facts must be gleaned from the choice of words on the part of the pleader. But in balancing this concern against the concern that an insured, by manipulative pleadings, could almost always involve the insurer in the defence of the litigation, I think the latter concern is greater. A review of the authorities that I have made indicates that having regard to defence pleadings is the approach of the minority of courts. Little has been said about the parties being in the hands of the third party pleader, but in that respect, concerns can be allayed by reference to demands for particulars in the plaintiff's statement of claim and by use of documents expressly referred to in those pleadings as approved in *Monenco*. (...) In conclusion on this issue, I am of the view that nothing in the recent jurisprudence suggests that in delving into the "true nature of the claim" or "its substance", it is desirable or possible for a court to look to pleadings filed by parties other than those making the claim against the insured. It just does not make sense to order an insurer to defend something that has not been alleged against the insured<sup>14</sup>. »

Pourtant, en juillet 2005, la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Tremblay c. Poulin*<sup>15</sup> allait au-delà de l'étude de la procédure introductive d'instance. En effet, dans

---

<sup>14</sup> *Ibid*, l'arrêt *Hamel*, paragraphes 58 et 61.

<sup>15</sup> *Tremblay c. Poulin*, C.S. Québec 200-17-005034-046, le 14 juillet 2005.

son analyse, l'Honorable Juge Godbout a en plus considéré les allégations de l'assuré formulées dans sa requête pour obliger son assureur à le défendre. D'ailleurs, cette requête alléguait, contrairement aux prétentions de la demande, que l'assuré n'avait pas intentionnellement causé des blessures à la demanderesse Tremblay.

Prenant donc en considération les allégations de l'assuré qui penchaient vers le caractère purement accidentel des blessures, le juge a ordonné à l'assureur d'assumer la défense de l'assuré Poulin.

On se souviendra, au même effet, de la porte laissée ouverte par le Juge Beauregard dans l'affaire *Axa Assurances Inc. c. Les Habitations Claude Bouchard Inc.*<sup>16</sup>. Dans cet arrêt, les demandeurs poursuivaient pour vices de construction la défenderesse alléguant que la valeur de leur maison en était ainsi diminuée et que les vices leur avaient été intentionnellement cachés. Une requête du type « *Wellington* » fut présentée par Bouchard pour forcer l'assureur à assumer sa défense. La Cour fut d'opinion, se basant sur les allégations de la demande, que Bouchard n'avait pas droit à la garantie. Cependant, le Juge Beauregard, dans un obiter, a indiqué qu'il aurait pu en être autrement si Bouchard avait démontré par une preuve sommaire que le vice était inexistant au jour de la vente et qu'il l'ignorait, de manière à contrer, entre autres, les allégations de faute intentionnelle.

---

<sup>16</sup> *Axa Assurances Inc. c. Les Habitations Claude Bouchard Inc.*, C.A. Montréal 500-09-010616-019, le 3 octobre 2001 (REJB 2001 – 26010).

Nous ne croyons pas que l'affaire Tremblay et l'obiter du Juge Beauregard s'inscrivent dans le courant majoritaire actuel au Canada. Ces décisions s'éloignent de la logique de la Cour Suprême et des récentes décisions rendues par la Cour d'appel de l'Ontario<sup>17</sup>, de la Colombie-Britannique<sup>18</sup> et du Nouveau-Brunswick<sup>19</sup> sur le sujet qui est d'éviter de préconiser une méthode qui fera de la demande relative à l'obligation de défendre un procès à l'intérieur d'un procès. Même les tribunaux des provinces maritimes se sont ralliés récemment à ceux de l'ouest et de l'Ontario pour ne considérer que la procédure introductive et les pièces communiquées à son soutien dans le cadre de l'analyse de l'obligation de défendre.

Cependant, de façon incidente, la question de savoir si sont admissibles en preuve des faits susceptibles d'éclaircir le contenu, l'applicabilité ou la validité du contrat d'assurance est toujours laissée en suspens.

La question demeure donc entière eu égard à l'admissibilité d'une preuve extrinsèque à la police d'assurance. Nous pensons, entre autres, aux cas où l'assureur invoque un manquement formel qui suspend la garantie (article 2412 C.c.Q.), une déclaration précontractuelle mensongère (article 2408-2410 C.c.Q.) ou encore un défaut de collaboration (article 2471 C.c.Q.).

---

<sup>17</sup> Voir au même effet *Trafalgar Insurance Co. of Canada c. Imperial Oil Ltd* [2001], 57 O.R. (3d) 427 (C.A.), *Cooper c. Farmers' Mutual Insurance Co.* [2002], 59 O.R. (3d) 417 (C.A.), *Halifax Insurance Co. c. Innopex Ltd* [2004], 72 O.R. (2d) 522 (C.A.).

<sup>18</sup> *Marjak Services Ltd c. Insurance Corp. of British Columbia* [2004], 244 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 700.

<sup>19</sup> *Fermes Dionne Ltée c. Fermes Gervais Ltée* [2002], 43 C.C.L.I. (3d) 1 (N.B.C.A.).

Nous recensons peu de décisions au Québec précisément sur le sujet. Cependant, les arrêts *Smith c. Dutech Machinerie Ltée*<sup>20</sup> et *9039-5849 Québec Inc. c. Renaud Lapointe Expert-Conseil Inc.*<sup>21</sup> sont assurément indicateurs du courant.

Dans les deux cas, les tentatives de l'assureur d'introduire une preuve extrinsèque pour démontrer le manquement à un engagement formel (dans le cas de *Smith*), se sont avérées vaines.

Les tribunaux ont rappelé les principes directeurs de la Cour Suprême au stade de la détermination de l'obligation de défendre<sup>22</sup>. On peut croire qu'il demeurera donc difficile de faire une preuve extrinsèque sur la validité même du contrat d'assurance.

## II. EXAMEN DE LA RELATION TRIPARTITE

### A. L'exposé du problème

Ce sont probablement les arrêts *Boréal Assurance Inc., Ville de Fermont* et plus récemment *Groupe DMR Inc.*<sup>23</sup> qui se sont le plus attardés à la particulière relation entre l'assuré, l'assureur et l'avocat *ad litem*, ce qu'on appelle la relation tripartite.

<sup>20</sup> *Smith c. Dutech Machinerie Ltée*, [2003] J. Q. No. 1267 (QL) (S.C.).

<sup>21</sup> *9039-5849 Québec Inc. c. Renaud Lapointe Expert-Conseil Inc.*, [2000] J.Q. No. 3606 (QL) (Qué. C.A.) Voir également précipitée, note 1 soit le texte de Martin André ROY « *L'étude de la preuve extrinsèque* ... ».

<sup>22</sup> Précipitée, note 1, texte de David L. CAMERON « *L'obligation de défendre : une autre mise à jour* ».

<sup>23</sup> *Groupe DMR Inc. c. Kansa General International Insurance Co. Ltd et als*, C.A. Montréal 500-09-012340-022, le 18 août 2003. Voir précipitée, note 1 soit le texte de Claude-Henri GRIGNON qui dresse une étude détaillée de cet arrêt.

Déjà, la Cour Suprême dans l'arrêt *Nichols* refusait d'entériner l'argument qui aurait permis à l'assuré de retenir les services de son propre avocat dont les frais seraient assumés par l'assureur de manière à éviter la possibilité de conflit avec l'avocat qui, lui, serait nommé par l'assureur. Le plus haut tribunal du pays a rejeté cet argument indiquant que l'assureur avait l'habitude de ne présenter une défense que dans le cas de réclamations qui relèvent potentiellement de la police et que c'était à l'assuré de retenir les services de son propre avocat à l'égard des réclamations qui ne relevaient pas clairement des conditions de la police.

Quelques années plus tard, dans l'affaire *Boréal*, la Cour d'appel indiquait que l'avocat, même s'il est désigné et payé par l'assureur en application de la loi et du contrat d'assurance, doit néanmoins agir en toute loyauté envers l'assuré.

Plus particulièrement, la Cour s'exprimait comme suit :

**« L'obligation de défendre impose à l'assureur la prise en charge, en temps opportun, de la défense de la personne assurée. Il s'agit pour l'assureur de comparaître pour cette personne et d'assumer les frais et les coûts afférents à sa défense. Les avocats de l'assureur agissent alors pour le compte de la personne assurée et en son nom, dans son seul intérêt et en toute loyauté<sup>24</sup>. »**

---

<sup>24</sup> Précipitée, l'arrêt *Boréal* note 4, p. 60.



Dans cette affaire, il a été décidé que, lorsque la réclamation comprend à la fois des dommages couverts par la police d'assurance et des dommages non-couverts, il revient à l'assuré d'assumer sa défense pour les dommages non-couverts :

**« Dans son chapitre consacré aux exclusions, le juge de première instance a statué que la désuétude économique – un des chefs de réclamation – n'était pas un dommage couvert (cela a été reconnu par les avocats de Val Royal lors de leur plaidoirie en appel; ils ont de plus admis l'application de l'exclusion relative au coût du produit). Cette situation impose la précision suivante : 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 (...)»<sup>25</sup>.** »

On retient donc de ces enseignements que, dans le cas d'une instance judiciaire, il ne peut y avoir qu'un seul procureur *ad litem*. Ce fut d'ailleurs l'opinion du Juge Malouf dans l'affaire *Nobert*<sup>26</sup> rendue à la même époque que l'arrêt de principe *Nichols*. La Cour prend appui sur l'ancien article 1705 C.c.B.C. qui se réfère au mandat *ad litem* qui

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 65. Voir une application intéressante des principes par analogie dans *Centre québécois de recherche et de développement de l'aluminium c. Champagne*, C.S. Chicoutimi 150-17-00968-054, le 16 septembre 2005.

<sup>26</sup> *Nobert c. Lavoie*, [1990] R.J.Q. 55 (C.A.). Sur la question de la loyauté et du secret professionnel entre l'assuré et l'avocat qui le représente, voir *The Citadel Insurance Company c. Wolofsky*, [1984] C.A. 377.

consiste à mener une affaire jusqu'au tribunal pour y agir au procès. Plus spécifiquement, cette disposition précise que celui qui détient un tel mandat possède implicitement les pouvoirs d'exécuter les actes nécessaires à l'accomplissement de celui-ci. Pour la Cour d'appel dans *Nobert*, une partie ne peut se faire représenter par plus d'un seul procureur *ad litem*, mais peut engager le nombre de spécialistes et conseillers qu'elle veut pour aider le procureur *ad litem*.

Une fois la théorie bien assimilée, comment peut-on pratiquement gérer ce principe à l'effet qu'une partie ne peut avoir qu'un seul avocat *ad litem*?

Cette question est bien sûr plutôt simple à répondre lorsque l'application de la garantie n'a fait l'objet d'aucun litige et qu'il est clair que l'action instituée déclenche l'obligation de défendre de l'assureur dans son intégralité.

Les problèmes surgissent lorsqu'il s'agit de réclamations dites à caractère mixte qui comprennent à la fois des dommages couverts par la police d'assurance et des dommages non-couverts.

Il est établi qu'il revient alors à l'assuré d'assumer sa défense pour les dommages non-couverts pendant que l'assureur assume son obligation de défendre à l'égard des actes ou omissions allégués dans la réclamation qui tombent dans le cadre du contrat. Cependant, comment pratiquement l'avocat nommé par l'assureur doit-il agir dans ce dernier cas?

Dans l'affaire *Ville de Fermont c. Kevin Pelletier*<sup>27</sup>, rendue en 1998, la Cour d'appel nuance les principes de *Nobert* en précisant que la comparution devra être particulière puisqu'une partie ne peut avoir qu'un avocat *ad litem*. En pratique, ce type de comparution cible souvent les paragraphes de la réclamation pour lesquels il y a déclenchement de l'obligation de défendre de l'assureur envers son assuré.

Dans le cadre de réclamations mixtes, on peut aussi penser à la présentation par l'assureur d'une déclaration en intervention selon l'article 216 C.p.c. par laquelle l'assureur demande d'intervenir à la procédure puisque les allégations de la réclamation semblent donner ouverture à l'application de la garantie.

Bien sûr, la présence simultanée au dossier d'avocats chargés de défendre des intérêts distincts peut entraîner des situations particulières comme le rappelait le Juge Délisle dans l'arrêt *Ville de Fermont*. Dans ces cas, ce sera au juge du procès d'établir une ligne de conduite propre à tenir compte des intérêts de chaque partie en évitant le dédoublement.

Cette réalité, qui au début des années 90 paraissait excessivement difficile à concevoir, est de plus en plus monnaie courante. Les parties s'organisent et on assiste systématiquement à la gestion de dossiers qui implique la présence au dossier, en plus des avocats choisis par l'assureur pour représenter la personne assurée, de ceux désignés par celle-ci pour protéger ses intérêts pour la partie de la réclamation, par exemple, excédant la couverture d'assurance ou visée par une exclusion.

---

<sup>27</sup> *Ville de Fermont c. Kevin Pelletier*, [1998] R.J.Q. 736 (C.A.).

## **B. Le double mandat**

Il est donc toujours possible de retrouver un conflit d'intérêts structurel parce que l'assureur aurait, en théorie du moins, toujours intérêt à orienter l'affaire vers une exclusion ou un risque non-couvert. Partant, l'avocat engagé par l'assureur pour défendre l'assuré détient nécessairement un double mandat et est tenu d'assumer loyalement la défense de l'assuré et de préserver intégralement ses intérêts.

À partir du moment où l'avocat est mandaté par l'assureur pour représenter les intérêts de l'assuré et qu'il comparaît au dossier pour cet assuré, il ne peut plus d'aucune façon se prononcer sur l'application ou non de la garantie d'assurance ou toute question liée à la couverture d'assurance. Ces questions devront être tranchées dès que le mandat est donné par l'assureur à l'avocat. Si des questions sur la couverture d'assurance demeurent, elles devront être tranchées bien avant la comparution. Une fois que l'avocat comparaît pour l'assuré, il devient systématiquement l'avocat de l'assuré. Si au cours du déroulement des procédures, l'assureur découvre des faits ou des circonstances qui l'amènent à reconsidérer sa position de couvrir en tout ou en partie les allégations de la réclamation, c'est l'assureur qui devra aviser l'assuré qu'il demandera à l'avocat qu'il a mandaté de cesser d'occuper. En aucun temps, l'avocat qui représente l'assuré, bien que mandaté par l'assureur, ne doit s'immiscer dans cette relation entre l'assureur et l'assuré. Il s'agit d'une situation excessivement délicate puisque l'avocat, de ce fait, se retrouve entre l'arbre et l'écorce. Ainsi donc, à partir du moment où il y a comparution par l'avocat pour défendre les intérêts

de l'assuré, il ne doit d'aucune façon s'interposer dans les questions relatives à la couverture d'assurance.

Cette question du double mandat que détient l'avocat est d'ailleurs exprimée de façon intéressante dans l'affaire *Zurich c. Renaud & Jacob* :

**« Dans la conduite de la défense, le rôle de l'avocat se révélera critique pour l'assureur. Son expérience, sa réputation et la qualité de sa relation avec lui justifieront son choix. On se reposera naturellement sur lui pour préserver les intérêts de l'assureur. Pour l'assuré, sa fonction ne sera pas moins importante. Il sera chargé effectivement de la conduite de sa défense contre le recours en responsabilité. Il joue un double rôle vis-à-vis l'assureur et l'assuré et détient nécessairement, à ce titre, un double mandat.<sup>28</sup> »**

La Cour d'appel en 2003 dans l'affaire *Birdair*<sup>29</sup> rappelait la primauté du principe relatif à l'obligation de loyauté de l'avocat qui représente une partie.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel soulignait le droit fondamental à ce qu'une partie à un procès ait un avocat qui manifeste une loyauté exclusive à son égard, assure la pleine confidentialité des informations transmises, ne dévoile pas l'opinion juridique émise et assure la pleine défense de son client par tous les moyens légaux.

---

<sup>28</sup> Précipitée, l'arrêt *Zurich du Canada*, note 5, p. 2166.

<sup>29</sup> *Birdair c. Commerce & Industry Insurance Company of Canada et als.*, C.A. Montréal, 500-09-010201-002, le 15 avril 2003.

La trame procédurale se présentait comme suit. Dans le cadre d'un recours subrogatoire, les Lloyds ont poursuivi Birdair, entrepreneur chargé des travaux d'installation du toit du stade olympique et certains sous-traitants dont la firme Rousseau, Sauvé et Warren « RSW ». Or, Birdair et RSW étaient couverts par la même police d'assurance suite à une exigence du donneur d'ouvrage, la RIO, émise par Commerce & Industry Insurance. Suite à la déchirure de la toile du toit du stade olympique, l'assureur a désigné un seul avocat pour représenter l'entrepreneur et ses sous-traitants en conformité avec une clause du contrat d'assurance.

Se prononçant dans le contexte d'une requête en jugement déclaratoire, la Cour a indiqué que cette stipulation contractuelle devait céder le pas à la règle générale d'ordre public que rappelle l'article 2503 C.c.Q.

Selon le Juge Gendreau, la règle de la représentation judiciaire, par l'avocat libre et dévoué aux seuls intérêts de son client, doit avoir priorité. Toute représentation commune ou conjointe placerait l'avocat dans une situation de conflit d'intérêts. La Cour insiste sur les intérêts divergents de Birdair et RSW sur la conduite de l'affaire qui commandent des défenses propres par un avocat dévoué à chacune d'elle exclusivement.

Ce principe met encore davantage en lumière le droit pour une partie que son avocat « *ad litem* » manifeste une loyauté exclusive à son égard.

Ceci étant, il apparaît maintenant bien évident que l'assureur responsabilité qui entend défendre son assuré pour certaines allégations de la réclamation en raison de la couverture partielle ou d'exclusions à la police devra retenir deux avocats distinctement pour gérer la problématique. Le premier avocat retenu aura pour mandat de défendre l'assuré sur les parties couvertes de la réclamation alors que le deuxième procureur aurait pour mandat de se pencher sur les questions relatives à la garantie d'assurance. Ces questions devront être identifiées le plus tôt possible et certainement avant le dépôt d'une comparution au dossier de la Cour. Ainsi, les lettres de réserve ne devraient être signées que par l'avocat retenu par l'assureur pour traiter des aspects relatifs à l'application ou non de la garantie d'assurance ou encore par l'assureur directement.

Dans *DMR*, rendue également en 2003, la Cour d'appel a rappelé à quel point le double mandat de l'avocat repose sur de fragiles assises et peut donner naissance à un insoluble conflit de loyauté.

Ceci dit, l'assuré ne peut réclamer le droit de choisir l'avocat de son choix lorsque celui-ci s'acquitte correctement et loyalement de sa défense. Cependant, s'il refuse les services de l'avocat désigné par l'assureur, à moins de circonstances où cela devient nécessaire pour régler un conflit potentiel avec celui-ci ou lorsque l'avocat choisi s'est placé lui-même en conflit d'intérêt, il ne peut imposer à son assureur l'obligation de payer celui-ci ou de l'indemniser pour les frais de sa défense<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> *Association des hôpitaux du Québec c. Fondation pour le cancer de la prostate, C.A. Québec 200-09-002707-997, le 3 février 2000.*

### **C. La nature évolutive de l'obligation de défendre**

Il n'est pas exclu, qu'à une époque des procédures ou du procès, l'assureur découvre des faits qui remettent en question son obligation de défendre l'assuré. Dans ces situations, les tribunaux ont reconnu le droit pour l'assureur de cesser de défendre l'assuré. Une illustration intéressante de ce principe est la décision rendue en 2004 par l'Honorable Juge Hélène Langlois dans *Bétonel c. Piscines Val Morin Inc.*<sup>31</sup> À la suite d'une action sur compte, la défenderesse Piscines Val Morin Inc. a institué une action en dommages et intérêts réclamant compensation pour les dommages qu'elle alléguait avoir subis en conséquence du fait que la peinture livrée par la demanderesse Bétonel s'était avérée impropre à l'usage auquel elle était destinée.

Lombard, l'assureur responsabilité de Bétonel, est intervenu au litige pour protéger les intérêts de Bétonel. Cette déclaration en intervention allègue entre autres :

**« À titre d'assureur responsabilité, la présente intervenante se doit d'intervenir pour défendre son assurée face à la demande reconventionnelle faite par Piscines Val-Morin Inc., les allégués de cette demande reconventionnelle semblant donner ouverture à une couverture au niveau de la police d'assurance et en tant que tel, la**

---

<sup>31</sup> *Bétonel Ltée c. Piscines Val Morin Inc. et als.*, C.S. Montréal 500-05-026288-967, le 22 juillet 2004. (appel déserté)



**présente intervenante a l'obligation de par le contrat d'assurance et la Loi, de défendre son assurée face à cette réclamation<sup>32</sup>. »**

Près de cinq mois plus tard, après consultation et vérification chez Lombard, cette dernière avisait son assurée Bétonel, tant verbalement que par écrit, que le contrat ne couvrait pas le sinistre et les dommages faisant l'objet de la demande reconventionnelle.

Lombard donnait alors instructions à ses avocats de se désister de son intervention. Dès après ce désistement, l'assurée instituait une action en garantie contre Lombard plaidant que l'intervention de Lombard au litige constituait un aveu judiciaire à l'effet qu'elle bénéficiait d'une couverture d'assurance.

L'Honorable Juge Langlois a indiqué que, de fait, il y avait inapplication de la garantie et que les allégations de la déclaration d'intervention, relatives à la couverture d'assurance faite par les avocats mandatés par Lombard, n'étaient pas constitutives d'un aveu. Elle explique comme suit :

**« Il y a fin de non-recevoir ou renonciation implicite ou explicite à éventuellement nier couverture lorsque l'action ou la conduite d'un assureur, après un événement, est telle qu'elle entraîne l'obligation de l'assureur de couvrir l'événement autrement exclu par les termes du contrat d'assurance. Or, la preuve n'établit pas de la part de Lombard une conduite telle qu'il y a lieu de conclure qu'elle a**

---

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 12.

renoncé à invoquer, au moment où elle l'a fait, l'absence de couverture. Lorsque Lombard mandate ses procureurs à l'effet d'intervenir au dossier, l'enquête sur les circonstances se poursuit. D'une part, ces derniers interviennent pour protéger les intérêts de Bétonel, sans cependant jamais assumer exclusivement sa défense puisqu'elle continue d'être représentée par ses propres procureurs; d'autre part, l'intervention inclut implicitement une réserve quant à la couverture en alléguant que les circonstances « semblaient donner ouverture à une couverture au niveau de la police d'assurance et en tant que tel, la présente intervenante a l'obligation de par le contrat d'assurance et la Loi, de défendre son assurée face à cette réclamation ». Finalement, le fait que Lombard intervienne et, par la suite, se désiste de son intervention n'a pas causé de préjudice à Bétonel ni affecté ses droits<sup>33</sup>. »

D'ailleurs, en quelques occasions, la Cour d'appel, a laissé cette porte ouverte à ce que l'assureur puisse remettre en question, au cours de l'administration de la preuve ou de l'enquête et audition, son obligation de défendre l'assuré. Nous pensons à l'affaire *Boréal* où la Cour écrit :

« Il pourra arriver que la preuve aille au-delà des allégations, affectant ainsi, à une époque donnée du procès ou des procédures (si la révélation est faite lors d'interrogatoires préalables au procès),

---

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 18.

**l'obligation de défendre qui, au départ, s'était imposée à l'assureur.**

**Cela n'a pas été ici le cas<sup>34</sup>. »**

Dans la même foulée, dans l'arrêt *Compagnie d'Assurance Wellington*, le Juge Dussault mentionne :

**« M.E.C., pour sa part, fait valoir que « l'obligation de défendre perdure tant et aussi longtemps que subsiste (...) une possibilité que la décision finale entraîne couverture d'assurance ». Il en résulte que « les cas où cette obligation s'éteindrait en cours de route sont extrêmement restreints ». C'est pourquoi, à son avis, sauf dans ces cas somme toute limités, l'obligation de défendre ne devrait pas faire l'objet d'un débat lorsqu'il apparaît *prima facie* que le risque est couvert par la police. (...) Toutefois, il n'est pas exclu qu'à une époque des procédures ou du procès l'assureur découvre des faits qui remettent en question son obligation de défendre l'assuré. Dans une telle éventualité, le jugement de première instance ne pourrait avoir pour effet de forcer l'appelante à continuer de défendre l'intimée pour toute la durée du procès indépendamment de ce que la preuve pourrait révéler<sup>35</sup>. »**

---

<sup>34</sup> Précipitée, l'arrêt *Boréal*, note 4, p. 66.

<sup>35</sup> Précipitée, note 6, p. 450.

Au mois d'août 2005, la Cour supérieure dans *Dorion c. Entreprises Télé-Capitale Ltée*<sup>36</sup> exprimait l'avis que ce genre de situation devait demeurer exceptionnel. Tout en précisant que la Cour d'appel ne donne pas de critères ou d'indices pour apprécier le bien-fondé de la décision d'un assureur qui remet en cause son obligation de défendre l'assuré, l'Honorable Juge Jean Bouchard rappelait les propos du Juge Iacobucci dans l'arrêt *Monenco* qui précisait qu'il fallait éviter de préconiser une méthode qui fera de la demande relative à l'obligation de défendre « un procès à l'intérieur d'un procès ».

Dans l'affaire *Dorion*, le Juge Bouchard a accueilli le recours en garantie intenté par Entreprises Télé-Capitale Ltée et André Arthur contre leur assureur qui avait nié couverture, cessé de les défendre et refusé de les indemniser une fois jugement rendu accueillant l'action principale. L'assureur a été condamné aux frais de défense ainsi qu'au paiement de l'indemnité sur l'action principale. En effet, le tribunal est venu à la conclusion que c'est à tort que Chubb avait donné instructions à ses avocats de cesser d'occuper et de défendre les défendeurs André Arthur et Télé-Capitale dans l'action intentée par Louis Dorion. L'Honorable Juge Bouchard s'exprime comme suit :

**« Vu l'absence d'allégations de faute intentionnelle dirigées contre  
Télé-Capitale et compte tenu de toute manière de l'application de  
l'article 2564 C.c.B.C. à l'effet que toute faute intentionnelle par un  
assuré ne saurait priver son employeur des garanties d'assurance, le**

---

<sup>36</sup> *Dorion c. Entreprises Télé-Capitale Ltée et als.*, C.S. Montréal 200-05-004373-812, le 5 août 2005. Il faut noter que, sur le fond du litige, la cour a considéré que la conduite de Télé-Capitale constituait un cas de négligence grossière mais pas une faute intentionnelle donnant ouverture à l'application de la clause d'exclusion contenue à la police d'assurance.

**Tribunal en vient donc à la conclusion, toujours en se fondant sur les arrêts *Nichols, Monenco et Scalera*, que Chubb devait défendre Télé-Capitale et André Arthur<sup>37</sup>. »**

De plus, la Cour indiquait qu'il n'y avait pas eu démonstration de la découverte d'un fait, au sens où l'entend la Cour d'appel dans les arrêts *Boréal* et *Wellington*, qui pouvait permettre à Chubb, l'assureur responsabilité de Télé-Capitale Inc. et André Arthur, de remettre en question son obligation de défendre.

### **III. RÉCUPÉRATION DES FRAIS DE DÉFENSE**

#### **A. La réclamation des frais de défense par l'assuré**

Il est maintenant bien acquis que l'assuré pourra, en raison du refus de l'assureur d'assumer sa défense, réclamer les honoraires et frais rendus nécessaires à sa défense. Si le tribunal conclut que la réclamation principale était bel et bien couverte par le contrat d'assurance-responsabilité, l'assuré aura alors droit à la récupération des frais de défense encourus par lui.

Diverses stratégies peuvent être envisageables par l'assuré pour faire réagir un assureur eu égard à son obligation de défendre. L'assuré peut, dans un premier temps, agir par la

---

<sup>37</sup> *Ibid*, p. 10.

voie d'une requête pour forcer l'exécution en nature de l'obligation de défendre tel que reconnu dans l'affaire *Wellington*.

Il peut aussi décider de tout simplement instituer une action en garantie qui sera assortie de la réclamation des honoraires et frais encourus pour se défendre à l'action principale. De plus, l'assuré pourra décider, suite à un refus de l'assureur de le défendre, de tout simplement mener son action dans le litige principal et après règlement ou jugement d'instituer une action en recouvrement des frais de défense contre son assureur. Dans ce dernier cas, il faudra cependant demeurer attentif à la prescription de trois ans<sup>38</sup>.

L'arrêt de la Cour d'appel dans *Compagnie Canadienne d'Assurances Générales Lombard c. Marchands Unis Inc.*<sup>39</sup> rendue en 2003 est assurément un bon exemple de l'application de ces principes.

Dans cette affaire, l'intimée était assurée auprès de l'appelante aux termes d'une police d'assurance la protégeant contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile. Elle lui demanda de la défendre et de l'indemniser en cas de condamnation. Lombard communiquait son refus par lettre quelque temps plus tard.

L'action intentée par Matériaux de Construction Lachute Ltée « Lachute » s'est finalement réglée hors Cour par Marchands Unis en 1999. Marchands Unis institua par

---

<sup>38</sup> Voir *Axa Boréal Assurances Inc. c. Université Laval*, C.A. Québec 200-09-003704-019, le 5 mars 2003 où la cour conclut que le point qui marque le point de départ de la prescription du recours, qui sanctionne l'obligation de défendre de l'assureur, coïncide avec la date de signification de l'action de la tierce partie.

<sup>39</sup> *Compagnie Canadienne d'Assurances Générales Lombard c. Marchands Unis Inc.*, C.A. Québec 200-09-003584-015, le 5 mars 2003.

la suite une action en réclamation des frais de défense encourus ainsi qu'en remboursement de la somme payée à Lachute dans le cadre du règlement plus les intérêts et l'indemnité additionnelle sur les deux montants.

La Cour d'appel confirma le jugement de première instance. Puisque que les procédures initiées faisaient voir une possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie, l'assureur fut donc condamné au remboursement des honoraires et des frais engagés par l'assuré.

La question ultime que la Cour a formulée est de savoir si la nature véritable de la réclamation, telle qu'étayée aux procédures, était visée par la garantie prévue à la police? La Cour a apporté une réponse affirmative à cette question et a accueilli l'action instituée par l'assuré.

Ceci dit, qu'en est-il des frais extrajudiciaires engagés par l'assuré pour faire valoir ses droits à l'encontre de l'assureur? La jurisprudence nous enseigne que les honoraires extrajudiciaires engagés par un assuré, pour une action en garantie contre son assureur responsabilité ou pour une requête ayant pour but de forcer l'exécution en nature de l'obligation de défendre, ne sont pas récupérables. Ce ne sera que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux accepteront de condamner la partie défenderesse au remboursement des frais extrajudiciaires. Il faudra démontrer que l'assureur est de mauvaise foi ou encore que l'assureur a eu une attitude téméraire et hostile à l'encontre des droits élémentaires de son assuré.

Les principes établis par l'Honorable Juge Michel Robert dans l'affaire *Tamper Corporation c. Kansa General Insurance Co.*<sup>40</sup> ont d'ailleurs été rigoureusement suivis récemment par les tribunaux de première instance et particulièrement par la Cour supérieure dans l'affaire *Régie des installations Olympiques c. Royal & SunAlliance du Canada, Société d'Assurances*<sup>41</sup>.

#### A. La réclamation des frais de défense par l'assureur

Ceci étant, y-a-t-il un autre côté à la médaille? En effet, l'assureur qui, au Québec, assure la défense de son assuré, peut-il réclamer le remboursement des frais de défense encourus s'il est démontré éventuellement qu'il y a inapplication de la garantie?

Cette question fait actuellement l'objet d'un débat très animé dans certains états américains. Tout récemment, la Cour Suprême de la Californie et la Cour Fédérale du Minnesota ont toutes deux répondu dans l'affirmative. Dans ces deux affaires, les assureurs ont pu obtenir le remboursement des frais de défense de leur assuré alors qu'il fut déterminé qu'ils n'avaient pas à le défendre initialement.

---

<sup>40</sup> *Tamper Corporation c. Kansa General Insurance Co.*, REJB 1998-04580 (C.A.). Voir au même effet *Laboratoires Bio. Recherches Ltée c. Continental Insurance Company*, C.S. Montréal 500-05-064139-015, le 23 août 2005.

<sup>41</sup> *Régie des installations Olympiques c. Royal & SunAlliance du Canada, Société d'Assurances*, REJB 2001-24442 (C.S.).



Dans l'affaire *Scottsdale Ins. Co. c. MV Transportation*<sup>42</sup>, rendue en juillet 2005, l'assurée était poursuivie à titre de défendeur dans une action instituée par divers compétiteurs de son domaine. L'action en dommages alléguait bris de contrat, pratique illégale du commerce et appropriation illégale des secrets commerciaux. L'assurée requit de son assureur qu'il défende l'action instituée. Scottsdale accepta de défendre sous réserve de certains droits c'est-à-dire son droit de requérir le remboursement des frais de défense s'il était démontré ultérieurement que l'action ne soulevait potentiellement aucune application de couverture.

Il s'avéra que l'action principale fut réglée sans que l'assurée n'ait à payer d'indemnité. Tout au plus, l'assurée et certains de ses employés eurent à retourner divers documents à la partie demanderesse. Les coûts de défense encourus par l'assureur se chiffèrent à la somme d'environ 340 000,00 \$.

Scottsdale institua une action contre son assurée après le règlement requérant qu'un jugement déclaratoire se prononce sur l'application de la garantie.

La Cour Suprême de la Californie indiqua que, lorsqu'il n'y a aucune possibilité d'indemnisation, l'obligation de défendre n'est pas déclenchée dans un premier temps. Le tribunal conclut qu'il n'y avait aucune indemnisation possible sur la base des allégations contenues dans l'action principale et qu'en conséquence, l'obligation de défendre n'avait jamais été déclenchée. Ainsi, l'assureur, ayant dûment réservé ses

---

<sup>42</sup> *Scottsdale Ins. Co. c. MV Transportation*, [2005] Cal. 4<sup>th</sup> (No. S123766. Jul. 25, 2005). Voir au même effet l'arrêt de principe dans *Buss v. Superior Court (Transamerica Ins. Co.)*, [1997] 16 Cal. 4<sup>th</sup> 35 et *St-Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Compaq Computer Corp.*, 377 F. Supp. 2d 719, 2005.

droits, pouvait réclamer de son assurée le remboursement des frais de défense encourus dans l'action. L'extrait pertinent se lit comme suit :

**« Accordingly, we conclude that an insurer under a standard CGL policy, having properly reserved its rights, may advance sums to defend its insured against a third-party lawsuit, and may thereafter recoup such costs from the insured if it is determined, as a matter of law, that no duty to defend ever arose because the third party suit never suggested the possibility of a covered claim. Such is the case here. It follows that, insofar as the Court of Appeal denied Scottsdale's right to reimbursement, its judgment should be reversed<sup>43</sup>. »**

Peut-on croire qu'au Québec ce courant aura une incidence? Dans la mesure où l'obligation de défendre aura été tranchée dans le cadre d'une décision d'un tribunal, soit par jugement déclaratoire ou encore via une requête pour forcer l'assureur à défendre sous les articles 2 et 20 du *Code de procédure civile*, il nous apparaît que l'assureur ne pourra par la suite, même après audition sur le fond de la cause, demander la récupération des frais de défense. En effet, les critères formulés par la Cour Suprême, à savoir que la simple possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit à déclencher l'obligation de défendre, font en sorte que l'assureur ne pourra, une fois cette question tranchée par le tribunal, obtenir le remboursement des frais de défense. Cependant, si l'assureur prend les devants et accepte d'assumer la défense de l'assuré

---

<sup>43</sup> *Ibid*, la décision *Scottsdale*, p. 10.

tout en prenant soin de rédiger une lettre à l'effet qu'il réserve ses droits de récupérer les frais de défense, il accroîtra ses chances, le temps venu, d'opposer le tout à l'assuré<sup>44</sup>.

Prenons le cas par exemple où l'assureur est confronté à une réclamation contenant des allégations mixtes de faute et de négligence et qu'il décide d'assumer la défense de l'assuré et de mandater un procureur pour comparaître pour lui tout en s'assurant d'avoir acheminé une lettre de réserves au préalable. Si la preuve révèle l'existence d'une faute intentionnelle, l'assureur pourra tenter, dans le cadre d'une action distincte après l'audition, de réclamer le remboursement de ses frais de défense en s'appuyant sur la lettre de réserves préalablement envoyée.

#### **IV. INCIDENCES RELIÉES À LA LIMITE AU CONTRAT D'ASSURANCE**

Le texte du deuxième alinéa de l'article 2503 C.c.Q. est limpide à l'effet que les frais de la défense et les intérêts sont payables même lorsqu'ils sont au-delà des limites de la garantie d'assurance. Ce principe ajoute assurément au fait que l'assureur désire conserver le contrôle du choix des procureurs qui agiront en défense pour son assuré n'ayant pas la possibilité de stipuler une limite relativement à cet aspect.

---

<sup>44</sup> Voir l'arrêt *Kansa General International Insurance Company Ltd c. Ferdinand Alfieri*, C.A. Montréal 500-09-011549-011, le 30 mai 2002 dans laquelle le Juge Beauregard émet l'opinion que les frais de défense engagés par un assureur sont recouvrables s'il est éventuellement décidé que l'assuré n'avait pas droit d'être défendu par l'assureur.

Ceci dit, peut-on penser que le paiement des frais de défense au-delà des limites de la garantie prend fin lorsqu'on a épuisé les limites de la garantie de bonne foi?

L'arrêt de principe en la matière est assurément la décision rendue dans les *Mines d'Amiante Bell Limitée*<sup>45</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'intimée, Federal Insurance Company, avait toujours l'obligation de défendre les requérantes Mines d'Amiante Bell Limitée, une fois la limite d'indemnité mentionnée dans la police d'assurance épuisée.

L'Honorable Juge Deblois se prononce comme suit sur la question :

**« Une police d'assurance est composée non seulement d'une couverture caractérisée de risques ou réclamation, mais aussi d'une somme maximale payable en indemnité. Être assuré contre de tels risques ou réclamations uniquement ne constitue pas une protection en soi. Le montant payable en indemnité par l'assureur relativement à ces réclamations est un élément essentiel à la police d'assurance. Le Tribunal doit donc conclure qu'une fois les limites de l'assurance épuisées, il n'y a plus de police d'assurance et qu'en conséquence, il n'y a plus d'obligation de défendre de la part de l'assureur<sup>46</sup>. »**

---

<sup>45</sup> *Les Mines d'Amiante Bell Ltée c. Federal Insurance Co.*, [1985] C.S. 1096.

<sup>46</sup> *Ibid*, p. 1105.

Alors que la jurisprudence américaine<sup>47</sup> sur le point est partagée et que les provinces de common law au Canada<sup>48</sup> militent pour que l'obligation de défendre se poursuive après même le paiement de la limite d'assurance, retenons que l'affaire *Lac d'Amiante* régit de façon claire le principe au Québec, en l'absence bien sûr de mauvaise foi.

### CONCLUSION

Le sujet manifestement ne vieillit pas et est toujours au cœur de l'actualité en droit des assurances.

Si, comme le disait le Juge Iacobucci dans l'affaire *Monenco*, il faut éviter de « faire un procès dans un procès », il demeure qu'au rythme où les requêtes de type « *Wellington* » se multiplient, les cas où la validité du contrat d'assurance est mise en cause ne manqueront pas d'enrichir le débat en ce qui a trait à la preuve qui pourrait s'avérer nécessaire pour en disposer.

De même, on peut s'attendre à ce que la relation tripartite et le conflit structurel qu'elle provoque amènent nos tribunaux à dégager des règles propres à gérer les situations problématiques qui leur seront soumises, malgré la vigilance que les assureurs s'efforceront d'exercer pour les éviter dans la mesure du possible.

---

<sup>47</sup> G.HILLIKER, *Liability Insurance in Canada*, 3<sup>e</sup> édition, Butterworths, 2001, p.80.

<sup>48</sup> *Pacific Employers Insurance v. Non-Marine Underwriters Lloyd's of London*, [1990] B.C.J. No 1338 (QL), 47 B.C.L.R. (2d) 254 (C.A.), *Co-Operators General Insurance v. Johnson*, [1992] A.J. No. 162 (QL), 7 C.C.L.I. (2d) 183 (C.A.).

Enfin, le défi quotidien qu'impose aux avocats la procédure actuelle avec ses échéanciers serrés risque de rendre encore plus difficile leur devoir de composer avec des situations complexes, sinon parfois inextricables.