



LAPOINTE ROSENSTEIN
MARCHAND MELANÇON

S.E.N.C.R.L. Avocats

BULLETIN EN DROIT DES ASSURANCES

Volume 2, numéro 2

Juin 2012

L'indemnisation pour perte de salaire : revenu brut vs revenu net

❖ M^e Pierre-Étienne Lucier

Le « privilège relatif au litige » et les experts en sinistres

❖ M^e Natasha Trodler-Lainé

Note de l'éditeur

Il nous fait plaisir de vous transmettre la troisième édition de notre bulletin en droit des assurances.

Vous y trouverez un article traitant de l'indemnisation pour perte de salaire suivant un arrêt de la Cour d'appel rendu au début de la présente année.

Nous analyserons également le privilège relatif au litige en regard des informations recueillies et colligées par un expert en sinistre.

Enfin, nous profitons de l'occasion pour souligner la nomination à titre d'associés de M^e Catherine Rayle-Doiron et de M^e Antoine Melançon qui font partie de notre équipe d'assurance depuis près de 10 ans. Nous vous invitons à consulter leur parcours professionnel sur notre site web à lrm.com.

À tous, un très bel été!



M^e Paul A. Melançon

L'indemnisation pour perte de salaire : revenu brut vs revenu net

M^e Pierre-Étienne Lucier

Le 17 janvier 2012, la Cour d'appel rendait un jugement unanime dans l'affaire *Rosenstein c. Kanavaros* (2012 QCCA 128) traitant notamment de l'indemnisation pour les pertes salariales.

La Cour devait se prononcer sur une question d'intérêt pour tout praticien en matière d'indemnisation de perte de salaire, question souvent soulevée dans des cas d'invalidité découlant d'une blessure corporelle. Plus spécifiquement, il s'agissait pour la Cour d'appel de déterminer si les indemnités réclamées par la victime pour des pertes salariales, tant passées que futures, devaient être calculées sur la base du revenu brut ou du revenu net. Doit-on, en effet, déduire du montant accordé les sommes qui auraient été prélevées par les autorités fiscales sur le salaire réclamé, n'eût été de l'accident?

La question se posait dans un contexte factuel très particulier. Au moment des faits en litige, la demanderesse, Madame Kanavaros, était enseignante en classe d'immersion française à l'école primaire Roslyn de Westmount. Madame Kanavaros enseignait au fils des défendeurs, Hagop Artinian et Kathryn Rosenstein. Dans une action distincte, ces derniers poursuivaient Madame Kanavaros de même que le directeur de l'école Roslyn et la commission scolaire en cause, reprochant à l'enseignante d'avoir notamment humilié et intimidé leur fils devant toute la classe. Le 25 mars 2008, soit le matin du procès prévu dans cette action distincte, les parties règlent le litige à l'amiable en vertu d'une entente qui devait demeurer confidentielle.

Or, suite à la conclusion de cette entente confidentielle, Monsieur Artinian et Madame Rosenstein ont fait des déclarations aux médias concernant le règlement intervenu

avec Madame Kanavaros. Ces déclarations ont été reprises dans de nombreux médias, ce qui a donné suite à une réclamation en dommages et intérêts pour diffamation instituée par la demanderesse, Madame Kanavaros, à l'encontre des parents de son élève.

Madame Kanavaros alléguait notamment que les propos diffamatoires de Madame Rosenstein et Monsieur Artinian l'ont entraînée dans une dépression majeure, l'empêchant d'exercer son emploi; c'est pourquoi elle réclamait une indemnisation pour perte salariale.

Rendant jugement dans ce dossier le 30 juillet 2010 (*Kanavaros c. Artinian*, 2010 QCCS 3398), l'Honorable Danielle Richer de la Cour Supérieure donnait raison à la demanderesse, Madame Kanavaros, quant à la teneur diffamatoire des propos tenus par les parents, et accordait une indemnisation pour perte salariale à la demanderesse. Quant au montant qui devait être accordé sous ce poste, la question se posait à savoir si seuls les revenus nets de la demanderesse devaient faire partie du calcul de l'indemnité.

En se basant sur l'arrêt classique de la Cour Suprême du Canada sur la question, *R. c. Jennings et al.*, [1966] S.C.R. 532, et sur un jugement de la Cour d'appel rendu en 1986 (*Québec-Téléphone c. Lebrun et al.*, AZ-86011271), la juge Richer conclut :

« [227] Cette jurisprudence étant toujours d'actualité, le tribunal accordera à la demanderesse le remplacement de ses revenus bruts sans attribuer de réduction pour l'impact fiscal. Le tribunal n'a pas à retenir pour le fisc lorsque la loi ne le prévoit pas. »

Notons que dans cette affaire, les indemnités pour pertes salariales concernaient principalement des pertes salariales antérieures au procès, mais également des pertes salariales futures.

Les parents ont porté l'affaire en appel, et la Cour d'appel a rendu jugement séance tenante le 17 janvier 2012. L'appel a été rejeté et les conclusions du juge de première instance, notamment sur la question de l'indemnisation de la perte salariale, ont été maintenues. Sur cette dernière question, le raisonnement de la Cour se limite à un court paragraphe :

« [10] She was also right in granting compensation on the basis of income before tax as opposed to income after tax, whether past or future income, the jurisprudence on this issue being constant (*Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Jennings* [1966] R.C.S. 532). »

La Cour d'appel s'appuie notamment sur une décision de Common Law rendue dans l'affaire *R. c. Jennings* par la Cour Suprême en 1966¹. Dans cette affaire, la Cour Suprême décida de ne pas tenir compte de l'impôt lors du calcul de l'indemnité versée à titre de perte de revenus. La Cour Suprême s'expliquait en ces termes :

« To assess another uncertainty – the incidence of income tax over the balance of the working life of a plaintiff – and then deduct the figure reached from an award is, in my opinion, an undue preference for the case of the defendant or his insurance company. The plaintiff has been deprived of his capacity to earn income. It is the value of that capital asset which has to be assessed. In making that determination it is proper and necessary to estimate the future income earning capacity of the plaintiff, that is, his ability to produce dollar income, if he had not been injured. This estimate must be made in relation to his net income, account being taken of expenditures necessary to earn the income. But income tax is not an element of cost in earning income. It is a disposition of a portion of the earned income required by law. Consequently, the fact that the plaintiff would have been subject to tax on future income, had he been able to earn it, and that he is not required to pay tax upon the award of damages for his loss of capacity to earn income does not mean that he is over-compensated if the award is not reduced by an amount equivalent to the tax. It merely reflects the fact that the state has not elected to demand payment of tax upon that kind of a receipt of money. It is not open to the defendant to complain about this consequence of tax policy and the courts should not transfer this benefit to the defendant or his insurance company. »

Cette décision a longtemps été suivie par les tribunaux québécois.

Dernièrement, cependant, la Cour Supérieure avait montré une certaine ouverture à tenir compte des incidences fiscales (*Ménard c. Archambault*, 2010 QCCS 264; *Clément c. Painter*, 2010 QCCS 4631; *Mailloux c. Angeli*, 2010 QCCS 1967) en accord avec les principes généraux du droit civil selon lesquels la victime ne doit pas s'enrichir aux dépens du créancier.

Cette ouverture des tribunaux s'appuyait notamment sur l'opinion exprimée par l'auteur Daniel Gardner. Quant aux pertes salariales passées, soit entre le moment de la cessation d'emploi et la date du procès, Monsieur Gardner s'explique comme suit :

« 814 – Opinion. À partir du moment où la Cour suprême du Canada n'a jamais réglé la question des incidences fiscales relatives aux salaires perdus entre la date de l'accident et celle du procès, les tribunaux québécois sont libres d'adopter une position qui respecte davantage les règles du Code civil. Or, en cette matière, il faut inévitablement revenir à l'article 1611 C.c.Q. qui prévoit que les « dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit ». La

perte réellement subie par la victime d'un préjudice corporel n'est pas constituée de son salaire brut mais bien d'un montant qui lui aurait effectivement été versé, n'eût été de l'accident. C'est donc sur cette base, très facile à calculer puisque les incidences fiscales sont connues au moment du procès, que la victime devrait être indemnisée. La tendance jurisprudentielle récente qui reconnaît cette réalité, doit donc être approuvée.»²

À titre d'exemple, dans l'affaire *Mailloux c. Angeli*, rendue le 17 mai 2010 par l'Honorable Daniel W. Payette, ce dernier avait conclu :

« [91] À l'instar de l'auteur Gardner, le Tribunal est d'avis que la perte subie par la victime à ce titre est constituée du montant dont il aurait effectivement disposé, n'eût été de la faute. Ce montant est un montant net.

[92] En effet, Mailloux n'aurait pas eu l'usage des sommes payables à titre d'impôt sur le revenu. Par ailleurs, le montant de la condamnation en vertu du présent jugement n'est pas imposable.

[93] Il s'ensuit que lui octroyer une somme pour tenir compte d'une imposition inexistante aurait pour effet de le compenser pour une perte qu'il n'a pas subie ni ne subira. »

Quant aux pertes futures, Daniel Gardner précise, dans l'ouvrage précité, que l'omission de tenir compte des incidences fiscales peut avoir pour effet, selon les situations, de surindemniser ou de sous-indemniser la victime. Il conclut donc qu'il faut en tenir compte lors de l'octroi de l'indemnité.

Dans l'affaire *Mailloux c. Angeli*, le juge Payette avait d'ailleurs tenu compte des incidences fiscales tant pour les pertes de salaire passées que pour les pertes de salaire futures (voir le jugement adoptant la position inverse : *Hudon c. Cloutier*, 2010 QCCS 4612).

Ainsi, considérant le flottement jurisprudentiel observé et l'ouverture exprimée par divers juges de la Cour Supérieure de tenir compte de l'incidence fiscale, notamment quant aux revenus passés, il aurait été préférable pour la Cour d'appel, dans le but d'une meilleure compréhension des principes applicables, de développer son analyse.

En conclusion, bien que le jugement de la Cour d'appel dans *Rosenstein c. Kanavros* semble définitivement clore le débat, notons que cette affaire fait l'objet d'une demande d'autorisation à la Cour Suprême du Canada.

1. [1966] R.C.S. 532.

2. Daniel Gardner, *Le Préjudice Corporel*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, page 750.

Le « privilège relatif au litige » et les experts en sinistres

M^{rs} *Natasha Trodler-Lainé*

Règle générale, le rapport de l'expert en sinistres est confidentiel. En certaines circonstances, toutefois, cette règle connaît des exceptions.

Principes de base

L'expert en sinistres est tenu de respecter la confidentialité de l'information qu'il recueille¹ dans le cadre d'une enquête (article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*², articles 22 et 23 du *Code de déontologie des experts en sinistres*³ et article 8 du *Règlement sur les normes de comportement des titulaires de permis d'agent qui exercent une activité de sécurité privée*⁴).

D'autre part, le rapport de l'expert en sinistres est généralement reconnu comme étant un document préparé « en vue d'un litige » et est donc, par le fait même, protégé contre sa divulgation forcée à une partie adverse. Ce principe fut reconnu par la Cour d'appel en 1982 dans l'affaire *La Prévoyance c. Construction du Fleuve Limitée*⁵.

Ceci étant dit, il existe des tempéraments ou exceptions à cette protection donnée aux rapports des experts en sinistres, tels que :

1. **Les faits constatés ou les photographies prises par l'expert en sinistres :** Lorsque l'expert en sinistres est cité comme témoin, il peut être appelé à témoigner sur ce qu'il a vu ou constaté. On peut même exiger la communication des photographies qu'il a prises⁶.
2. **Renonciation au privilège :** Il existe certains cas de renonciation implicite au droit à la confidentialité du rapport de l'expert en sinistres. Par exemple, quand une partie produit le rapport en question, quand l'avocat de l'assureur interroge l'expert en sinistres sur le contenu du rapport⁷, quand une partie en divulgue des éléments qui lui sont favorables ou quand une partie allègue l'existence et le contenu du rapport dans les actes de procédures.
3. **Auteur de la déclaration :** Quand une personne a fourni une déclaration et en requiert la communication, cette demande lui sera accordée.

À la lumière des principes énoncés, nous vous invitons à considérer les deux décisions suivantes.

*L'Union canadienne compagnie d'assurances c. St-Pierre*⁸

Dans cet arrêt de la Cour d'appel, les demandeurs, M. St-Pierre et sa compagnie 9118-0471 Québec Inc., poursuivent leur assureur, L'Union canadienne compagnie d'assurance (ci-après « L'Union »), pour être indemnisés suite à un incendie survenu le 29 janvier 2010. En plus de

l'indemnité d'assurance, les demandeurs réclament des dommages punitifs, car L'Union aurait tardé à faire connaître sa position quant à la couverture du sinistre tout en continuant à prélever des primes d'assurance. En effet, invoquant la transmission de déclarations mensongères et soupçonnant la perpétration d'un acte intentionnel, L'Union a nié la couverture par l'entremise d'une lettre adressée aux demandeurs huit (8) mois après l'incendie. De plus, elle a invoqué la nullité *ab initio* de la police d'assurance.

Lors des interrogatoires de deux représentants de L'Union, les demandeurs ont exigé la communication d'une copie du rapport de l'Agence d'investigation Sebec et une copie du rapport de l'expert en sinistres (les deux ayant été mandatés par L'Union). Le procureur de L'Union s'est objecté à la communication des documents soulevant la confidentialité de ceux-ci.

Ce débat a été soumis au juge André Prévost de la Cour Supérieure. Ce dernier a tranché en faveur des demandeurs au motif que le but recherché par ces communications était de connaître la date où les faits ont été portés à la connaissance de L'Union et ainsi faire la lumière sur les circonstances entourant le long délai intervenu avant la prise de position sur la couverture. Insatisfaite du jugement, L'Union a porté la décision en appel.

La Cour d'appel a analysé en détail la différence entre la notion de « secret professionnel » et celle de « privilège relatif au litige ». En résumé :

- « **Secret professionnel** » : L'obligation au silence et de respecter la confidentialité doivent trouver leur source dans une loi. Elle doit résulter d'une relation d'aide entre les parties. Selon la Cour, seules les professions régies par le *Code des professions*⁹ remplissent ces critères et peuvent bénéficier du « secret professionnel ». L'expert en sinistres, bien qu'il soit tenu au secret suivant certaines lois (tel que nous avons vu ci-haut), n'est pas tenu au « secret professionnel », car il n'est pas membre d'une profession et il n'agit pas dans le cadre d'une relation d'aide lorsqu'il obtient des informations.
- « **Privilège relatif au litige** » : Ce privilège vise à donner aux parties l'occasion de préparer leur cause sans risque d'ingérence et sans crainte que leurs documents fassent l'objet d'une demande de communication. Le privilège rend un document confidentiel si celui-ci a été conçu principalement en vue d'un litige. C'est dans ce contexte que le rapport d'un expert en sinistres jouit du droit à la confidentialité.

Selon la Cour d'appel, les rapports des experts en sinistres de L'Union remplissaient tous les critères susmentionnés leur permettant de bénéficier du privilège relatif au litige. Or, les demandeurs ont prétendu que L'Union avait renoncé implicitement audit privilège. Cette renonciation se serait concrétisée en raison d'allégations vagues dans les actes de

procédure. Ils affirmaient aussi qu'il y avait eu renonciation lors des témoignages et par l'utilisation d'une pièce, soit un courriel échangé entre un préposé du service des sinistres et un du service de la souscription de L'Union portant sur l'acceptation du risque. Finalement, ils estimaient avoir droit à la communication des rapports sous prétexte de la conduite « répréhensible » de L'Union.

La Cour est revenue sur chacun de ces arguments et a conclu que :

1. Le fait que les allégations soient vagues n'est pas suffisant pour permettre d'en inférer une renonciation quelconque.
2. Le seul fait de soulever l'existence d'un rapport, lors d'un témoignage ou dans un courriel, n'équivaut pas à une renonciation à la confidentialité de son contenu.
3. Il n'y a aucun fondement juridique permettant de prétendre qu'une conduite répréhensible puisse être sanctionnée par le dévoilement de rapports autrement confidentiels.

En somme, la Cour a réaffirmé le principe selon lequel le rapport de l'expert en sinistres est confidentiel, car couvert par le privilège relatif au litige. Par ailleurs, pour qu'il y ait renonciation au privilège, il faut que cette renonciation soit volontaire, claire et évidente. En d'autres mots, soulever l'existence d'un rapport n'équivaut pas à renoncer à sa confidentialité.

Giroux c. Chouinard¹⁰

Dans cette cause, un incendie est survenu dans une résidence qui, à l'époque du sinistre, était occupée par des locataires. Après réception de leur indemnité d'assurance, les propriétaires de la résidence poursuivent les locataires pour la partie non assurée de leurs dommages, invoquant que l'incendie avait été causé par un mégot de cigarette. La défense de ces derniers repose sur l'existence de trois causes possibles d'incendie, excluant de ce fait leur responsabilité.

Le litige entre les propriétaires et les locataires n'impliquait pas l'assureur des propriétaires. Or, les propriétaires voulaient obtenir communication des rapports de l'expert en sinistres de leur assureur pour vérifier les déclarations recueillies par ce dernier auprès des locataires. Les locataires se sont objectés au motif que les déclarations étaient confidentielles, puisque protégées par le privilège relatif au litige. Au surplus, s'agissant de leurs propres déclarations, elles leur appartiennent.

Les parties se sont retrouvées devant la juge Catherine La Rosa de la Cour Supérieure pour trancher l'objection. Selon la juge, les rapports n'ont pas été préparés en vue d'un litige. Les rapports avaient été préparés pour la compagnie d'assurance en vue du versement de l'indemnité. L'enquête fut qualifiée par la juge comme étant « une enquête contemporaine à un sinistre »¹¹. La juge a souligné l'absence de litige entre les propriétaires et leur compagnie

d'assurance. De plus, elle a insisté sur le fait que l'expert en sinistres avait fait signer aux propriétaires la « Demande d'indemnité » qui contenait une mention sur la cause. Cette information devait provenir d'une source quelconque, probablement des déclarations des locataires. La juge a aussi mis en valeur le droit des propriétaires d'obtenir l'information quant à la cause du sinistre. Par conséquent, elle a ordonné la communication des déclarations recueillies par l'expert en sinistres des assureurs des propriétaires, autorisé la tenue des interrogatoires des deux experts en sinistres et ordonné la communication des photographies prises par ces derniers.

À la lumière des principes que nous avons examinés plus tôt, cette décision nous paraît surprenante.

Conclusion

Malgré la décision *Giroux c. Chouinard*¹², le rapport de l'expert en sinistres continue de bénéficier de la protection offerte par le privilège relatif au litige. Cependant, il faut s'assurer de ne pas poser de geste qui pourrait éventuellement être interprété comme une renonciation à ce privilège et ainsi obliger la communication du rapport à des tiers.

1. 2752-9585 *Québec Inc. c. Promutuel Haut St-Laurent*, A.E./P.C. 2005-3970, EYB 2005-89002 (C.S.).
2. L.R.Q., chapitre C-12.
3. R.R.Q., c. D-9.2, r. 4.
4. R.R.Q., chapitre S-3.5, r. 3.
5. [1982] C.A. 532; *Ciment St-Laurent c. Barrette*, REJB 1997-01469 (C.A.).
6. *Société d'habitation du Québec c. Mercier*, EYB-2006-108294 (C.S.); *Oppenheim c. Équipement Fédéral Inc.*, REJB-2003-43893 (C.S.).
7. *Axa Assurances inc. c. Pageau*, 2009 QCCA 1494 (CanLII).
8. 2012 QCCA 433.
9. L.R.Q., chapitre C-26.
10. 2011 QCCS 6801.
11. *Id.*, par. 31.
12. *Id.*

Le contenu de ce bulletin est de nature informative seulement et ne devrait pas être considéré comme un avis juridique.

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec un des membres de notre équipe :

Frédéric Blanchette

514 925-6375
frederic.blanchette@lrmm.com

Louis P. Brien

514 925-6348
louis.brien@lrmm.com

Julia De Rose

514 925-6408
julia.derose@lrmm.com

François Haché

514 925-6327
francois.hache@lrmm.com

Selena Lu

514 925-6420
selena.lu@lrmm.com

Pierre-Étienne Lucier

514 925-6404
pierre-etienne.lucier@lrmm.com

Francis C. Meagher

514 925-6320
francis.meagher@lrmm.com

Antoine Melançon

514 925-6381
antoine.melancon@lrmm.com

Paul A. Melançon

514 925-6308
paul.melancon@lrmm.com

Bertrand Paiement

514 925-6309
bertrand.paiement@lrmm.com

Daniel Radulescu

514 925-6403
daniel.radulescu@lrmm.com

Catherine Rayle-Doiron

514 925-6380
catherine.rayle-doiron@lrmm.com

Hélène B. Tessier

514 925-6359
helene.tessier@lrmm.com

Véronique Tremblay

514 925-6377
veronique.tremblay@lrmm.com

Natasha Trodler-Lainé

514 925-6430
natasha.trodler-laine@lrmm.com

Ruth Veilleux

514 925-6329
ruth.veilleux@lrmm.com