

Assurances

Revue trimestrielle

Juillet 1996 - N° 2

La médiation

La conduite des intermédiaires

La médiation et les relations d'affaires

Three recent cases on the duty to defend

Étendue du devoir de loyauté de l'agent

Les clauses restrictives d'un contrat d'agent

Financial instruments as a substitute for reinsurance

Les chroniques

Maryse 26 ans

Pas d'enfants.
Pas le temps.
Travailleuse autonome.
Toujours partie croquer un autre morceau de planète.
Sur la route ou dans le métro, de temps en temps elle écrit ce qu'elle voit et ce qu'elle entend.
Une solitaire qui n'est jamais seule.
Pour elle, l'assurance voyage est un outil de travail. Un simple appel et c'est parti.
Elle s'est aussi blindée contre les imprévus avec son assurance vie universelle.

Qu'ont-ils en commun ?

L'assurance d'un monde différent.

Qui que vous soyez.
Quoi que vous fassiez.
Nous sommes toujours là.
À votre domicile.
À votre caisse Desjardins.
À votre travail.
Au téléphone. Par courrier.
Partout. Pour chacun de vous.



Assurance vie
Desjardins-Laurentienne

Un pêcheur et un voyageur. Entre un voyage de pêche au Saguenay et un autre en Écosse, Roger s'est organisé financièrement. Un jour à la fois. Autant de plaisirs que possible.
Aparavant travailleur acharné, aujourd'hui, Roger jouit de la vie. Fonds de pension de son employeur, fonds mutuels offrant un bon rendement et assurance voyage prise à sa caisse Desjardins. Il n'a jamais refusé un bon tuyou de son agent. La planification de sa sécurité financière est bien faite.

Roger
73 ans

Sébastien 17 ans

Une vie sans compromis.
Il se moque d'en faire voir de toutes les couleurs.
Solidaire de ses amis, il a comme eux la rage de vivre.
Sébastien ne veut pas de la protection financière de ses parents, mais l'assurance dentaire du régime d'assurance collective dont bénéficie son père auprès de son employeur fait bien son affaire.
Et son assurance accidents rassure ses parents.

Pas de conjoint pour le moment, mais bien entourée cependant. De temps en temps, elle prend congé de Jean-Philippe, son bébé de 19 ans, de ses bonnes amies et de son super boulot pour s'offrir une cure de thalassothérapie. Ça fait partie du sens qu'elle donne à sa vie. Elle prévoit déjà une retraite toute en douceur. Elle prend les moyens pour se l'offrir. Son fonds de pension à son travail et la rente personnelle que son agent lui a conseillée commencent à prendre une belle tournure.

Sylvie
45 ans



Desjardins pour s'aider soi-même

Assurances

Revue trimestrielle consacrée à l'étude théorique et pratique
de l'assurance au Canada



La revue *Assurances* est la propriété de Sodarcam inc.
1140, boul. de Maisonneuve Ouest, Montréal (Québec) H3A 3H1

Fondateur de la Revue
Gérard Parizeau †

Membres du Comité de la Revue

Christian N. Dumais, Murielle Laramée, Odette Lavoie, Didier Lluellas,
Louise Ménard, Denis Moffet, Rémi Moreau et Christopher J. Robey.

Directeur et secrétaire de la rédaction

Rémi Moreau

Responsable de l'administration

Murielle Laramée

Administration

1140, boul. de Maisonneuve O.

Montréal (Québec) H3A 3H1

Téléphone : (514) 845-6231

Télécopieur : (514) 845-0678

Prix au Canada

L'abonnement 50 \$ — Le numéro 15 \$

Prix à l'étranger

L'abonnement 54 \$ — Le numéro 17 \$

Anclens numéros (si disponibles) 5 \$

Les articles sont répertoriés dans :

Index à la documentation juridique au Canada

Index de périodiques canadiens

Index to Canadian Legal Periodical Literature

Index to Legal Periodicals & Books

Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec

Insurance Journal Index

Insurance Periodicals Index

Repère

Les articles signés n'engagent que leurs auteurs.

© Tous droits de reproduction et de traduction réservés — Canada 1996 —
par Sodarcac inc. On ne peut reproduire, enregistrer ou diffuser aucune partie
de cette publication sans avoir obtenu, au préalable, l'autorisation du directeur.

Dépôt légal

ISSN 0004-6027

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

Envol poste publication Enregistrement n° 1638 Port payé à Montréal

Assurances

64^e année

juillet 1996

N° 2

LA MÉDIATION : UNE FAÇON EFFICACE DE CONSERVER DE BONNES RELATIONS D'AFFAIRES par Serge Roy	209
THREE RECENT CASES ON THE DUTY TO DEFEND by Carolena Gordon	249
ÉTENDUE DU DEVOIR DE LOYAUTÉ DE L'AGENT EN L'ABSENCE DE CLAUSE RESTRICTIVE par Geneviève Faribault	261
LES CLAUSES RESTRICTIVES D'UN CONTRAT D'AGENT par Bernard Amyot	283
CAN FINANCIAL INSTRUMENTS BE USED AS A SUBSTITUTE FOR REINSURANCE by Mohez Remtula	309

LES CHRONIQUES

FAITS D'ACTUALITÉ, par R. M.	317
-----------------------------------	-----

La fraude en assurance automobile au Québec. Les résultats du quatrième trimestre de l'année 1995 et les résultats annuels - 1995. Le nouveau régime d'assurance-médicaments. La distribution de l'assurance hypothécaire par les institutions bancaires est dénoncée par l'AIAPQ. Le dernier budget fédéral du 6 mars 1996 et ses répercussions sur l'assurance. Une nouvelle assurance invalidité sur le marché. Les banques publient un nouveau code de confidentialité. Garanties de pollution spéciales souscrites par *Elliot, risques spéciaux*. La décennie 1990-2000 : celle de la décade internationale pour la réduction des catastrophes naturelles. Les catastrophes naturelles et leur impact dans l'industrie de l'assurance. Les tours de New York sous étroite surveillance. Quelques fondamentaux oubliés

en matière d'assurance, rappelle le président des AGF (France). Espérance de vie en France : les femmes bénéficient d'un régime de faveur. Évolution de l'insolvabilité et importance de la solidité financière dans l'assurance. Une nouvelle offre de règlement faite aux *Names*. Certificat en planification financière personnelle. London Life est devenue la plus importante compagnie d'assurance vie au Canada.

LES INTERMÉDIAIRES DE MARCHÉ,

par divers collaborateurs de l'AIAPQ 331

Création d'un fichier central pour les intermédiaires en assurances de personnes.

CHRONIQUE JURIDIQUE, par Christian N. Dumais 335

La responsabilité pour les nids-de-poule. Détecteur de responsabilité. L'intérêt d'assurance de plus en plus étendu.

CHRONIQUE ACTUARIELLE, par divers collaborateurs de MLH + A 339

Les régimes de retraite et le libre-échange.

ÉTUDES TECHNIQUES, par Rémi Moreau 347

La prescription applicable au contrat d'assurance. L'application des jugements étrangers au Canada. Les assurances de responsabilités. Quelques chiffres autour de l'assurance camionnage au Canada. La preuve des actes juridiques dont les données sont inscrites sur support informatisé. Le contrat de tontine est-il valide au Québec?

La médiation : une façon efficace de conserver de bonnes relations d'affaires*

par

Serge Roy**

The following article is entitled « Mediation: an efficient way to maintain good business relations ». The author introduces the subject by defining the major alternative dispute resolution processes, namely partnering, negotiation, conciliation, mediation, co-mediation, medlarb, mini-trial and arbitration. He then explains the advantages of mediation and the aspects to be cautious with. The article describes interest based negotiation, the role of the mediator, styles of mediation, when and how to go to mediation, the steps of the mediation process, the role of the legal counsel, real life cases and recent developments. At the end of the article, there is a sample of an agreement by which the parties may choose the mediation process, set the conditions of the mediation and appoint a mediator.

209

Introduction

Il existe présentement dans la communauté d'affaires et dans la communauté juridique un courant de pensée qui ne veut plus s'en remettre exclusivement aux tribunaux pour résoudre les conflits. Ce courant de pensée veut trouver des solutions qui sauront satisfaire les besoins des parties et ce, de façon plus rapide et dans un processus moins intimidant et plus sensible aux intérêts véritables des gens d'affaires que le système judiciaire

* Texte révisé d'une conférence portant sur «L'assurance et les méthodes alternatives de résolution de conflits», organisée par Insight Information Inc. et *The Globe and Mail*.

** L'auteur est avocat, médiateur et arbitre commercial de l'étude Lachance d'Amours et Associés.

conventionnel. On recherche des méthodes flexibles où la confidentialité est assurée. Notons seulement quelques faits saillants.

210 Aux États-Unis, la compagnie Motorola Inc. oblige depuis 1984 les 100 avocats qui font partie de son contentieux, à examiner sérieusement avant d'aller à la Cour d'autres façons de régler les conflits comme par exemple le recours à l'arbitrage ou à la médiation. Ce nouveau programme a réduit de 75 % les coûts de litige de cette compagnie¹. Plusieurs autres grandes corporations aux États-Unis ont emboîté le pas en mettant sur pied des programmes semblables.

Au cours des quelques dernières années, plus de cinq cents des plus grandes corporations des États-Unis ont signé un accord par lequel elles s'engagent, dans l'éventualité d'un conflit avec une autre compagnie qui aurait signé le même accord, à explorer la possibilité de régler leurs conflits par des méthodes alternatives de résolution avant d'avoir recours au litige².

En août 1991, l'American Arbitration Association ouvrait son millionième dossier, ce qui inclut des cas d'arbitrage et de médiation. Cette association a été fondée en 1926 et, au cours de la seule année 1991, a ouvert 60 000 dossiers³.

Plus près de nous, à l'époque de la concertation et des grappes industrielles, l'honorable Jean Guibault, juge à la Cour supérieure, déclarait alors qu'il était président de la Chambre de commerce du Montréal Métropolitain :

Dans un environnement où nous devons bâtir des partenariats solides pour maintenir nos marchés et en développer de nouveaux, les entreprises ont intérêt à utiliser tous les moyens disponibles pour maintenir de bonnes relations commerciales avec chacun de leurs alliés

¹*Business Week*, 13 avril 1992, p. 60.

²Dana H. Freyer, « The Integration of ADR into Corporate Law Firm Practice », *Arbitration Journal*, décembre 1990, Volume 43, no 4, p. 3.

³« Arbitration Time », *American Arbitration Association Dispute Resolution News*, automne 1992, p. 1.

en affaires. Le recours aux solutions de rechange au règlement des litiges représente certainement un de ces moyens les plus efficaces⁴.

Quant à lui, le président de la Chambre de commerce de Laval, M. Jean-Louis Bédard, affirmait récemment :

Toutefois, dans les situations qui l'exigent, il importe de régler les litiges en tenant compte non seulement du conflit lui-même, mais aussi des incidences sur la production, les relations commerciales, la publicité, l'image publique de l'entreprise, etc. Ces divers éléments amènent de plus en plus de gens d'affaires à rechercher ce que l'on appelle les modes alternatifs de règlement des conflits, lorsque la situation permet l'application de ces formules que sont l'arbitrage, la conciliation, la médiation ou autres méthodes semblables⁵.

C'est dans ce contexte que nous passerons en revue quelques définitions, nous élaborerons sur la médiation en matière commerciale et nous examinerons certains développements récents au Québec.

I - Quelques définitions

A - L'arbitrage exécutoire

L'arbitrage consiste à recourir à un tiers impartial qui possède une expertise dans le domaine de droit en question et qui, tout comme un juge, va trancher le litige entre les parties après avoir entendu la preuve et l'argumentation⁶. L'arbitre rend sa décision en fonction des obligations contractuelles des parties

⁴Jean Guibault, « Les solutions de rechange au règlement des conflits : une approche de vrais partenaires », éditorial, *Revue Commerce*, Montréal, mars 1992, Volume 48, no 7.

⁵Jean-Louis Bédard, « La gestion des conflits en affaires », éditorial, *Revue Économique*, mai 1992, Volume 8, no 3.

⁶Louis Marquis, *Arbitrage de droit nouveau et transactions commerciales. Développements récents en droit commercial* (1991), Les éditions Yvon Blais inc., Cowansville, p. 73.

et du droit applicable. Si les parties lui ont donné le pouvoir d'agir à titre d'amiable compositeur, il peut alors décider en fonction de l'équité. Les parties auront préalablement signé une convention d'arbitrage, laquelle est définie comme suit à l'article 2638 du Code civil du Québec :

La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

212

Il s'agit d'un processus d'adjudication pouvant être utilisé autant en droit québécois⁷ qu'en droit international⁸ et qui mène à une sentence arbitrale qui est en principe finale et exécutoire, bien que si l'une des parties refuse de se conformer à la sentence, l'autre devra la faire homologuer conformément aux articles 946 et suivants du Code de procédure civile.

B - Négociation

La négociation est sans doute le plus ancien et le plus répandu des modes de résolution des conflits. On peut adopter la définition suivante :

La négociation est un mode autonome de règlement des conflits. Elle se distingue du procès en ce qu'elle est la recherche d'une solution mutuellement satisfaisante pour les parties... Dans la mesure du possible, la négociation doit dépasser le simple marchandage (jeux par lequel les parties ne font que tirer de chaque côté de la couverture) pour devenir un acte créateur où chaque partie y trouvera son compte.⁹

⁷Sabine Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec*, Les éditions Yvon Blais inc., Cowansville, 1991.

⁸Jacques Bégin, *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, Montréal, 1987 ; et aussi *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, Université Laval, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 1986.

⁹Jean-Yves Brière, *Négociation, Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec, 1990-1991*, Édition École du Barreau du Québec, p. 18.

De façon succincte, on peut dire que la négociation est « un processus de communication dans le but de créer, modifier ou terminer une relation. »¹⁰

Dans le cadre des modes alternatifs de résolution des conflits, la négociation raisonnée constitue une des méthodes privilégiées de négociation. La négociation raisonnée ou négociation sur le fond est une méthode de négociation qui a été mise au point à l'Université Harvard dans le cadre du « Negotiation Project ». Les professeurs Fisher et Ury décrivent cette méthode de la façon suivante :

213

Elle consiste à trancher les litiges « sur le fond » plutôt qu'à discutailler interminablement des concessions que les parties en présence sont prêtes à consentir et de celles qu'elles refusent. Chaque fois que c'est possible, on s'attachera à rechercher les avantages mutuels, et, quand les intérêts seront manifestement opposés, on insistera pour que les questions soient tranchées au regard d'un ensemble de critères « justes », indépendants de la volonté des parties en présence. La négociation raisonnée permet d'être ferme quant aux questions débattues mais souple envers les négociateurs eux-mêmes.¹¹

La négociation raisonnée repose sur quatre éléments fondamentaux :

- 1- Traiter séparément les questions de personnes et le différend ;
- 2- Se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions ;
- 3- Imaginer des solutions procurant un bénéfice mutuel ;
- 4- Exiger l'utilisation de critères objectifs.

¹⁰Jean H. Gagnon, *Réussir par la négociation*, Les Éditions Québecor, Montréal, 1990, p. 21.

¹¹Roger Fisher et William Ury, *Comment réussir une négociation*, Éditions du Seuil, Paris, 1982, p. 15.

La différence fondamentale entre la négociation raisonnée et les autres modes alternatifs est qu'elle n'implique aucune participation d'une tierce personne.

C - La médiation

214

Dans le sens ordinaire et traditionnel du terme, la médiation implique l'idée d'une personne qui sert d'intermédiaire ou qui s'entremet dans le but de mettre d'accord des personnes. Deux auteurs en droit du travail ont distingué la médiation traditionnelle basée sur les droits des parties, de la médiation basée sur les intérêts laquelle s'est surtout développée au cours de la dernière décennie¹². On retrouve aussi cette évolution de la médiation dans les autres domaines de droit. En s'inspirant de ces auteurs, on peut résumer ces deux types de médiation par le tableau suivant :

Médiation basée sur les droits	Médiation basée sur les intérêts
- On met l'accent sur les positions des parties quant à chaque point.	- On met l'accent sur les intérêts des parties quant à chaque point.
- Le médiateur agit comme intermédiaire dans un mouvement de va-et-vient entre les parties et il cherche un compromis entre des positions opposées.	- Le médiateur favorise la communication directe entre les parties et il aide les parties à découvrir et révéler leurs intérêts.
- Le médiateur intervient seulement après qu'une mésentente survient.	- Le médiateur intervient dès le début des discussions et parfois avant.

¹²John Stepp et Jerome Barrett, « Win-Win Bargaining as Agent of change », *ADR Report*, Vol. 4, 1er mars 1990, p. 77.

-
- | | |
|--|---|
| - Le médiateur agit comme pompier et essaie de contrôler les dommages et limiter les dégâts. | - Le médiateur agit comme formateur et comme support à la création des parties. |
| - On cherche des règlements sans égard aux aspects pratiques et durables à long terme. | - On cherche des solutions efficaces et durables aux problèmes. |
| - La négociation est empreinte de bluffs et de camouflages. | - La négociation se fait de façon ouverte avec la divulgation de toute l'information. |
| - On insiste sur le passé. | - On insiste sur le futur. |
| - On dépense beaucoup de temps à négocier des points mineurs. | - On consacre plus de temps aux points prioritaires. |
| - On argumente pour déterminer comment on divise la tarte, comment on la distribue. | - On cherche à créer de la valeur additionnelle et de la richesse, à augmenter la grosseur de la tarte. |
| - On met l'accent sur les risques et les pertes possibles en cas d'échec. | - On met l'accent sur le potentiel de gains mutuels. |
-

Au cours des années 1980, la médiation s'est aussi définie comme étant une intervention dans un différend ou une négociation par une tierce personne choisie par les parties, qui soit impartiale et neutre, sans pouvoir décisionnel, dans le but de les aider à développer elles-mêmes leurs propres solutions¹³. Ce sont les parties qui décident du résultat. Le médiateur ne suggère, ni n'impose aucune solution. Il ne fait pas de « tordage de bras ». Le médiateur permet l'expression et l'apaisement des émotions,

¹³Christopher W. Moore, *The Mediation Process*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1986, p. 14. Voir aussi : André Murray, *La médiation familiale : une progression rapide* (1986) R.D.F., p. 318. Lisette Laurent-Boyer, *La médiation familiale : définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et études de modèles, La médiation familiale-Collectif multidisciplinaire*, Les éditions Yvon Blais inc., Cowansville, 1992, p.3.

il recueille et organise l'information, identifie les intérêts et les options, il facilite la négociation, pose des questions pour aider les parties à demeurer réalistes et il établit une communication efficace. Le médiateur incite habituellement les parties à s'inspirer des principes de la négociation raisonnée.

D - La conciliation

216

La conciliation se définit comme l'action d'amener à s'entendre des personnes divisées d'opinion¹⁴. La conciliation consiste généralement en un processus plus flexible que la médiation.

Le Code de procédure civile traite de la possibilité de conciliation des parties en matière familiale (article 815.2) et en matière de petites créances (article 975), mais ne définit pas en quoi elle consiste. Il en est aussi question au Code civil du Québec en matière de séparation (article 496 et 504), de divorce (article 517) et d'autorité parentale (article 604). La conciliation mentionnée à ces articles paraît avoir le même sens que le terme médiation que l'on retrouve aux articles 9(2) de la *Loi sur le divorce* et 22.5 des Règles de pratiques de la Cour supérieure du Québec en matière familiale.

Dans le domaine des relations de travail, la conciliation consiste en un processus plus flexible que la médiation étant donné que, contrairement au conciliateur, le médiateur si les parties ne s'entendent pas, va formuler des recommandations.

Le conciliateur est habituellement vu comme un intervenant qui favorise la communication directe entre les parties. Il les aide, les supporte et les appuie dans leurs efforts pour trouver une solution mutuellement satisfaisante.

Du tableau dans lequel on compare la médiation basée sur les droits à celle basée sur les intérêts, on peut conclure que plus on se rapproche de la médiation basée sur les intérêts, plus la différence entre la médiation et la conciliation s'estompe.

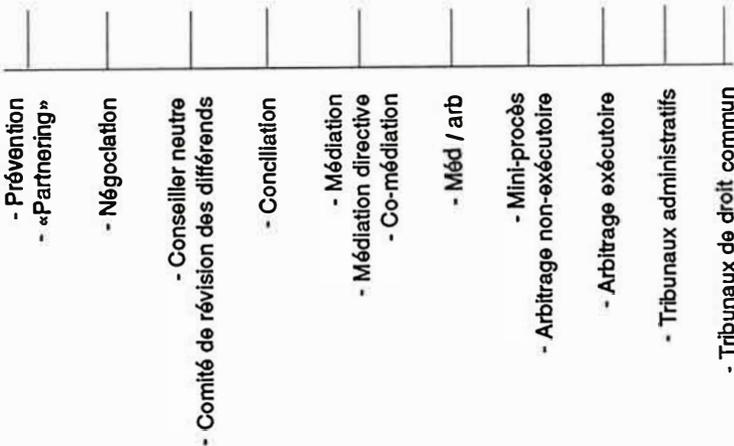
¹⁴Paul Robert, *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Éditions Le Robert, Paris, 1989.

La variété et la flexibilité des procédés disponibles permettent aux parties de choisir ensemble un processus taillé sur mesure pour régler la situation en litige ou pour établir des voies de communication qui permettront de prévenir des différends. En effet, la principale raison qui cause et qui perpétue les conflits est le manque de communication entre les parties. Le problème majeur consiste donc à amener les gens à se parler et à s'écouter les uns les autres¹⁵.

E - Progression entre les différentes méthodes

Au fil des ans, des approches variées ont été développées et utilisées pour faciliter le règlement de conflits de toutes sortes. Plus de 50 méthodes ont déjà été recensées en Ontario. Dans le tableau qui suit, on retrouve les principales méthodes classées selon une progression qui débute à la gauche, par la prévention et qui se termine à la droite, par les tribunaux.

Progression entre les différentes méthodes



¹⁵Howard Raiffa, *The Art and Science of Negotiation*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p.337.

Plus on se dirige vers la droite du tableau, plus on observe les caractéristiques suivantes :	Plus on se dirige vers la gauche du tableau, plus on observe les caractéristiques suivantes :
1. Plus formaliste et moins flexible	1. Moins formaliste et plus flexible
2. Moins de contrôle par les parties sur : - les coûts - le processus - le résultat (décision par un tiers)	2. Plus de contrôle par les parties sur : - les coûts - le processus - le résultat (décision par les parties)
3. Moins rapide	3. Plus rapide
4. Moins confidentielle	4. Plus confidentielle
5. Met l'accent sur les droits	5. Met l'accent sur les valeurs, les besoins et les intérêts

218

F. Autres définitions

Nous avons déjà traité de l'arbitrage exécutoire, de la négociation, de la médiation et de la conciliation. Examinons maintenant les autres méthodes qui ont été mentionnées au tableau précédent.

Prévention

La prévention consiste en un ensemble d'attitudes, de mesures ou de moyens mis en oeuvre qui tendent à empêcher certains risques de se produire. Afin de prévenir la survenance ou l'aggravation d'un problème et de favoriser la résolution rapide des conflits, on peut instaurer à l'intérieur de l'entreprise une politique visant à améliorer la communication avec ses fournisseurs et ses clients et établissant qu'en cas de litige l'on doive, avant d'aller à la cour, examiner sérieusement d'autres

façons de régler les conflits comme, par exemple, le recours à la médiation ou à l'arbitrage. Ceci peut également être complété par un engagement vis-à-vis de ses clients et de ses fournisseurs, à explorer la possibilité de régler le conflit par la médiation ou l'arbitrage avant d'avoir recours aux tribunaux.

« *Partnering* »

Le « *partnering* » qui est l'un des processus de prévention, consiste à développer de nouvelles attitudes et établir entre un fournisseur de produits ou de services et son client une relation empreinte de bonne foi, de confiance, de coopération et d'esprit d'équipe. Le processus d'un « *partnering* » n'établit pas de nouvelles obligations légales ou contractuelles et ne remplace pas les obligations existantes¹⁶. De façon générale, le « *partnering* » vise à atteindre :

219

- l'utilisation maximale des ressources de chacun ;
- une efficacité accrue ;
- un meilleur contrôle des coûts ;
- l'augmentation des opportunités pour l'innovation ;
- l'amélioration continue de la qualité des produits et des services.

De façon particulière, on mise sur l'expertise de chacun afin de réaliser un projet de qualité, sans déféctuosité et dans le respect des budgets et des échéanciers.

Concrètement, après avoir obtenu l'accord de chacun, on organise, avec l'aide d'un animateur, une rencontre de tous les intervenants avant le début de la réalisation du contrat. Les objectifs de cette rencontre sont de se connaître, de définir les objectifs communs et les objectifs individuels de ce projet, de discuter de ses attentes, des problèmes anticipés, des solutions possibles ainsi que de l'instauration d'une stratégie de

¹⁶Thomas A. Warne, *Partnering for success*, American Society of Civil Engineers Press, New York, 1994, 86 pages.

communication et de résolution de conflit afin de résoudre les problèmes rapidement et efficacement en cours de contrat.

L'histoire du « partnering » a débutée au milieu des années 1980. Au cours de la seule année 1993, le « partnering » a été utilisé aux États-Unis dans environ 150 contrats gouvernementaux de construction et de fourniture de marchandises ou de services. Le « partnering » a surtout été utilisé dans le domaine de la construction. Au Québec, l'on compte, parmi l'un des premiers contrats où le « partnering » a été utilisé, la construction du nouveau campus des Hautes Études Commerciales où l'auteur a agi comme l'un des concepteurs et facilitateurs/animateurs.

220

Le « partnering » a également été utilisé à l'extérieur du domaine de la construction. Par exemple, la compagnie Proctor and Gamble a incorporé ce processus dans le service des achats de sa division des couches pour bébés. L'armée américaine s'est servi du « partnering » dans ses contrats à long terme avec ses fournisseurs. Ce processus pourrait s'adapter à toute relation d'affaire ou relation de travail que ce soit entre les entreprises ou à l'intérieur de celles-ci.

Conseiller neutre

Dans le domaine de la construction, le conseiller neutre est une personne qui possède une expertise technique et une bonne compréhension du projet. Cette personne, qui se doit d'être impartiale, est nommée dès le début du projet afin de pouvoir être consulté tout au long du projet dans le but de donner des conseils, des suggestions ou des recommandations sur le règlement des conflits au fur et à mesure qu'ils pourraient survenir. Les parties ne sont pas liées par les recommandations du conseiller neutre.

Comité de révision des différends

Dans des projets de construction importants ou complexes, un comité de révision des différends composé de trois personnes peut être nommé afin d'exercer les mêmes fonctions que le

conseiller neutre. Vont siéger sur ce comité en plus du conseiller neutre, un représentant de chaque partie. Le rôle du conseiller neutre et du comité de révision des différends s'apparente plus à celui d'un médiateur que d'un arbitre.

L'utilisation du comité de révision des différends a commencé en 1975 à l'occasion d'un projet de construction d'un tunnel au Colorado. Depuis lors, ce processus a été utilisé plus d'une centaine de fois dans le domaine de la construction.

Médiation directive

221

Dans la médiation directive, le médiateur suggère aux parties ce qu'elles devraient choisir, les meilleures solutions et les meilleures décisions. Cette approche amène parfois des règlements plus rapides mais souvent ne règle pas les problèmes sous-jacents qui ont causé le conflit. Dans le cas d'une relation à long terme ou d'une entente qui ne se concrétise pas de façon immédiate, il est donc possible que le conflit revienne à la surface et que l'entente ne soit pas respectée.

Co-médiation

On retrouve souvent la co-médiation en matière commerciale, en construction et dans le domaine familial lorsque deux médiateurs, provenant parfois de disciplines différentes, agissent ensemble dans des rôles complémentaires.

Med / Arb

Cette méthode commence par une médiation et, en cas d'échec de la médiation, se transforme en arbitrage. Si aucun règlement ne survient au cours de la médiation, le médiateur change donc de chapeau et devient arbitre. En se fondant sur ce qui a été dit en médiation et sur toute preuve présentée en arbitrage, il rend une décision qui tranche le débat. C'est un processus mixte qui s'inspire à la fois de la médiation et de l'arbitrage. L'avantage de cette méthode consiste dans la certitude d'obtenir une solution au litige que ce soit sous la

forme d'une entente intervenue entre les parties à l'aide du médiateur ou d'une décision de l'arbitre.

222

Cette approche comporte cependant certains risques. D'une part, le risque de donner des pouvoirs trop coercitifs au médiateur étant donné que les parties savent qu'il pourra ensuite se transformer en arbitre. D'autre part, étant donné que l'arbitre va rendre une décision sur la base de tout ce qui a été dit au cours de la médiation et au cours de l'arbitrage, les parties risquent de ne pas dévoiler de l'information sachant que le médiateur devenu arbitre pourrait utiliser cette information pour rendre une décision contre elles. Dans le même sens, étant donné que la médiation se déroule de façon plus ouverte et plus flexible que l'arbitrage, une partie contre qui serait rendue une décision pourrait se plaindre que le médiateur, devenu arbitre, n'a pas respecté la confidentialité qui est une des règles fondamentales de la médiation et, au cours de l'arbitrage, qu'il n'a pas respecté les règles de preuve généralement reconnues.

Afin de pallier à ce risque, le rôle d'arbitre devrait être rempli par une personne autre que le médiateur. Cette approche s'appelle alors le « med/ ensuite arb ».

Le med/arb est utilisé depuis les années 1970. Au début, cette méthode s'est surtout développée dans les relations de travail. Au cours des années 1980, elle s'est étendue au domaine commercial. Un de ces cas impliquait un différend entre IBM et Fujitsu à propos de droits de propriété en matière de logiciels.

Mini-procès

Le mini-procès consiste en un processus volontaire par lequel on constitue un panel qui tente d'en arriver à une solution d'affaire plutôt qu'une décision fondée uniquement sur des éléments juridiques. Le panel est constitué de trois personnes, soit un dirigeant senior de chacune des entreprises impliquées et un animateur impartial. Ce panel entend habituellement un résumé de la preuve présentée par un témoin clé de chaque entreprise, suivi d'un bref exposé de droit présenté par l'avocat de chaque partie. Ceci peut durer environ une journée.

Par la suite, les dirigeants se retirent et sont habituellement accompagnés de l'animateur qui agit alors à titre de médiateur afin d'aider les deux dirigeants à négocier une entente satisfaisante à la lumière des exposés qu'ils ont entendus.

Le processus du mini-procès, qui s'apparente plus à la médiation qu'à un véritable procès, a commencé au début des années 1980 à l'occasion d'une réclamation quant à la contrefaçon d'un brevet ayant trait à un terminal d'ordinateur.

Arbitrage non exécutoire

223

Dans le cas de l'arbitrage non exécutoire, la décision de l'arbitre sert seulement à titre d'opinion ou de recommandation. Les parties ne sont pas liées par la décision de l'arbitre et peuvent simplement la mettre de côté. Habituellement, on se conforme à la décision de l'arbitre ou on l'utilise comme un élément de négociation. La décision ne sera cependant pas exécutoire.

Tribunaux administratifs

Il s'agit d'organismes mis sur pied par le gouvernement afin de rendre des décisions, après audition, dans des champs spécialisés d'activités tels que le logement, les relations de travail, la santé et la sécurité du travail, les droits de la personne, les permis d'alcool et le transport. Une décision qui lie les parties est rendue par le tribunal administratif mais les règles de preuve et de procédure sont habituellement moins formalistes et plus flexibles que devant les tribunaux de droit commun.

Tribunaux de droit commun

Il s'agit des tribunaux tels que la Cour du Québec et la Cour supérieure qui entendent toutes les causes qui ne tombent pas sous la juridiction spécifique des tribunaux administratifs. On doit alors se conformer au formalisme des règles de preuve et de procédure.

II- Les avantages et les précautions

Parmi les avantages de ces méthodes, on retrouve :

- le contrôle des coûts ;
- le contrôle de l'échéancier et la rapidité du processus ;
- le contrôle des méthodes et des procédures utilisées dans la recherche de solutions ;
- le contrôle de la nature des informations prises en considération et comment elles seront communiquées ;
- le contrôle des résultats ;
- le caractère privé et confidentiel ;

224

Au chapitre des précautions, l'on peut mentionner, afin de maximiser les opportunités, qu'il serait préférable de :

- dès le départ d'une relation d'affaire, établir par écrit comment on désire régler des conflits éventuels ;
- être conscient que, contrairement à ce qui se passe devant les tribunaux et en arbitrage lorsqu'une clause d'arbitrage est signée, on ne peut pas forcer une partie à participer aux autres processus de résolution de conflit ;
- savoir que même en arbitrage, on ne peut pas forcer une personne qui n'a pas signé la clause d'arbitrage à participer à ce processus ; on ne peut donc pas appeler un tiers en garantie ;
- si on détient une assurance responsabilité, obtenir le consentement préalable de son assureur ;
- vérifier que la personne choisie (médiateur, conciliateur ou arbitre) a une formation adéquate et qu'elle n'est pas en conflit d'intérêts ;
- définir les règles applicables, le rôle de la personne choisie et les conditions d'exercice de ce rôle ;
- éviter une augmentation des coûts ;

- éviter que ces méthodes ne deviennent une forme de justice à rabais où les parties risqueraient de ne pas pouvoir convenablement faire valoir leurs intérêts et leurs droits.

III- Principes de base : positions ou intérêts

Dans une situation de conflit, on peut négocier en partant de positions opposées et dans un rituel de va-et-vient, rechercher des compromis entre deux extrêmes. Mais on peut aussi aller examiner au-delà des positions, pour voir qu'elles révèlent, parfois bien maladroitement, les intérêts véritables des parties. Il faudra donc questionner les positions pour déterminer quels sont les intérêts sous-jacents. La question clé est souvent « Pourquoi ? »¹⁷.

225

Voici un exemple simple mais révélateur de cette approche. Deux clients d'une bibliothèque se querellaient. L'un voulait que la fenêtre soit ouverte et l'autre la voulait fermée. Ils n'arrivaient pas à s'entendre sur le degré d'ouverture de la fenêtre... un petit peu ? à moitié ? aux trois quarts ? Rien ne pouvait les satisfaire tous les deux. La bibliothécaire, attirée par le ton qui montait, leur demanda à chacun pourquoi ils voulaient, l'un la fenêtre ouverte et l'autre la fenêtre fermée. Le premier voulait de l'air frais et l'autre voulait éviter un courant d'air. La bibliothécaire ouvrit alors la fenêtre de la pièce d'à côté donnant ainsi de l'air frais tout en évitant le courant d'air¹⁸.

On voit que ce ne sont pas des divergences de positions qui caractérisent vraiment cette mésentente, mais bien des intérêts et des besoins différents. Une fois que l'on a fait la distinction entre les positions et les intérêts, il devient plus facile de trouver des solutions qui satisfassent les deux parties.

L'approche visant à se camper sur des positions se fonde d'une part sur le pouvoir, tel que par exemple celui établi sur des

¹⁷Gérald Martel, conférence intitulée « La négociation raisonnée : qu'en est-il ? », prononcée à l'occasion du Colloque sur les méthodes alternatives de résolution de conflits du 29 avril 1992 organisé par le Service de la formation permanente du Barreau du Québec.

¹⁸Supra, note 11, p. 71.

ressources financières, et d'autre part sur les droits et obligations tels que déterminés par la loi et la jurisprudence.

Quant à l'approche se fondant sur les intérêts, elle se base sur une conception où on imaginerait la relation entre les intérêts, les droits et les pouvoirs se situant dans trois cercles concentriques où le cercle intérieur représente les intérêts, le second représente les droits et le cercle extérieur représente les pouvoirs¹⁹. Ceci signifie que l'on considère les trois éléments mais que l'on attache une importance particulière aux intérêts que l'on situe au centre de notre approche.

226

IV- Rôle du médiateur

Selon l'honorable Gontran Rouleau, juge à la Cour supérieure, le médiateur est un créateur parce qu'il a le don de mettre dans le coup les personnes qui font appel à lui, de les responsabiliser, de faire appel à leur liberté afin qu'elles trouvent elles-mêmes, pour elles-mêmes et par elles-mêmes une issue à leurs problèmes. Il ajoute que le médiateur devra inspirer confiance, faciliter la communication, apprendre à contrecarrer un comportement négatif, dégonfler les positions extrêmes et proposer des solutions innovatrices²⁰.

Le médiateur fera également preuve d'empathie envers les parties²¹. De plus, le médiateur doit savoir écouter et faire comprendre aux parties que son rôle est d'aider les parties à trouver une solution car il n'a aucun pouvoir coercitif²².

¹⁹William L. Ury, Jeanne M. Brett et Stephan B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved*, Jossey-Boss Publishers, San Francisco, 1988, p. 9.

²⁰Gontran Rouleau, conférence intitulée « Les tribunaux et les méthodes alternatives », prononcée à l'occasion du Colloque sur les méthodes alternatives de résolution de conflits du 29 avril 1992 organisée par le Service de la formation permanente du Barreau du Québec.

²¹Robert Coulson, *Business Mediation - What you need to know*, American Arbitration Association, New York, 1991, p. 27.

²²Robert Coulson, *Professional Mediation of Civil Disputes*, American Arbitration Association, New York, 1984, p. 17.

Le médiateur aura aussi à :

- Susciter chez les parties une attitude d'ouverture d'esprit face à la résolution du problème.
- Aider les parties à établir des liens et proposer des règles de communication visant à augmenter l'efficacité des échanges et à contrôler et diminuer les attaques personnelles.
- Mettre l'emphase sur la flexibilité.
- Encourager les parties à écouter.
- Chercher les besoins et les intérêts sous-jacents.
- Mettre l'accent sur les intérêts communs.
- Garder les négociations actives²³.

227

En fin de compte, le médiateur aidera à trouver des solutions satisfaisant toutes les parties. C'est un rôle diversifié que l'on demande ainsi au médiateur de jouer, d'où la nécessité d'une formation adéquate.

V- Style de médiation

Dans le tableau qui suit, l'on compare les trois principaux styles de médiation. À gauche, on retrouve la médiation douce qui se centre sur les personnes, à droite, la médiation directive qui se concentre sur le résultat et entre les deux, la médiation médiane qui se préoccupe du résultat et des personnes.

²³Sylvan J. Schaffer, *Psychological and Practical Aspects of the Mediator's Role*, Donaven Leisure Newton & Irvine, The ADR Practice Book, John H. Wilkinson, Editor, New York, 1990, p. 154.

Tableau comparatif des styles de médiation

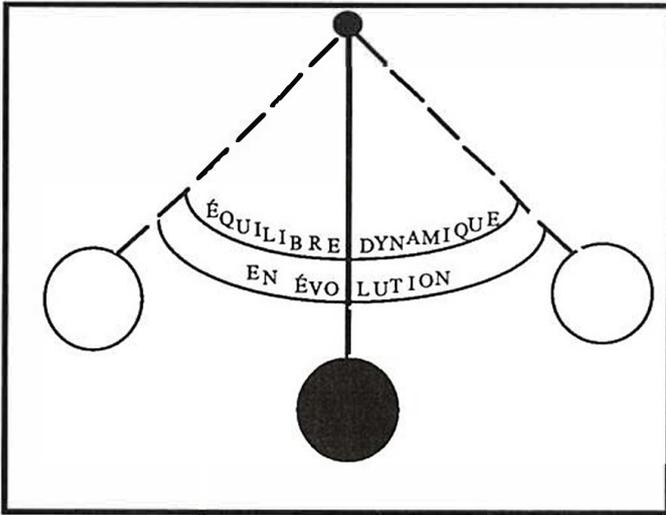
Médiation douce	Médiation médiane	Médiation directive
1- Le médiateur se préoccupe surtout des relations	- Le médiateur se préoccupe du différend et des relations	- Le médiateur se concentre sur le résultat et se préoccupe moins des relations
2- Se voit surtout comme un aide à la communication	- Se voit comme modérateur, animateur et conciliateur qui va faciliter un travail d'équipe et une prise de décision en groupe	- Il se voit surtout comme un expert qui va suggérer des solutions ; il agit comme pompier et essaie de contrôler les dommages et de limiter les dégâts
3- Il favorise surtout l'expression des difficultés dans la communication	- Il favorise l'expression et la satisfaction des valeurs, des besoins, des intérêts et des objectifs	- Il favorise l'expression et la satisfaction des obligations contractuelles et des droits
4- Il veut à tout prix éviter la confrontation et préserver la relation	- Il favorise la négociation raisonnée et le rétablissement de la communication entre les parties pour les amener à développer des solutions satisfaisantes, équitables, efficaces et durables à long terme	- Il favorise la négociation sur positions et les arguments techniques et juridiques
5- Il favorise surtout l'expression des sentiments et des émotions	- Il permet l'expression des sentiments et des émotions	- Il ne permet pas l'expression des sentiments et des émotions

228

<p>6- On regarde plutôt le passé et le présent</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Il insiste sur le futur et sur la valeur ajoutée des solutions gagnant-gagnant, et aide les parties à augmenter la « grosseur de la tarte » 	<ul style="list-style-type: none"> - Il laisse les parties insister sur le passé et argumenter sur les risques et pertes possibles en cas d'échec, comment on divise la tarte, comment on la distribue
<p>7- Le médiateur se voit surtout responsable d'établir un climat de confiance</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Le médiateur est responsable du processus - Les parties sont responsables du résultat 	<ul style="list-style-type: none"> - Le médiateur se voit responsable du processus et - en partie du résultat
<p>8- Aucune structure apparente</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Structure flexible 	<ul style="list-style-type: none"> - Structure inflexible

Le schéma du pendule ci-après suggère une tendance vers la médiation médiane, bien que pour un même médiateur le style peut changer en fonction du genre de conflit ou de l'étape où l'on est rendu dans le déroulement de la médiation.

Styles de médiation : le pendule



230

Médiation douce	Médiation médiane	Médiation directive
-----------------	-------------------	---------------------

VI- Quand avoir recours à la médiation

Lorsqu'un conflit survient, certains critères peuvent être utilisés pour décider si l'on se prévaut d'une approche telle que la médiation ou si l'on va directement en arbitrage ou devant les tribunaux. Il serait approprié de se prévaloir de la médiation dans les cas suivants :

- on veut préserver une relation d'affaires ou la réputation des gens impliqués ;
- on croit que notre relation avec les gens avec qui l'on fait affaires, que ce soit nos associés, nos fournisseurs ou nos clients, devrait être fondée sur l'équité, non sur le pouvoir ;

-
- on veut promouvoir ses intérêts d'affaires plutôt que de défendre des positions juridiques ;
 - on préfère que le conflit demeure privé et confidentiel au lieu d'être divulgué dans l'industrie ou dans le public ;
 - on veut tenter de résoudre un différend ou régler un problème par une approche rapide et définitive ;
 - on veut immédiatement aller au coeur du différend ;
 - on semble avoir de la difficulté à communiquer efficacement avec les autres personnes ;
 - le problème nécessite un regard neuf et des solutions créatives ;
 - on a besoin de trouver une façon de sortir de l'impasse ;
 - la complexité du conflit est telle qu'on ne peut la gérer par des négociations directes ou par le recours aux tribunaux puisqu'il y a trop :
 - de parties impliquées,
 - d'emplacement différents,
 - de sujets délicats,
 - de questions de relations,
 - d'aspects techniques ou
 - d'incertitudes au niveau de la preuve ;
 - il est nécessaire que quelqu'un saisisse toute l'ampleur du conflit ; la complexité des faits, de la preuve ou du droit ferait en sorte qu'un jugement n'apporterait qu'une solution rudimentaire au problème ;
 - une décision d'un tribunal ne pourrait pas résoudre le problème fondamental ;
 - on est en train de risquer d'entacher sa réputation ;

- on dépense de larges sommes d'argent quant à ce différend ;
- on est préoccupé des coûts, des risques et du stress reliés au litige ;
- on aimerait obtenir une évaluation indépendante quant au différend et ce, avant d'intenter des procédures judiciaires.

Cependant, on préfère habituellement ne pas se prévaloir de la médiation dans les cas suivants :

232

- on veut établir une jurisprudence afin de pouvoir s'y conformer par après ;
- on veut une audition publique ;
- on veut une injonction afin de sauvegarder ses droits ;
- les négociations directes peuvent être efficaces ;
- l'autre partie n'a aucun intérêt à régler ;
- on doit commencer ou continuer des procédures judiciaires afin que l'autre partie accepte de négocier²⁴.

Même dans ces cas où notre première approche n'est pas la médiation, il peut s'avérer utile de recourir à la médiation afin de préciser les points de désaccord, ou si le conflit évolue et que les circonstances changent.

VII- Comment se prévaloir de la médiation

A- Quand un conflit se produit

On peut avoir recours à la médiation lorsque les deux parties ont un différend et décident alors ensemble d'avoir recours aux services d'un médiateur²⁵. Cependant il arrive

²⁴Inspiré de : David Hollands & Mark Griffiths, « Mediation of Professional Liability Claims », International Federation of Consulting Engineers, 1993, p. 9.

²⁵On retrouve à l'annexe I un exemple, rédigé et utilisé par l'auteur, d'une convention pour la tenue de rencontre(s) de médiation, pouvant être signée entre les parties et le médiateur.

souvent, lorsqu'un conflit aigu se produit, que les parties ne se parlent plus. Dans un tel cas, c'est seulement une des parties qui contactera le médiateur. Après avoir expliqué le rôle du médiateur et après avoir discuté de certains principes de base comme la confidentialité et l'impartialité, le médiateur pourra contacter l'autre partie.

Lorsqu'une partie contactera son conseiller juridique au préalable, ce qui est souhaitable, ce dernier pourra donner des explications quant aux différentes approches de résolution de conflits, aux caractéristiques des méthodes disponibles, à la confidentialité et l'impartialité ainsi qu'à la formation et l'expérience des personnes offrant ces services.

233

B- Avant un conflit

On peut aussi agir de façon préventive et, dès que l'on signe un contrat, y insérer une clause par laquelle les parties s'engagent, si un différend survient, à tenter de le résoudre par des voies alternatives avant de recourir aux tribunaux²⁶. Lorsque l'on signe une telle clause, on peut décider que si un différend survient, on aura recours à la médiation et qu'en cas d'échec, on ira devant les tribunaux. On peut également décider qu'en cas d'échec de la médiation, on aura recours à un arbitre au lieu d'aller devant les tribunaux²⁷. Lorsqu'une mésentente surviendra, les parties pourront évidemment négocier entre elles avant d'avoir recours à un médiateur.

²⁶Peter Goetz et Frank Muller, « Using Mediation to Resolved Construction Disputes », dans *Alternative Dispute Resolution and the Construction Industry*, R.F. Cushman, G.C. Hedemann et A. S. Tucker, Editors, New York, 1991, p. 178.

²⁷À titre d'exemple, la clause suivante a été rédigée par l'auteur pour des clients :
« Dans l'éventualité qu'un différend ou un litige survienne à l'occasion ou à la suite du présent contrat, les parties s'engagent à tenter de le régler en médiation et ce, avant de recourir à l'arbitrage. Le médiateur sera choisi d'un commun accord par les parties. Toute démarche quant à l'utilisation de la médiation et toute session de médiation seront faites sous le sceau de la confidentialité et sous réserve de tous les droits et recours des parties. Rien de ce qui sera dit ou écrit au cours d'une telle démarche ou d'une telle session ne sera recevable en preuve dans une procédure judiciaire ou autre.

Tout différend ou litige qui ne sera pas réglé en médiation sera soumis à un arbitrage final et exécutoire et ce, à l'exclusion des tribunaux. L'arbitrage se déroulera conformément au Code de procédure civile du Québec sauf qu'un seul arbitre, au lieu de trois, sera nommé. »

C- Clauses de médiation

234

De telles clauses peuvent être insérées dans tout genre de contrat et on peut avoir recours à la médiation dans le cas de vente de marchandises, d'équipements ou de machineries, de produits défectueux, d'un bail commercial, d'un contrat d'assurance ou de construction, d'une transaction immobilière, d'une convention entre associés ou actionnaires, d'un contrat d'acquisition d'entreprise, de relations de travail, de relations entre institutions prêteuses et emprunteurs et de tout différent de nature civile ou commerciale entre des individus ou des entreprises.

Lorsqu'on aura recours à un médiateur, on examinera attentivement le contrat type ou le règlement applicable. La convention par laquelle on choisit la médiation devra comprendre les éléments suivants :

- le nom des parties et du médiateur choisi ;
- la nature du conflit et l'intention des parties de recourir à la médiation ;
- le rôle du médiateur, les règles et les conditions applicables ainsi que
- la confidentialité de la médiation.

Les conseillers juridiques qui décideront de rédiger, après qu'un litige soit survenu, une convention de médiation ou encore qui décideront, de façon préventive, d'insérer une clause de médiation dans un contrat, devront s'assurer de préciser le rôle du médiateur et le mécanisme permettant de se prévaloir de la médiation.

La médiation réussie débouchera donc sur une entente à l'amiable c'est-à-dire une transaction telle que définie par le Code civil du Québec (article 2631 C.c.Q.). Cette transaction peut être homologuée par le tribunal si une partie n'exécute pas volontairement ses obligations (article 2633 C.c.Q.).

D- Programme ou projet de la Cour

On peut aussi avoir accès à la médiation par un programme ou projet de la Cour ou de tribunaux administratifs. À titre d'exemple, on peut se prévaloir de la médiation ou de la conciliation :

- au Service de médiation familiale de Montréal et de Québec ;
- à la Régie du logement, la Commission d'appel en matière de lésion professionnelle, la Commission des normes du travail et Bureau de révision de la Commission de santé et sécurité du travail ;
- à l'Office de la protection du consommateur ;
- à la Commission des droits de la personne ;
- en vertu du Code du travail et du Code des professions.

235

En 1992, la Cour Supérieure de Montréal a mis sur pied un projet pilote afin d'offrir aux parties, dans les causes civiles et commerciales, la possibilité de recourir aux services d'un conciliateur. Dans une optique de déterminer les conditions éventuelles d'un programme permanent, un nouveau projet pilote a été mis sur pied. Ce nouveau projet pilote, fruit d'une collaboration entre la Cour supérieure, le ministère de la Justice et le Barreau du Québec, a débuté au printemps 1995²⁸.

VIII- Déroulement d'une médiation

La médiation comporte plusieurs étapes. On en a identifié sept :

- 1- Établissement d'un climat de confiance et d'une structure pour le déroulement de la médiation ;
- 2- Recherche des faits et identification des questions en litige ;

²⁸Rapport du groupe de travail sur la mise en oeuvre d'un projet pilote de conciliation en matières civiles à la Cour supérieure de Montréal, 15 décembre 1995.

- 3- Création d'options et d'alternatives ;
- 4- Dialogue, négociation et prise de décision ;
- 5- Clarification et rédaction du projet d'entente ;
- 6- Révision et ratification légale ;
- 7- Réalisation du projet d'entente, suivi et évaluation²⁹.

236

La première étape comprendra elle-même une brève introduction des participants, des explications du médiateur, une entente sur les règles de communication et, si ce n'est déjà fait, l'examen et la signature du mandat du médiateur³⁰.

À la deuxième étape, le médiateur aidera les parties à parler de leur version des événements ayant mené au différend, à faire ressortir les faits pertinents et à identifier toutes les questions en litige, autant les questions apparentes que les questions sous-jacentes.

Au cours de la troisième étape, le médiateur aidera les parties à trouver une variété de solutions créatives afin de satisfaire le plus possible les intérêts en jeu de façon efficace et durable. C'est le temps du remue-méninges.

À la quatrième étape, lors de la négociation et de la prise de décision, le médiateur suggéra des façons de négocier et aidera les parties à évaluer les différentes options et à prendre des décisions. Au besoin, il pourra rencontrer les gens individuellement et suggérer des solutions.

Par la suite à l'étape cinq, le médiateur aidera les parties à clarifier les points d'entente et à rédiger un projet d'entente qui pourra d'abord être soumis sous forme de résumé.

À l'étape six, le projet d'entente sera révisé par les parties et de préférence par leurs conseillers juridiques et par la suite, signé par les parties.

²⁹Jay Folberg and Alison Taylor, *Mediation*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1984, p. 39.

³⁰Un schéma illustrant chacune des sept étapes se trouve à l'Annexe II.

Et enfin, à l'étape sept, l'entente sera mise en oeuvre par les parties avec les suivis que cela implique. Ces suivis seront à la charge des parties mais le médiateur demeurera disponible au besoin.

IX- Rôle du conseiller juridique

En matière familiale, les deux parties sont habituellement seules avec le médiateur et elles consultent leur avocat tout au long du processus. Entre les séances de médiation, l'avocat vérifie les données factuelles avec son client, lui donne son avis sur les options soulevées et révisé le projet d'entente³¹.

237

En matières commerciales, dans certains cas l'avocat est présent aux séances alors que dans d'autres cas, il agira comme conseiller de son client en dehors des séances. Dans tous les cas, il est certainement souhaitable qu'à tout le moins chaque partie puisse bénéficier des conseils de son avocat en dehors des séances. La présence de l'avocat durant les séances sera un point à discuter entre le client et l'avocat. Une décision sera prise en fonction de différents facteurs dont la nature du litige, le montant en jeu, les relations entre les parties et si les procédures judiciaires ont déjà été intentées³². Pour l'avocat qui participera avec son client aux séances de médiation, trois règles simples sont recommandées :

- 1- Laisser le médiateur prendre charge du processus.
- 2- Laisser le client être au centre du processus.
- 3- Faire attention à ne pas gagner un argument à tout prix et entraîner pour le client la perte d'une opportunité »³³.

³¹Suzanne Clairmont, « L'avocat et la médiation », dans *La médiation familiale - collectif multidisciplinaire*, Les éditions Yvons Blais, Cowansville, 1992, p. 136.

³²Serge Roy, « Les avocats et les méthodes alternatives de résolution de conflits », *Actes du congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, p. 1165.

³³Norman Brand, « Learning to Use the Mediation Process - A Guide for Lawyers », *Arbitration Journal*, décembre 1992, Volume 47, no 4, p. 12.

238

Qu'importe la décision des parties en ce qui a trait à la présence ou au conseil d'un avocat lors du déroulement de la médiation, il reste primordial que, à tout le moins avant de signer l'entente, les parties la fassent réviser par leur avocat respectif. En effet, dans le cas contraire, les parties courent le risque qu'à la demande d'une partie qui serait insatisfaite par après, les tribunaux puissent intervenir et annuler l'entente. En effet, les tribunaux pourraient s'inspirer du droit matrimonial où une ordonnance alimentaire est révisable aux termes mêmes de la Loi (article 17 de la *Loi sur le divorce* et article 594 C.c.Q.) et où la Cour Suprême a établi dans les arrêts Pelech, (1987) 1 R.C.S. 801 et Richardson, (1987) 1 R.C.S. 857, que :

Lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage et que cette convention n'est pas « unconsconable in the law sense », elle devrait être respectée. (arrêt Pelech, p. 850)³⁴

Cet arrêt laisse supposer que l'entente aurait pu être révisée si les parties n'avaient pas bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants. Dans cette même logique, l'honorable Ginette Piché, juge à la Cour supérieure, rendait un jugement sur une requête en révision des mesures accessoires après la signature d'une entente de séparation. Dans ce jugement, l'entente signée cinq ans auparavant a été mise de côté aux motifs que les dettes de l'intimé n'avaient pas été examinées en profondeur, que certaines erreurs s'étaient glissées dans le calcul des dettes en question et que la requérante n'était pas assistée d'un avocat³⁵.

Le conseiller juridique a cependant un rôle beaucoup plus important que celui de prévenir des rebondissements au niveau

³⁴*Droit de la famille québécoise*, Les publications CCH/FM Ltée, 1989, p. 72-265.

³⁵Béland C. Hounsell, C.S.M. 500-04-003555-858, jugement rendu le 15 février 1990.

de la rédaction de l'entente. En effet, le conseiller juridique qui voudra bien se familiariser avec les principes inspirés de la négociation raisonnée, aura à jouer un nouveau rôle qui sera essentiel, original et actif. Il restera alors le mieux placé, tant au niveau de sa formation, de ses connaissances que de son expérience, pour explorer les besoins de son client et de promouvoir ses intérêts. Il pourra donc travailler avec son client, l'autre partie et son conseiller juridique, qu'un médiateur soit impliqué ou non, afin de trouver des solutions créatives et satisfaisant l'ensemble des intérêts en jeu.

239

Que ce soit pour conclure une transaction d'affaire ou pour régler un litige, le client s'habitue à impliquer son conseiller juridique même avant le début des négociations. Ce dernier pourra donc aider son client au niveau des démarches préliminaires pour établir une structure et des règles de base. Ce rôle, quoique différent, sera certainement d'une grande utilité pour le client.

X- Quelques cas vécus

Examinons brièvement quelques cas vécus par l'auteur.

Dans un premier cas, après la rénovation d'un édifice, un feu éclate aux abords d'un tuyau. Le propriétaire de l'édifice fait réparer les dégâts et se fait indemniser par sa compagnie d'assurance. Celle-ci poursuit l'architecte, l'ingénieur, l'entrepreneur général, l'entrepreneur en plomberie et le sous-entrepreneur qui a posé l'isolation du tuyau. Tous se lancent la balle. Au cours d'une séance de médiation d'une journée à laquelle participent les parties, leurs assureurs, leurs procureurs et leurs experts, une entente hors cour est conclue.

Dans un deuxième cas, peu de temps après la construction d'un édifice neuf, des difficultés majeures surgissent quant au contrôle du taux d'humidité. La qualité de l'isolation extérieure est remise en question. Est-ce un vice au niveau de la conception des plans et devis ou au niveau de l'exécution des travaux ? Y a-t-il eu une surveillance de chantier inadéquate ? Est-ce un problème d'infiltration ou d'exfiltration d'air ? Le propriétaire

engage un expert, refait l'isolation et réclame ses frais d'experts ainsi que le montant des travaux correctifs. Tous les intervenants participent à une médiation : propriétaire, entrepreneur, architecte, ingénieur ainsi que leurs assureurs, avocats et experts. Après une séance d'une journée et demie, une entente intervient quant au montant à payer au propriétaire et quant au partage de responsabilité entre les défendeurs.

240 Dans un autre cas, deux professionnels qui ont été associés pendant plusieurs années ne s'entendent plus sur les orientations de leur société. Après plusieurs mois de négociations infructueuses, ils décident de se prévaloir de la médiation. Lors d'une rencontre d'une journée, cette approche leur permet de comprendre les fondements de leurs divergences et de s'entendre quant aux trois points en litige : un partage de la clientèle, le partage des dépenses encourues et une compensation monétaire.

Dans un quatrième cas, après plusieurs décennies de conflits et de procédures judiciaires entre de nombreux héritiers d'une succession, tous acceptent de se rencontrer dans le cadre d'une médiation. À l'occasion d'une séance d'une journée et demie, tous les aspects du dossier sont réglés, tant la question de la responsabilité et de la rémunération des exécuteurs testamentaires, que la question du partage des biens et des modalités facilitant la vente de certains actifs. Certains des héritiers ont même recommencé à se parler.

XI- Certains développements récents

À l'occasion du Sommet de la Justice de février 1992, le Barreau du Québec s'engageait formellement :

À préparer un plan d'action visant l'avancement des méthodes alternatives et complémentaires aux solutions des conflits.

et

À encourager ses membres à connaître, à favoriser et à suggérer, lorsque la situation est appropriée, la conciliation

et les méthodes alternatives et complémentaires aux solutions des conflits³⁶.

Le Barreau du Québec a déjà commencé à mettre en oeuvre ces engagements en organisant en 1992 un Colloque sur les méthodes alternatives de résolution des conflits et en offrant des cours de médiation en matières civiles et commerciales, en matière familiale et aux petites créances.

En mars 1992, la Chambre de commerce du Montréal Métropolitain a adopté et a publié une déclaration de principe en faveur des méthodes non judiciaires de règlement des litiges ainsi qu'une formule d'engagement qu'elle soumet à ses membres³⁷. En signant cette formule, ceux-ci s'engagent, dans l'éventualité d'un litige avec une entreprise ayant pris le même engagement, à envisager ensemble de régler leur différend par des méthodes alternatives de résolution de conflits. Les signataires peuvent cependant à tout moment exercer leur droit d'intenter des procédures judiciaires.

241

En novembre 1992, faisant écho à l'engagement du Barreau du Québec, le Barreau de Laval a adopté une déclaration de principe par laquelle il se prononçait en faveur des modes alternatifs de solution des litiges. Il a fait parvenir à tous les avocats de Laval une formule d'engagement par laquelle le signataire s'engage à rechercher d'abord, avec ses clients, un mode alternatif de solution de leur litige, de les assister et de les conseiller dans cette démarche, tout en reconnaissant comme premier mode alternatif de solution des litiges, la négociation³⁸. Plusieurs membres du Barreau de Laval ont déjà signé cet engagement. Il est souhaitable que plusieurs autres emboîtent le pas à cette initiative historique³⁹.

³⁶*Revue Maître*, Sommet de la Justice 1992, « Les propositions et les engagements du Barreau du Québec », février 1992, p. XVII.

³⁷*Revue Commerce*, Montréal, mars 1992, volume 48, no 7, p. 13.

³⁸La déclaration de principe a été adoptée à l'unanimité par le Barreau de Laval à sa réunion du 12 novembre 1992.

³⁹« Voies nouvelles pour résoudre les conflits », *Le Journal du Barreau*, 15 janvier

Le développement le plus significatif des années récentes aura sans doute été le projet pilote de conciliation en matières civiles à la Cour supérieure de Montréal⁴⁰. Ce projet pilote favorisera le règlement de nombreux dossiers et aura permis la formation d'environ deux cents avocats-médiateurs et la sensibilisation d'un très grand nombre de personnes à la conciliation/médiation.

242

D'une façon plus globale, un développement qui est certainement porteur d'espoir est l'adoption en juin 1995 par le Conseil général du Barreau du Québec des Orientations triennales 1995-1998. Il a alors été décidé d'établir et de mettre en place un plan d'action en vue du développement de la médiation⁴¹. Un projet d'un plan d'action détaillé est présentement en discussion.

Conclusion

Il est possible que les professionnels ou leurs clients soient hésitants à s'engager dans des méthodes de résolution de conflits qui sont encore peu connues en matière commerciale au Québec, mais la majorité des personnes ayant utilisé ces méthodes ont réussi à régler leurs conflits.

En guise de conclusion, examinons des commentaires formulés par un avocat américain qui, depuis quelques années, insère des clauses de médiation et d'arbitrage dans la plupart des transactions commerciales dans lesquelles il est impliqué. Il mentionne que l'expérience d'un de ses clients illustre bien le bénéfice de cette clause autant pour le client que pour le professionnel.

Depuis l'insertion de clauses de médiation et d'arbitrage dans tous les contrats de vente de ce client, une douzaine de litiges ont été référés en médiation et tous ces cas ont été réglés à cette étape du dossier.

1993, p. 9.

⁴⁰Supra, note 26.

⁴¹Orientations triennales 1995-1998, Barreau du Québec, 5 juin 1995, p. 19.

Le client est évidemment satisfait de ces succès, la relation entre le client et le professionnel s'est renforcée et le client perçoit maintenant le professionnel comme quelqu'un qui est intéressé à trouver des solutions rapides et efficaces à ses litiges. Le client consulte maintenant son professionnel beaucoup plus fréquemment sur une base préventive et il lui demande de réviser systématiquement toutes ses transactions⁴². À long terme, cette approche devient donc plus profitable à la fois pour le professionnel et le client.

⁴²Gérald S. Clay, *Counseling Clients on Mediation*, Donaven Leisure Newton & Irvine, ADR Practice Book, John H. Wilkinson, Editor, New York, 1990, p. 163.

ANNEXE I

LA PRÉSENTE CONVENTION POUR LA TENUE D'UNE (DES)
RENCONTRE(S) DE MÉDIATION INTERVENUE

ENTRE :

-et-

244

ci-après appelés « les parties »

-et-

M^e SERGE ROY

Lachance d'Amours & Associés

7305, boul. Marie-Victorin

Bureau 500

Brossard (Québec)

J4W 1A6

Tél. : (514) 923-4600

Fax : (514) 923-4610

ci-après appelé « le médiateur »

FAIT FOI DE CE QUI SUIT :

ATTENDU QU'il y a un différend entre les parties relativement _____

ATTENDU QUE les parties désirent explorer les possibilités de résoudre leur différend ;

EN CONSÉQUENCE, LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

1. Processus volontaire

Les parties désirent se concerter dans le but d'en arriver à un règlement.
Chaque partie peut se retirer et mettre fin au processus unilatéralement à

sa discrétion. Le processus est volontaire et chaque partie consent librement à y participer de façon active. Les parties conservent et réservent leur accès à la Cour. Les parties se réservent notamment le droit d'intenter ou de continuer des procédures judiciaires en tout temps sauf que les procédures dans la présente cause seront suspendues jusqu'à ce qu'une entente soit conclue ou jusqu'à ce qu'une des parties ou le médiateur déclare mettre fin au processus de médiation.

2. Rôle du médiateur

Le médiateur agit comme personne-ressource afin de favoriser une entente à l'amiable. À cette fin, il s'emploie à créer des conditions qui facilitent et permettent :

- l'information des parties sur leur situation respective ;
- la communication entre elles sur leurs difficultés et leurs attentes réciproques ;
- la recherche de solutions aux attentes et difficultés manifestées ;
- la négociation efficace et franche ;
- la conclusion par les parties, sur la base d'un libre consentement, d'une entente donnant effet, le cas échéant, aux solutions identifiées.

3. Impartialité

Le médiateur agira en tout temps de façon neutre et impartiale. Il ne donnera pas d'avis juridique.

4. Présences à la séance de médiation

Les parties seront présentes à la rencontre de médiation avec leurs procureurs. Chaque partie doit s'assurer que :

- les personnes ayant qualité pour conclure une entente soient présentes à la rencontre de médiation et
- les personnes ayant une connaissance personnelle des faits pertinents au litige soient présentes afin de permettre une discussion utile de tout le dossier.

5. Confidentialité

Tout ce qui est dit ou écrit au cours du processus de médiation est formulé sous toutes réserves et n'est pas recevable en preuve dans une procédure judiciaire ou autre.

Le médiateur, les parties, leurs conseillers, leurs représentants et toutes personnes les accompagnant doivent préserver la confidentialité de l'ensemble du processus de médiation ainsi que de tout document divulgué au cours du processus de médiation. Toutefois, rien dans la présente

convention ne peut compromettre de quelque façon le droit de la partie qui a fourni un document divulgué, de l'utiliser dans une procédure judiciaire ou autre, lorsque cette partie aurait par ailleurs eu le droit de le faire.

Le médiateur ne sera pas assigné à comparaître pour témoigner dans une procédure judiciaire ou autre.

6. Apartés ou caucus

Le médiateur peut, quand il le juge utile, avoir des apartés (caucus) avec l'une ou l'autre des parties, lesquelles peuvent aussi, à tout moment, demander à s'entretenir privéement et confidentiellement avec lui.

7. Valeur de l'entente

Il n'appartient pas, en principe, au médiateur de juger de la valeur ou de l'opportunité de l'entente qui doit demeurer l'expression de la volonté des parties et leur « propriété ».

Néanmoins, s'il est d'avis que la poursuite du processus de médiation risque de causer un préjudice grave à l'une ou l'autre des parties ou de créer une situation de net déséquilibre ou d'injustice manifeste pour une partie, il doit en informer les parties, les inviter s'il y a lieu à prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation ou, s'il l'estime nécessaire à des fins d'intégrité, il peut suspendre le processus de médiation ou y mettre fin.

8. Durée du processus

Les parties s'entendent sur le processus suivant et s'engagent à le réaliser, dans la mesure du possible, à l'intérieur d'un laps de temps limité de sorte que les parties s'attendent à ce que le processus de médiation se termine le _____ jour de _____ 199__.

- signature de la présente convention ;
- examen du dossier et préparation pour la rencontre de médiation ;
- rencontre de médiation le _____ jour de _____ 199__ ;
- suivis si nécessaires.

9. Honoraires

Les parties paieront chacune à parts égales les honoraires et déboursés du médiateur. Les honoraires sont déterminés sur une base horaire de _____ \$ pour toute démarche faite avant, pendant ou après la rencontre de médiation. Les honoraires comprennent toute démarche visant à amener les parties à participer activement au processus de médiation. Des avances pour honoraires et déboursés pourront être demandées au cours du processus.

10. Convention confidentielle

La présente convention est confidentielle.

ET NOUS AVONS SIGNÉ :

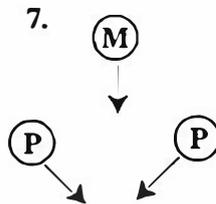
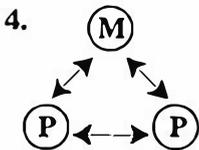
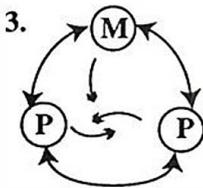
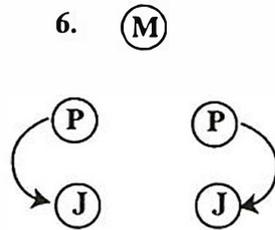
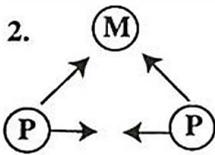
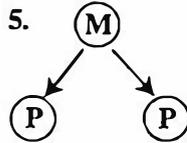
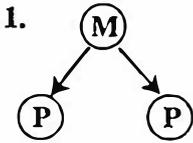
À _____, ce _____ e jour de _____ 199__

médiateur

ANNEXE II

Schéma
Étapes et processus de médiation

248



Three recent cases on the duty to defend

by

Carolena Gordon*

Il existe relativement peu de jurisprudence sur l'obligation de l'assureur de prendre fait et cause de l'assuré, conformément à l'ancien article 2604 C.c., lequel faisant maintenant l'objet de l'article 2503 C.c.Q. M^e Carolena Gordon passe en revue trois décisions récentes, la première et la troisième venant des tribunaux québécois, alors que la deuxième émane de la Cour d'appel de l'Ontario. Cette brève revue jurisprudentielle a le mérite de faire ressortir les grands paramètres de cette obligation et certaines controverses l'entourant. À titre d'exemples : les deux concepts différents que sont l'obligation de défendre et l'obligation d'indemniser, l'existence de l'obligation subordonnée à la garantie principale du contrat d'assurance et le partage de l'obligation de défendre entre l'assureur primaire et l'assureur d'excédent.

249



A number of cases have recently been decided in the area of the liability insurer's duty to defend and several of them will have an important impact on this obligation in Quebec law. Both insurers and their attorneys as well as insureds and their attorneys are closely following recent developments in this area which may significantly alter both the scope and content of the insurer's statutory obligation to defend.

A wealth of case law has developed across Canada in the last 10 years with respect to particular aspects of the scope and content of the duty to defend. We do not intend to examine this case law but rather we propose to review three recent cases, two

* Partner, Nicholl Paskell-Mede.

from Quebec and one from Ontario, which will most certainly be raised in negotiations between insurers and their insureds with respect to the insurer's obligation to defend. Because these cases arose out of policies issued prior to January 1, 1994, the Civil Code of Lower Canada applied.

Article 2604. of the Civil Code of Lower Canada sets out the insurer's statutory obligation to defend as follows:

250

Art. 2604 Subject to other legislative provisions, the insurer is bound to take up the interest of any person entitled to the benefit of the insurance and assume his defence in any action brought against him.

No transaction made without the consent of the insurer may be set up against it.

Further, the Civil Code of Lower Canada provides at Article 2605 that the costs and expenses of the suits taken against the insured, including defence costs and interest on the amount awarded to the third party, are to be borne by the insurer over and above the limits of the insurance. The legislator, in adopting the new Civil Code, adopted both the above-mentioned articles, without any amendment, into Article 2503 of the Civil Code of Quebec.

I. *Boreal Insurance Inc. v. Réno Dépôt Inc. et als.*

The first case of interest is that of *Boreal Insurance Inc. v. Réno Dépôt Inc. et als.*¹. In this case Réno Dépôt and Isolation Val-Royal [hereinafter Val-Royal] were sued by a number of home owners who purchased urea formaldehyde insulation (UFFI) from them for their residences. The Plaintiffs' claims included the costs of removing the insulation, damages for bodily injury and the inconveniences suffered by the homeowners. At least one of the Plaintiffs alleged that the damages occurred "subsequent" to the installation of the insulation.

¹(December 21, 1995), Montreal 500-09-000070-920, (C.A.).

The defendants had insurance, but the installation of the product and the subsequent manifestation of damages occurred over a period of many years. Since the defendants had changed carriers during that period, this obviously created some difficulty in determining how an “occurrence” would be defined under the three CGL policies at issue.

Two of the insurers (General Accident Insurance Company and The Continental Insurance Company) initially agreed to defend the various claims but subsequently formulated a number of reservations under which both insurers would tender a defence. Val-Royal was not of the view that these reservations were compatible with offering it a complete and unbiased defence. Consequently, the counsel appointed by the insurers to defend the claims withdrew from the various litigious files and Val-Royal’s attorneys took control of the defence. The third insurer (Boreal Insurance Company) denied that its policy was ever triggered. Val-Royal instituted third party proceedings against all three insurers.

251

The trial Court judge dismissed the Plaintiffs’ actions against Val-Royal and dismissed the third party proceedings against General Accident and Continental but maintained the action against Boréal with respect to its duty to defend. The Court was of the view that the offer to defend formulated by Continental and General Accident, subject to certain reservations, was reasonable and that Val-Royal’s refusal to allow those insurers to tender a defence, subject to the reservations, was unreasonable.

Appeals were launched by Boreal and by Val-Royal. These appeals dealt solely with the obligation to defend. All of the policies contained the ordinary clauses which trigger the duty to defend the insured for any action instituted against it alleging bodily harm or property damage falling within the insuring clauses of the policy.

The Court of Appeal adopted the reasoning of the Supreme Court of Canada decision in *Nichols v. American Home*

*Assurance Company*² (hereinafter "*Nichols*") thus adopting this decision as law in Quebec. In *Nichols*, the Supreme Court ruled that the duty to defend is broader than the duty to indemnify. Consequently, where the third party's claim against the insured contains allegations which fall, at least in part, within the scope of coverage afforded under the policy, the duty to defend is triggered. The ultimate duty to indemnify, on the other hand, is restricted by the findings of fact set out in the Court's judgment against the insured.

252

With respect to General Accident and Continental's offer to defend, Val-Royal argued that given the reservations of rights, if the lawyers appointed by the insurers also represented Val-Royal, they would have clients with divergent interests.

The Court of appeal, in dealing with the perceived conflict of interest issue which stemmed from the extensive reservations invoked by two of the insurers, and referring to a number of exclusions as well as the definition of an "occurrence", overturned the Superior Court's finding that these reservations were reasonable under the circumstances. The Court of Appeal found that these reservations of rights were broad enough to prevent the insured from having the benefit of a full and complete defence in the various lawsuits. The Court of Appeal commented that the insured was within its rights to refuse the offer put forth by the two insurers and was entitled to engage its own counsel to defend the claims. The Court was clearly sympathetic to the obvious conflict of interest and stated that the insured had the right to an impartial defence from its insurers. The reservations as formulated by the two insurers were incompatible with providing such an impartial defence.

With respect to the third insurer, it argued that its policy had never been triggered and that it was aware of facts, which were not alleged in the various Statements of Claim, which led it to conclude that no coverage was available under the policy. The Court of Appeal dismissed the argument that the third insurer's

²[1990] 1 R.C.S. 801.

policy had never been triggered. At least one of the actions alleged that the damages occurred "subsequent" to the installation of the insulation which implied that the damages, whether to property or by way of bodily injury, occurred on a certain date and continued to occur. Thus, no insurer on the risk from the moment in time which the Plaintiffs in that action installed the UFFI in their homes could escape its obligation to tender a defence. Consequently, the Court of Appeal concluded that the trial judge was correct in his decision to the effect that all three insurers owed a duty to defend to Val-Royal.

253

With respect to the facts known by the insurer but not alleged in the Statements of Claim, the Court of Appeal held that the duty to defend is based **solely upon the allegations contained in the Statements of Claim**. Therefore, the third insurer could not escape its obligation to provide a defence to the insured by invoking facts known to it but not alleged in the pleadings. The Court did, however, mention that if during examinations on discovery or during the trial, facts were discovered which brought the claim outside the scope of coverage, then any of the insurers could withdraw the defence. This echoes the general rule that where an insurer, in the process of defending a claim, discovers that the claim falls squarely outside of the scope of the coverage offered under the policy, it may withdraw the defence. However, we remind the reader that the insurer must withdraw immediately upon learning that the claim falls outside of the scope of coverage or it may find itself estopped from withdrawing the defence.

The Court of Appeal decided that all three insurers owed the insured a duty to defend. However, the Court did not comment as to how the duty to defend should be divided between the various insurers. Presumably, the various insurers will enter into negotiations with respect to sharing the costs of the defence to these claims and dealing with issues such as allegations which are not covered by the policy. It remains to be seen whether or not these negotiations will ultimately lead to litigation amongst the insurers.

Three important points must be stressed with regard to the impact that this case has upon the duty to defend with respect to liability policies:

- 254
- i) First, if an insurer issues lengthy reservations of rights, it can expect that its insured will invoke the above-mentioned decision in support of its position that the reservations create an inherent conflict of interest on the part of any lawyers appointed by the insurer. Therefore, in such a scenario, the insured may invoke this decision to justify the engagement of its own counsel to defend the claim, asking the insurer to pay for the defense costs incurred by the insured without any opportunity to control the defence. In losing control of the defence, the insurer might lose the opportunity to have its counsel negotiate a timely settlement at a reasonable price, thus exposing itself to not only the defense costs but to an adverse judgment, with interest and costs. Arguments over the entitlement to appoint counsel might lead to further litigation. In light of the foregoing, the insurer may want to tread carefully in issuing its reservations of rights letters to ensure that the insurer's and the insured's respective positions are not unnecessarily polarized.
 - ii) Second, the Court of Appeal has specifically precluded the insurer from invoking facts known to it, but not alleged in the proceedings, as a basis for a denial of coverage. Therefore, the insurer is faced with a dilemma as to whether it should defend the claim, subject to its reservations of rights, until the facts that it is aware of eventually surface or to deny coverage and find itself sued in third party proceedings. If it chooses to defend, it may find itself in another difficult situation, since it may not instruct defence counsel to specifically and purposefully find a way to unearth the facts known to the insurer which could form the basis of the denial. This would clearly create a conflict of interest and would necessarily deprive the insured of the impartial defence which it is due under the policy.

An additional caution should be added to the foregoing. If the insurer uncovers a basis upon which the policy may be entirely voided, such as a material misrepresentation, it must be cautious about how it presents its case in the third party proceedings. In a recent case, the Ontario Supreme Court held that a liability insurer could not allege facts in a preliminary motion which would prejudice the insured's defence in the principal action.³ In this case, the insurer was attempting, in a preliminary motion, to prove material non-disclosure. Relying on American case law the Court held that the insurers could not attempt to prove facts not alleged between the principal plaintiff and the insured to demonstrate their allegation of material non-disclosure by the insured which would result in the voiding of the policy. The Court was of the view that the case should proceed to trial and the judge on the merits will then determine whether in fact there was material non-disclosure. If the facts the insurer wishes to allege are entirely irrelevant to the principal action, the insurer may proceed without fear.

- iii) Third, the rule as set out in *Nichols* and discussed above has been adopted by the Quebec Court of Appeal, resolving any ambiguity that may have existed with respect to whether or not this case was applicable in Quebec.

II. *Re Kerr v. Lawyers Professional Indemnity Company*

The second case of interest is a decision rendered recently by the Court of Appeal of Ontario in the matter of *Re Kerr v. Lawyers Professional Indemnity Company*⁴. In this case, a lawyer insured by the Lawyers Professional Indemnity Company (hereinafter LPIC) for claims arising out of his duties as a lawyer filed a motion to have LPIC defend him with respect to an alleged breach of duty in his work as the corporate secretary of a company. The Motions Court judge held that the claims fell

³See *Slough Estates Canada Ltd. v. Federal Pioneer Ltd* [1995] 25 O.R. (3d) 429 (O.S.C.).

⁴[1995] 25 O.R. (3d) 804 (O.S.C.).

outside the coverage afforded by the policy and therefore there was no duty to defend.

Following this decision, the Plaintiff amended its Statement of Claim and alleged that the claims were asserted not only against the lawyer as the corporate secretary of the company but also in his capacity as its solicitor. No new facts were alleged, however, in the amended claim.

256

In light of the foregoing, LPIC acknowledged that it had a duty to defend but attempted to negotiate an allocation to split defence costs since the insured was clearly being sued in both capacities. The insured refused this offer and took the position that LPIC should pay for all of his defence costs.

The Court referred to the *Nichols*' decision and concurred that the obligation to defend is broader than that to indemnify. The Court was of the view that the allegations of breach of duty made against the insured came within the scope of coverage provided under the policy. Therefore, the duty to defend was triggered. Further, the Court held that the presence of allegations against the insured with respect to his role as corporate secretary to the company "does not alter the fact that the amended pleadings leave it open to the Court to connect all alleged breaches of duty to the appellant's retainer as N.B.S.'s solicitor providing professional services. Thus, I think LPIC is required to defend the claim made against the appellant".⁵

As well, the Court held that the duty to indemnify may be assessed retrospectively once the Court has rendered its decision on whether or not the liability which may be imposed on the insured is related to his duties as corporate secretary or attorney. However, the Court ruled that the duty to defend may **not** be assessed retrospectively. It must be determined when the claim is made and in accordance with the allegations made against the insured.

⁵Supra at 812.

This decision may have an important impact on negotiations between an insurer and its insured under liability policies where the insured is sued not only in a covered capacity but also in some other capacity which is clearly not covered by the terms and conditions of the policy.

Usually in such cases the insurer negotiates with the insured and his attorney to determine an allocation for defence costs which reflects the covered portion of the claim. This case may prove to be an impediment in negotiating such defence costs allocations between insurers and insureds. However, one important distinguishing feature in this case is that all of the allegations made against the insured were made with respect to his role as the company's attorney and the corporate secretary with no distinction between the two. Therefore, it is possible to distinguish this case from situations in which the allegations against the insured for breaches of duty are different, depending upon which particular duties he was carrying out at the time of the alleged breach. In cases where there is such a distinction a defence costs allocation may still be negotiated but perhaps with more difficulty.

257

III. *Leclerc v. Société de Transport de la Rive-Sud de Montréal*

The final decision of interest is the decision of *Leclerc v. Société de Transport de la Rive-Sud de Montréal*⁶. In this case, the Superior Court of Quebec dealt with the issue of the obligation to defend between primary and excess insurers. There is little known case law in this area in Quebec and thus this decision is of interest to insurers as well as their attorneys.

In this case Mr. Leclerc sought the permission of the Court, by way of Motion, to institute a class action suit against La Société de transport de la Rive-Sud de Montréal (hereinafter "STRSM"). STRSM requested that its liability insurers take up its defence with respect to this Motion and when the insurers

⁶ (1995-09-06), Longueuil 505-06-000001-953, J.E. 95-1922 (C.S.).

258

failed to do so, it took third party proceedings against its primary, excess and umbrella carriers, requesting that they defend in conformity with their respective statutory obligations. The excess and umbrella carriers presented a Motion to Dismiss the third party proceedings, arguing that the obligation to pay defence costs should be borne solely by the primary insurer. Both the excess and umbrella carriers' policies included clauses which stipulated that defence costs were to be borne by the primary carrier with certain exceptions which were not relevant in this case. Further, both the excess and umbrella carriers referred to a clause in the umbrella carrier's policy which prevented the insured from taking an action before the primary carrier's limits were exhausted, in support of their proposition that the defence should be tendered by the primary carrier only.

Mr. Justice Mercure began his analysis by reiterating that articles 2604 and 2605 of the Civil Code of Lower Canada are of public order. Further, the clause preventing the insured from taking an action until the primary carrier's limits were exhausted did not convince the Court that this necessarily meant that the primary carrier was solely responsible to defend.

Both insurers invoked the decision of *Allstate du Canada Compagnie d'assurance v. Assurance Royale du Canada*⁷. In this case, Mr. Justice Martin of the Superior Court held that the provisions with respect to liability insurance in the Civil Code of Lower Canada are of little assistance in determining the duty to defend as between a primary and excess carriers. In this case, the excess carrier specifically excluded the obligation to investigate and defend the claim in its policy wording. The Court held that the excess carrier set out the limits of its obligation to pay defence costs and that if the primary carrier was unhappy with this position it should have objected, since it did not it was obliged to live with the consequences. Therefore, in the context of a Motion for Declaratory Judgment between the primary and excess carrier with respect to defence costs, the Court held that

⁷[1994] RJQ 2045.

the primary carrier was obliged to pay the entire amount of the defence costs.

With respect for the above-mentioned decision, Mr. Justice Mercure stated that he was not convinced that this necessarily meant that any third party proceedings against an excess and umbrella carrier should be dismissed. He also noted that the *Allstate* case is presently under appeal and the issue of how defence costs should be dealt with as between primary and excess insurers is far from being resolved. He then stated that it would be prudent to allow the parties to proceed to trial and permit the trial judge to hear the third party proceedings on their merits. This would allow the judge to make a determination, after having heard each party's evidence, as to whether or not there is an obligation to defend on the part of the excess and umbrella carriers.

259

This decision introduces uncertainty that had not previously existed, since it has always been presumed that the duty to defend rested upon the shoulders of the primary carrier who had the opportunity to set the premium accordingly. However, this presumption has never been tested in Quebec. The excess and umbrella carriers set their respective premiums on the basis that defence costs are not covered. Thus, imposing such an obligation will have a significant impact on the cost of purchasing such coverage which could make it unattainable for certain insureds. In our view, rather than reflecting the state of the law on this matter, this case might merely be about a simple procedural matter. In fact, this decision may simply reflect the reluctance of our Courts to dismiss such an action at the preliminary stage without allowing the insured to be fully heard on the merits of his case before the trial judge. Consequently, a wait and see approach should be adopted for the time being.

This decision, as well as the *Allstate* decision, should be closely monitored by excess and umbrella insurers who may well face a controversy on a matter which the insurance industry considered for practical purposes to be settled for some years.

Étendue du devoir de loyauté de l'agent en l'absence de clause restrictive

par

Geneviève Faribault*

After having briefly reviewed the main elements of the notion of disloyal competition, as applicable to insurance agents, Me Faribault defines the various criteria of the loyalty obligation that insurance intermediaries must respect when they leave an insurance company to join another.

261

The author also looks at who owns the clientele, the agent or the company? After answering this question, our collaborator explains the recourses available to an insurance company when a former agents begins to systematically replace its contracts. Lastly, the study provides a list of acts that can render questionable the good faith of the insurance company or market intermediary.



Introduction

Depuis plusieurs années, la conduite des intermédiaires de marché qui quittent une compagnie d'assurance pour aller exercer leurs fonctions auprès d'une autre compagnie d'assurance a souvent fait l'objet de critiques de la part de plusieurs intervenants ; nous pouvons facilement en nommer quelques-uns : l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes, l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec, des hauts dirigeants de

* Geneviève Faribault, Vice-directrice du contentieux, Compagnie d'assurance Standard Life.

plusieurs compagnies d'assurances, etc. Selon nous, ces critiques sont fréquemment justifiées.

262 Dans le présent texte, nous limitons notre étude à la conduite des intermédiaires qui agissent à titre d'agents. Nous n'avons aucunement l'intention de nous attarder à la conduite des intermédiaires qui agissent à titre de courtiers. De plus, nous limitons notre étude aux intermédiaires qui ont signé un contrat ne contenant pas de clause de non-concurrence ; par analogie, les principes décrits dans le présent document s'appliquent également dans les cas où l'intermédiaire n'a signé aucun contrat avec la compagnie d'assurance.

Pour ce faire, nous étudions d'abord les notions ayant trait à la concurrence et, par le fait même, celles qui ont trait à la concurrence déloyale. Puis, nous énumérons les différents critères de l'obligation de loyauté que l'intermédiaire de marché doit respecter lorsqu'il quitte une compagnie d'assurance pour aller exercer ses fonctions auprès d'une autre compagnie. Ensuite, nous déterminons la propriété de la clientèle ; en effet, à qui appartient la clientèle ? Celle-ci est-elle la propriété de l'intermédiaire de marché ou est-elle la propriété de la compagnie d'assurance ?

Après avoir répondu à cette question fondamentale, nous expliquons les différents recours dont dispose une compagnie d'assurance lorsqu'un de ses ex-intermédiaires s'emploie à remplacer systématiquement ses contrats. Enfin, nous terminons cette étude en donnant une liste des gestes qui font douter de la bonne foi d'une compagnie d'assurance ou de celle d'un intermédiaire de marché.

Section I - La concurrence

En soi, la concurrence est légale. Elle cesse d'être légale lorsque des moyens illicites sont utilisés. Bien plus, la concurrence est légale même si elle cause du tort à autrui. En effet, « on a le droit de conduire le restaurateur ou l'épicier voisin à la faillite, pourvu que, ce faisant, on emploie des

moyens licites et corrects¹. » Dans son *Traité de droit commercial*, A. Perrault reconnaît le principe de la libre concurrence.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne permet de causer préjudice à autrui en le concurrençant qu'à condition que la concurrence ne soit ni illicite ni déloyale. Licite en principe, la concurrence cesse donc de l'être quand elle comporte des tromperies ou des fraudes².

Les commentaires de A. Nadeau dans son *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*³ vont dans le même sens. En effet, la concurrence déloyale est définie de la façon suivante :

263

La concurrence cesse d'être licite dès qu'elle comporte la tromperie ou la fraude, dès qu'elle cesse d'être loyale et honnête. Elle est encore plus manifestement défendue, si elle contrevient à un texte exprès de la loi⁴.

et aux pages 221, 222 :

On peut dire, d'une manière générale, que la concurrence est déloyale si elle est contraire aux « usages honnêtes » de l'industrie ou du commerce. C'est qu'elle dépasse alors les limites de l'équité. Nos tribunaux exigent un élément de mauvaise foi ou du moins une intention de nuire pour qu'il y ait concurrence déloyale.

[...]

La concurrence déloyale peut donc revêtir bien des formes. Elle pourra désigner la substitution de produits (passing off), la contrefaçon, le recours à des manœuvres dolosives pour créer des difficultés à un concurrent, comme de

¹ *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada* [1992] R.S.Q. 2685 (C.A.).

² Antonio Perrault. *Traité de droit commercial*. Tome 1. Montréal : Albert Lévesque, 1936. P. 449.

³ André Nadeau avec la collaboration de Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1971.

⁴ *Id.*, 219.

détourner son personnel ou l'usage d'une publicité gravement mensongère, comme l'annonce en vente à de très bas prix d'autos d'une marque identique à celle de concurrents quand on n'en a pas à vendre, le détournement de secrets et, enfin, l'usurpation d'enseigne⁵.

Cette définition comporte plusieurs éléments intéressants pour l'industrie des assurances. Nous nous attardons sur certains de ces éléments.

264 1.1 La concurrence est défendue si elle contrevient à un texte exprès de la loi

Les intermédiaires de marché en assurance de personnes sont assujettis à plusieurs lois et à plusieurs règlements, notamment, la *Loi sur les intermédiaires de marché*⁶, la *Loi sur les assurances*⁷, le *Règlement du Conseil des assurances de personnes sur les intermédiaires de marché en assurance de personnes*⁸, etc.

En prenant connaissance des articles 107 et suivants du *Règlement du Conseil des assurances de personnes sur les intermédiaires de marché en assurance de personnes*, nous constatons que le législateur a pris les mesures pour favoriser le maintien en vigueur de tout contrat souscrit auprès d'une compagnie d'assurance. En fait, le remplacement d'un contrat n'est permis que s'il est favorable à l'assuré. Par conséquent, si un intermédiaire de marché ne respecte pas les dispositions de ce règlement lors d'un remplacement de contrat, il pourra plus facilement être poursuivi pour concurrence déloyale.

⁵ Id., 221 et 222.

⁶ L.R.Q., c. I-15.1.

⁷ L.R.Q., c. A-32.

⁸ Décret 1014-91, G.O. 7 août 1991 et modifié par le Décret 208-94, G.O. 9 février 1994.

1.2 En général, les tribunaux exigent un élément de mauvaise foi ou du moins une intention de nuire pour qu'il y ait concurrence déloyale

Une compagnie d'assurance met à pied un intermédiaire de marché parce que sa production ne satisfait plus aux exigences minimales fixées par la compagnie. Dans le but de se venger de cette dernière, l'intermédiaire de marché entreprend de remplacer systématiquement les contrats de cette compagnie d'assurance. Il profite de rencontres avec les assurés pour dénigrer la compagnie d'assurance. Devant ces faits, un tribunal sera sans doute porté à conclure qu'il s'agit là de concurrence déloyale. De plus, il est bon de rappeler que cette conduite va à l'encontre de l'article 156 du *Règlement du Conseil des assurances de personnes sur les intermédiaires de marché en assurance de personnes*⁹; cet article se lit comme suit :

265

Art. 156. Un intermédiaire de marché en assurance de personnes doit s'abstenir, sans motif valable, de suggérer ou d'amener le public à perdre confiance en un autre intermédiaire de marché, un assureur ou dans l'un de ses produits.

1.3 La concurrence déloyale peut revêtir bien des formes

On peut faire de la concurrence déloyale de plusieurs façons. A. Nadeau mentionne en premier lieu : la substitution de produits. C'est souvent la façon privilégiée par les intermédiaires en assurance de personnes. Une seconde façon mentionnée par A. Nadeau consiste en des manoeuvres dolosives pour créer des difficultés à un client. Exemple : un intermédiaire de marché quitte une compagnie d'assurance. Il essaie de remplacer les contrats de cette dernière. Son succès est mitigé, car la compagnie d'assurance met tout en oeuvre pour conserver ses contrats. Devant son manque de succès, l'intermédiaire de marché communique avec les intermédiaires de marché qui sont demeurés au service de la compagnie d'assurance ; il les menace

⁹ *Ibid.*

d'une campagne dirigée contre leur propre clientèle s'ils continuent leurs efforts de conservation. Une menace de ce genre est inacceptable et serait sans doute considérée comme une manœuvre dolosive par un tribunal. Enfin, une dernière forme mentionnée par A. Nadeau serait le détournement de secrets. Dans le monde de l'assurance, il pourrait s'agir du détournement de renseignements personnels sur les clients de la compagnie d'assurance.

266

En conclusion, l'intermédiaire de marché qui quitte une compagnie d'assurance pour aller exercer ses fonctions ailleurs peut concurrencer ladite compagnie d'assurance. Pour ce faire il devra cependant avoir recours à des moyens licites. Nous rappelons au lecteur que ces règles s'appliquent à l'intermédiaire qui a signé un contrat ne contenant pas une clause de non-concurrence ou à celui qui n'a pas signé de contrat.

Section 2 - Obligation de loyauté

Le Code civil du Québec, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, a reconnu l'obligation de loyauté dans les relations de travail. L'article 2088 se lit comme suit :

Art. 2088. Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.

Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui.

Une compagnie d'assurance peut avoir recours à cet article lorsqu'un intermédiaire quitte son service ; rappelons que cet article s'applique dans les cas où l'intermédiaire n'a pas signé de contrat ou, s'il en a signé un, ce dernier ne contient pas de clause de non-concurrence. Cet article « confère dorénavant une assise législative à la protection de l'information à caractère confidentiel en prohibant au salarié d'en faire usage et en

précisant que cette obligation survit pendant un délai raisonnable après la cessation du contrat¹⁰. » De toute façon, cette obligation de loyauté avait déjà été reconnue par nos tribunaux bien avant l'adoption du nouveau Code civil.

Dans certains cas, les tribunaux ont reconnu que les ex-employés d'une entreprise ne pouvaient quitter leur emploi en emportant avec eux la liste des clients ou une liste de clients potentiels¹¹. Dans une autre affaire¹², la cour a ordonné à des employés de remettre à leur ancien employeur les fiches des clients, les disquettes et les dossiers des clients que les employés avaient emportés avec eux lors de leur départ.

267

En vertu du second paragraphe de l'article 2088 du Code civil du Québec, l'ex-employé est tenu d'agir avec loyauté pendant un délai raisonnable après la fin du contrat. L'étendue de cette obligation pourra sans doute varier en fonction du poste occupé par l'ex-employé lors de son départ. Le délai raisonnable pourra également varier en fonction des circonstances. Il est permis de croire que les tribunaux auront tendance à être plus indulgents envers de simples exécutants ; par contre, ils auront tendance à être plus sévères avec les personnes qui occupent des postes élevés au sein d'une entreprise. Ainsi s'exprimait la Cour d'appel dans la cause *La Mutuelle c. l'Excelsior*¹³.

La difficulté de fixer l'étendue et les effets de l'obligation de loyauté se remarque dans les applications jurisprudentielles qui ont été faites. Essentiellement, celles-ci ont visé non pas de simples exécutants, mais des administrateurs, des cadres supérieurs de compagnies ou des personnes exécutant des fonctions impliquant un niveau de responsabilité supérieur ou l'accès à des informations

¹⁰ Georges Audet, Robert Bonhomme et Clément Gascon, *Le congédiement en droit québécois*, 3^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 11-5.

¹¹ *Arcon Canada Inc. c. Arcobec Aluminium Inc. et al.*, [1989] C.S. 1027 et *P. Brunet Assurances Inc. c. Mancuso*, C.S., Mtl, n° 500-05-008530-873, 17 février 1988.

¹² *Voyages Tournesol Inc. c. Poirier et al.*, C.S. Chicoutimi n° 150-05-0000251-944, 10 juin 1994.

¹³ *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie* [1992] R.J.Q. 2666 à 2701 (C.S.).

268

commerciales, techniques ou scientifiques particulièrement importantes. Cette obligation semble reposer soit sur la possession d'informations confidentielles d'importance critique, soit sur la détention d'une responsabilité réelle dans la gestion d'une entreprise. L'obligation de loyauté paraît viser des employés qui disposent d'un pouvoir d'initiative ou assument des responsabilités éloignées du rôle d'obéissance dévolu à de simples préposés [...] On a parlé souvent de « personnes qualifiées », de « cheville ouvrière » d'une entreprise ou d'« employés clés » [...] Dans *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc.*, il s'agissait du gérant régional d'une institution financière importante et de plusieurs chefs de division. Dans d'autres cas, lorsqu'on utilisait le terme « employés clés », les personnes visées détenaient des informations techniques particulièrement importantes [...]

L'existence et l'étendue du devoir de loyauté ainsi que sa survie, dépendent du contenu réel de la fonction exercée [...] ¹⁴

Selon La Mutuelle, l'obligation de loyauté ne vise pas uniquement les personnes qui au sein d'une entreprise ont un pouvoir réel, mais également les personnes qui, dans le cadre de leur travail, reçoivent des commissions importantes. En première instance, le juge Martin¹⁵ a certainement retenu ce critère. Par contre, la Cour d'appel, sans rejeter totalement cet argument, en a certes diminué l'importance.

Si l'on retient le contenu réel de cette jurisprudence, la simple réception de commissions, même importantes, qui ont apparemment indigné le premier juge et orienté sa décision sur le devoir de loyauté ne saurait fonder à elle

¹⁴ *Id.*, 2683 et 2684.

¹⁵ *La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie c. L'Excelsior, compagnie d'assurance vie et autres* [1988] R.J.Q. 1881 (C.S.).

seule l'existence d'un devoir de loyauté après la rupture d'un mandat¹⁶.

Cette obligation de loyauté ne doit cependant pas empêcher une personne de gagner sa vie :

[...] Cependant, tout en reconnaissant à l'employeur cette protection contre la concurrence déloyale et l'appropriation illégale d'information de nature confidentielle qui est la propriété de l'employeur, les tribunaux ont cependant reconnu, de façon corollaire, le droit de l'ancien employé de concurrencer son ancien employeur et d'utiliser ses connaissances « subjectives », soit ses aptitudes, ses connaissances, ses habiletés manuelles ou intellectuelles et sa dextérité dans la poursuite d'une activité à la suite de la cessation de son emploi¹⁷.

269

Les commentaires du juge Biron vont dans le même sens :

1. La société, tout autant que l'individu lui-même, a intérêt à ce qu'un homme puisse exercer son métier librement ;

[...]

3. Un homme peut difficilement chasser de son esprit l'expérience acquise au service d'un employeur, et il n'enfreint aucune obligation implicite en utilisant au service d'un autre employeur, les connaissances générales qu'il a acquises relativement à l'organisation et aux méthodes de commerce de son ancien employeur ;

Il n'y a rien d'illégal à ce qu'un homme prenne moins de temps qu'il n'en aurait pris autrement pour faire un produit semblable mais différent de celui qu'il faisait chez son employeur à cause de l'expérience acquise chez ce dernier [...];

¹⁶ *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie* [1992] R.J.Q. 2684 (C.A.).

¹⁷ Georges Audet, Robert Bonhomme et Clément Gascon, *Le congédiement en droit québécois*, 3^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 11-5.

4. Un employé qui n'a pas signé de clause de non-concurrence ne saurait avoir les mêmes obligations que s'il l'avait fait ; sa liberté ne saurait être plus restreinte que s'il l'avait fait et elle l'est généralement moins¹⁸.

L'obligation de loyauté de l'intermédiaire qui quitte une compagnie d'assurance pour aller offrir ses services à une autre compagnie d'assurance peut se résumer de la façon suivante :

270

- (i) Depuis le 1^{er} janvier 1994, l'obligation de loyauté découle de l'article 2088 du Code civil du Québec.
- (ii) Le fait d'avoir reçu dans le passé des commissions élevées ne semble pas être un critère de première importance pour évaluer l'obligation de loyauté.
- (iii) Enfin, l'obligation de loyauté ne peut en aucun cas avoir une portée plus grande qu'une clause de non-concurrence incluse dans un contrat.

Section 3 - Le statut du client

3.1 À qui appartient la clientèle ?

À plusieurs reprises, les tribunaux ont eu à répondre à la question suivante : À QUI APPARTIENT LA CLIENTÈLE ?

Il va sans dire que les parties impliquées dans ce genre de litige ont chacune élaboré une série d'arguments favorisant leur position respective. Pour répondre à cette question, il serait intéressant de répartir la clientèle en trois groupes différents :

- (i) En premier lieu, il y a la clientèle que l'intermédiaire de marché développe au cours des années en faisant appel aux membres de sa famille, à ses amis ainsi qu'à ses différentes relations.
- (ii) Puis il y a les clients qui font partie d'une liste remise par la compagnie d'assurance. L'intermédiaire doit servir cette clientèle. Dans le langage de l'assurance, cela signifie que

¹⁸ *Positron Inc. c. Desroches et al.*, [1988] R.J.Q. 1652 (C.S.).

l'intermédiaire doit aider les clients de ce groupe à effectuer correctement certaines transactions (exemple : changements de bénéficiaires, demandes d'avances de fonds, rachats de contrats, etc.).

- (iii) Enfin, un troisième groupe dont les membres sont identifiés par l'intermédiaire à l'aide d'une liste quelconque (exemple : un intermédiaire se procure l'annuaire juridique du Québec et communique avec chacun des avocats dont le nom figure dans cet annuaire. À la suite d'un appel téléphonique, l'intermédiaire convainc un avocat de souscrire un contrat d'assurance. Il serait intéressant de se demander quels sont les motifs qui ont poussé cet avocat à souscrire un contrat ; est-ce la chaleureuse personnalité de l'intermédiaire ou plutôt l'excellente réputation de la compagnie d'assurance ?)

271

À première vue, il nous semble possible d'arriver à des réponses différentes lorsque nous essayons de déterminer à qui appartient la clientèle de chacun des trois groupes précédemment mentionnés, cependant, les tribunaux ne semblent pas avoir fait ce genre de distinctions. En fait, les tribunaux ont confirmé un principe élaboré en 1925¹⁹. En effet, la Cour d'appel écrit :

Dans notre système économique, la clientèle demeure libre de ses choix. Elle décide où elle se portera. Toute entreprise assume les risques de ses mouvements. Demeurent toujours pertinents ces commentaires du juge en chef Lafontaine [...] selon qui la clientèle appartient, en définitive, à elle-même : le client n'appartient qu'à lui-même. Il est susceptible de compétition de la part de qui que ce soit²⁰.

La clientèle n'est donc propriété de personne ; elle n'appartient ni à la compagnie d'assurance qui a contracté avec l'assuré ni à l'intermédiaire qui a fait la sollicitation. Le juge

¹⁹ *La Moderne, cie d'assurance c. Vanchestein* [1925] 39 B.R. 294.

²⁰ *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie* [1992] R.J.Q. 2684 (C.A.).

Martin, dans la cause *La Mutuelle c. l'Excelsior*²¹, va même plus loin. Il reconnaît à l'intermédiaire de marché le droit de conserver les liens avec les assurés de la compagnie d'assurance. À cet effet, il écrit :

The agents therefore in my view have the right, upon leaving Plaintiff's service to conserve their ties with the clientele which they have developed, to meet with these clients for the purpose of reviewing their respective insurance portfolios and making whatever recommendations which, in their professional judgment they deem it appropriate to make in the best interests of the clients²².

272

3.2 À qui appartiennent les informations colligées sur la clientèle?

Ayant répondu à la question À QUI APPARTIENT LA CLIENTÈLE ?, il serait intéressant de se demander également : À QUI APPARTIENNENT LES INFORMATIONS COLLIGÉES SUR LA CLIENTÈLE ? Dans le cadre de leur travail, les intermédiaires de marché réunissent une foule d'informations sur les personnes assurées auprès de la compagnie d'assurance ou sur les personnes qui deviennent assurées auprès de celle-ci. Dans la célèbre affaire de *La Mutuelle c. l'Excelsior*²³, La Mutuelle a plaidé que ces informations lui appartenaient. Le juge Martin s'oppose à cette façon de voir les choses. Selon lui, à l'instar de la clientèle, les informations colligées sur la clientèle n'appartiennent à personne. À cet effet, il écrit :

In the course of their employment, the various agents developed in relation to their clients information which Plaintiff claims became its property. According to M^c

²¹ *La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie c. L'Excelsior, compagnie d'assurance vie et autres* [1988] R.J.Q. 1881 (C.S.).

²² *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie* [1992] R.J.Q. 1882 (C.S.).

²³ *La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie c. L'Excelsior, compagnie d'assurance vie et autres* [1988] R.J.Q. 1881 (C.S.).

Leroux, the agents are foreclosed from using such information in competition against Plaintiff. I cannot accept that proposition. It first of all ignores the fact that the agents' first duty is toward the policyholder with whom he has been encouraged to develop a relationship based on trust and confidence. In that context, such information whether contained in registers, card indexes, files or data retrieval systems and which the agents have worked-up over the years and have in their possession, is not the exclusive property of Plaintiff anymore than it is the exclusive property of the agent[...] Just as the clientele is not the property of the agent, neither is this information²⁴.

273

Il est à remarquer que, en vertu du *Règlement du Conseil des assurances de personnes sur les intermédiaires de marché en assurance de personnes*²⁵, un intermédiaire de marché doit garder et tenir à jour un registre des clients²⁶. Ce registre contient des informations sur chaque client ; exemple : les noms et prénoms du client, la date de naissance du client, la nature du produit vendu au client, etc. En vertu de l'article 79 du *Règlement*, un intermédiaire de marché en assurance de personnes doit conserver, à l'égard de chaque client, les informations contenues au registre qui le concernent, pendant au moins 5 ans à compter de la date d'expiration du dernier contrat. Dans ce contexte, nous croyons que le registre appartient sans doute à l'intermédiaire. Par contre, lorsqu'un intermédiaire de marché en assurance de personnes exerce ses activités pour le compte d'un assureur, le registre des clients peut être tenu par la compagnie d'assurance²⁷. Dans un tel cas, nous croyons qu'il est facile de conclure que le registre appartient à la compagnie d'assurance. Il arrive fréquemment qu'un contrat intervenu entre un intermédiaire et une compagnie d'assurance prévoit que, lors

²⁴ *Id.*, 1880.

²⁵ Décret 1014-91, G.O. 7 août 1991 et modifié par le Décret 208-94, G.O. 9 février 1994.

²⁶ *Id.*, art. 76.

²⁷ *Id.*, art. 80.

de son départ, l'intermédiaire doit remettre le registre à la compagnie d'assurance.

Section 4 - Les recours de la compagnie d'assurance

274 Lorsqu'un ex-intermédiaire de marché se met à remplacer systématiquement les contrats d'une compagnie d'assurance, celle-ci dispose de deux moyens pour protéger ses intérêts, à savoir l'action en dommages-intérêts et l'injonction. Nous allons de façon succincte décrire l'action en dommages-intérêts. Puis, nous allons nous attaquer à l'injonction. Dans ce dernier cas, nous croyons nécessaire de donner des explications plus élaborées, car nous avons noté que les personnes qui n'ont pas de notions juridiques éprouvent certaines difficultés à saisir les différents éléments d'une injonction.

4.1 L'action en dommages-intérêts

L'action en dommages-intérêts a pour but d'obtenir une somme d'argent pour réparer le préjudice subi par la victime d'une faute contractuelle ou délictuelle.

En principe, les dommages-intérêts doivent permettre la réparation intégrale du préjudice. Le fardeau de la preuve repose sur les épaules de la victime. Exemple : une compagnie d'assurance poursuit un de ses ex-intermédiaires de marché parce que celui-ci remplace systématiquement les contrats d'assurance de cette dernière. Dans une action en dommages-intérêts, la compagnie devra prouver :

- que l'ex-intermédiaire a commis une faute ;
- que la compagnie d'assurance a subi un dommage ; et
- qu'il y a un lien de causalité entre la faute commise par l'ex-intermédiaire et le dommage subi par la compagnie d'assurance.

4.2 L'Injonction

L'injonction est une décision du tribunal enjoignant à une personne de ne pas faire ou de cesser de faire un acte susceptible de causer un dommage à un tiers. Une injonction est interlocutoire dans les cas où la décision du tribunal est exécutoire immédiatement, sans qu'il ne soit nécessaire d'attendre le jugement final. S'il y a urgence, un juge peut accorder une injonction avant même que la requête n'ait été signifiée à la partie adverse. Dans ce cas, l'injonction ne sera valable que pour dix jours ; elle pourra cependant être renouvelée de dix jours en dix jours. On parle alors d'injonction provisoire.

275

L'injonction interlocutoire est une mesure exceptionnelle. Avant de l'accorder, un tribunal s'assurera :

- qu'il y a apparence de droit ;
- que si l'injonction n'est pas accordée, la personne subira un préjudice sérieux ou irréparable ; et
- d'étudier la balance des inconvénients pour chacune des parties au litige.

4.2.1 Apparence de droit

Lorsqu'une personne demande à un tribunal de lui accorder une injonction, elle doit démontrer au tribunal qu'elle a droit au remède recherché. Pour ce faire, elle présente des éléments de preuve qui doivent permettre au tribunal de conclure qu'à sa face même, il y a apparence de droit. Dans l'affaire *Standard Life c. Rouleau*²⁸, le juge a conclu qu'il y avait apparence de droit en faveur de la Standard Life en se fondant sur l'article 2088 du Code civil. Cet article se lit comme suit :

Art. 2088. Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et

²⁸ [1995] R.J.Q. 1407-1418.

ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.

Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui.

Le juge en est arrivé à cette conclusion malgré les faits suivants :

276

- (i) Le contrat intervenu entre la Standard Life et Rouleau est verbal ;
- (ii) La relation qui existe entre la Standard Life et Rouleau est précaire et facilement résiliable ;
- (iii) Le contrat ne contient aucune clause de non-concurrence ;
- (iv) Rouleau n'avait aucune responsabilité à l'égard de la gestion des affaires de la Standard Life ;
- (v) Rouleau est un simple exécutant chargé de développer la clientèle ;
- (vi) Le régime économique qui prévaut dans le domaine de l'assurance repose sur la liberté de concurrence.

La Standard Life a donc démontré une apparence de droit en se fondant sur certains articles du *Code civil*, notamment l'article 2088, et sur le *Règlement du Conseil des assurances de personnes sur les intermédiaires de marché en assurance de personnes*.

4.2.2 Préjudice sérieux ou irréparable

Le tribunal doit maintenant déterminer s'il est nécessaire d'accorder une injonction afin d'empêcher qu'un préjudice sérieux ou irréparable ne soit causé à la Standard Life ; le tribunal doit également se demander si le refus d'accorder une injonction ne va pas créer un état de fait ou de droit qui aura pour conséquence de rendre le jugement final inefficace.

La Standard Life a prouvé qu'elle avait subi un préjudice sérieux. En quelques semaines, Rénaud Rouleau a réussi à substituer au-delà de cent contrats. Dans le domaine de l'assurance, il est très difficile de récupérer les clients dont les contrats ont été remplacés par ceux de d'autres compagnies d'assurance. De plus,

[...] le préjudice subi n'est pas aisément quantifiable en argent. En cette matière, plusieurs éléments intangibles font en sorte qu'une réparation monétaire à l'issue d'une action en dommages-intérêts, n'offre pas nécessairement une compensation adéquate²⁹.

277

Dans cette cause, le tribunal a reconnu qu'il y avait apparence de droit et qu'un préjudice sérieux avait été subi. Ces deux points ayant été prouvés, il n'est pas nécessaire, selon le tribunal, d'aborder la question de la balance des inconvénients. Malgré cela, nous aimerions donner quelques explications sur la balance des inconvénients.

4.2.3 La balance des Inconvénients

Au Québec, on utilise cette expression qui est en fait une traduction littérale des mots « balance of convenience ». Il semblerait plus juste d'avoir recours à l'expression « évaluation comparative des inconvénients ». Lorsque un juge est saisi d'une demande d'injonction interlocutoire, il doit déterminer laquelle des deux parties au litige subira les inconvénients les plus sérieux, s'il accorde ou rejette la demande d'injonction. Il est bon de rappeler que dans le cas d'une injonction permanente, le juge n'a pas à tenir compte de l'évaluation comparative des inconvénients.

Section 5 - La bonne foi des parties

Nous avons vu dans ce travail qu'en l'absence de clauses de non-concurrence, la liberté de commerce et la libre concurrence prévalent sous réserve de limites résultant de la

²⁹ *Id.*, 1416.

bonne foi et du devoir de loyauté. Le seul fait pour l'intermédiaire de quitter une compagnie d'assurance pour aller oeuvrer auprès d'une autre compagnie ne constitue pas de la concurrence déloyale à la condition toutefois que l'intermédiaire ne pose pas d'actes contraires à la bonne foi. Dans cette section, nous allons donner des exemples concrets de ce qui équivaut, selon nous, à des tactiques déloyales.

5.1 La bonne foi des Intermédiaires

278

Selon nous, on peut facilement douter de la bonne foi des intermédiaires dans les cas suivants :

- (i) Un intermédiaire de marché décide de quitter la compagnie d'assurance avec laquelle il fait affaires. Avant de donner son avis de départ à la compagnie, l'intermédiaire commence à offrir à sa clientèle des contrats de la nouvelle compagnie d'assurance ou, pis encore, il commence à remplacer les contrats souscrits auprès de sa compagnie par des contrats souscrits auprès de la nouvelle compagnie.
- (ii) Après son départ, un intermédiaire de marché communique avec ses anciens clients et remplace systématiquement les contrats qu'il leur avait fait souscrire dans le passé.
- (iii) L'intermédiaire de marché qui, avant son départ, s'approprie des informations et documents confidentiels qui appartiennent à la compagnie d'assurance.
- (iv) L'ex-intermédiaire communique avec certains de ses anciens clients et exerce une pression sur eux pour effectuer des substitutions de contrats.
- (v) L'ex-intermédiaire menace les intermédiaires de l'ancienne compagnie d'assurance de diriger une campagne contre leur propre clientèle s'ils continuent leurs efforts de conservation.
- (vi) Le fait de ne pas respecter les dispositions des articles 108 et suivants du *Règlement du Conseil des assurances de personnes sur les intermédiaires de marché en assurances*

*de personnes*³⁰ pourra démontrer la mauvaise foi de l'intermédiaire.

- Lors de la souscription d'un contrat dit de remplacement, l'intermédiaire ne remet pas l'état comparatif qui indique au client les désavantages de remplacer son contrat.
- Lors de la souscription d'un contrat, l'ex-intermédiaire complète l'état comparatif, mais ne donne pas dans l'état toute l'information pertinente. Exemple : la fluctuation possible des primes d'assurance constitue un inconvénient et devrait être mentionnée dans l'état comparatif.

279

Cela n'est pas une liste exhaustive, mais elle représente un résumé des actes qui seraient susceptibles de démontrer que l'ex-intermédiaire n'a pas agi de bonne foi.

5.2 La bonne foi des compagnies d'assurance

D'un autre côté, à l'instar des intermédiaires, les compagnies d'assurance peuvent également avoir une attitude qui pourra faire l'objet de critiques de la part des tribunaux. Pour plus de clarté, nos premiers exemples ont trait à l'ancien assureur alors que les derniers concernent le nouvel assureur.

- (i) Une compagnie d'assurance encourage ses intermédiaires à développer une relation d'amitié avec leurs clients afin de cultiver la relation d'affaires. Après le départ d'un intermédiaire, la compagnie d'assurance peut difficilement se plaindre que ce dernier continue d'avoir des rapports avec ses clients.
- (ii) Une compagnie d'assurance offre des produits très conservateurs ; elle refuse systématiquement de s'adapter aux besoins du marché.
- (iii) De hauts dirigeants de la nouvelle compagnie d'assurance sont mis au courant du fait que des intermédiaires au service de leur compagnie procèdent à des substitutions

³⁰ Décret 1014-91, G.O. 7 août 1991 et modifié par le Décret 208-94, G.O. 9 février 1994.

systematiques de contrats et ils refusent d'intervenir pour corriger la situation.

- (iv) La nouvelle compagnie encourage ses nouveaux agents à remplacer systématiquement des contrats et ce, sans y apporter tout le soin requis.
- (v) Le nouvel assureur néglige d'enseigner à ses intermédiaires les principes ayant trait au remplacement de contrats.

280

Conclusion

En l'absence de clause de non-concurrence, l'ex-intermédiaire a, après son départ, certaines obligations envers la compagnie d'assurance. L'ex-intermédiaire peut concurrencer son ancienne compagnie d'assurance à la condition qu'il le fasse correctement.

Selon nous, le problème du remplacement systématique des contrats après le départ d'un intermédiaire est un véritable fléau pour l'industrie. Nous avons remarqué que les compagnies d'assurance tolèrent de moins en moins ce genre d'attitude de la part de leurs ex-intermédiaires. Dorénavant, elles n'hésitent plus à poursuivre leurs ex-intermédiaires. Elles sont prêtes à s'engager dans de longs procès³¹ qui génèrent une tonne de paperasse³². Il va sans dire que ces procès monopolisent des heures de travail de la part de certains gestionnaires de la compagnie d'assurance. En plus, les honoraires des avocats pour ce genre de procès sont extrêmement élevés. Enfin, les compagnies d'assurance qui décident de s'attaquer à leurs ex-intermédiaires le font à plusieurs niveaux. Elles prennent contre eux non seulement une injonction et une action en dommages, mais elles portent également plainte devant l'Association des intermédiaires de marché en assurance de personnes.

Toutes ces poursuites auront pour effet d'accaparer de nombreuses heures de travail de l'intermédiaire. De plus,

³¹ *La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie c. L'Excelsior, compagnie d'assurance vie et autres* [1988] R.J.Q. 1881 (C.S.).

³² *Ibid.*

l'intermédiaire devra acquitter les honoraires de son avocat. Enfin, il pourra être condamné à verser des sommes importantes pour dédommager son ex-compagnie d'assurance pour les pertes subies. Citons, à titre d'exemple, que plusieurs intermédiaires impliqués dans la cause *L'Excelsior c. La Mutuelle*³³ ont fait faillite avant que le jugement ne soit rendu. Cela peut facilement devenir un cauchemar, et c'est pourquoi nous croyons que le jeu n'en vaut pas la chandelle.

³³ *Ibid.*

Les clauses restrictives d'un contrat d'agent*

par

Bernard Amyot**

Insurance companies often impose contractual limits in agency contracts on the right to non-competition following the expiry of a contract. These include non-competition, non-solicitation and penalty clauses. In his article, the author examines the rules of proof and validity applicable to such restrictive clauses in an employment contract as well as the recourse available to a company if restrictive clauses are found reasonable.

283



Cette présentation s'inscrit en marge de l'étude du devoir de loyauté de l'agent émanant des règles générales de notre droit s'appliquant en l'absence de clauses contractuelles spécifiques sur la question. La présente étude doit nécessairement avoir comme toile de fond les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec (C.c.Q.)* qui réitèrent le principe fondamental faisant en sorte que la bonne foi doive en tout temps gouverner les relations entre les diverses parties à un contrat (articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.).

Contrat d'agent / Contrat d'adhésion

L'article 1319 C.c.Q. entré en vigueur le 1er janvier 1994 formalise dans notre droit civil le concept de « contrat d'adhésion » :

* Extraits remaniés d'une conférence présentée le 1er février 1996 à Montréal dans le cadre d'un colloque organisé par les Éditions Yvon Blais Inc. et Lafleur Brown en collaboration avec l'Association des Intermédiaires en Assurance de Personnes du Québec intitulé : « Les Intermédiaires de Marché en Assurance de Personnes : Un Monde Dynamique qu'il faut bien connaître pour y réussir. »

** Avocat, Lafleur Brown.

Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

284

À la lumière d'une telle définition, la plupart des contrats d'agent en vigueur pourraient, à un titre ou à un autre, être considérés comme des contrats d'adhésion.¹L'impact premier d'un tel constat est que le contrat d'agent se verra dès lors interprété de façon restrictive et qu'en présence d'une « clause abusive », le tribunal pourra sanctionner cette dernière en l'annulant ou en en réduisant la portée (art. 1437 *C.c.Q.*).

De plus, les règles générales d'interprétation du contrat viendront également en aide aux agents qui pourront notamment invoquer l'article 1432 *C.c.Q.* qui réitère un principe consacré de notre droit :

Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.

Les clauses restrictives

Introduction

Dans l'ordre logique des choses, un tribunal appelé à décider du recours d'un assureur-vie contre un ancien agent au titre de la concurrence déloyale s'attardera dans un premier lieu à déterminer la validité d'une clause restrictive expresse se retrouvant dans un contrat d'agent avant même d'examiner l'étendue du devoir général de loyauté prescrit par le *Code civil du Québec*.

¹Voir *Rimer c. London Life*, C.S. Mtl., Juge André Rochon, 28 juin 1995, J.E. 95-1583, notamment aux pages 23 et 30.

En effet, ce n'est que si l'agent réussit à convaincre le tribunal que la clause visant à restreindre son pouvoir de concurrencer son ancien employeur ou de solliciter les clients qu'il desservait auparavant est nulle et non-applicable qu'il sera alors assujéti à ce devoir plus général de loyauté.

Types de clauses

Les clauses restrictives qui font l'objet de cette présentation se classent parmi les trois catégories suivantes :

(i) Les clauses de non-concurrence

Ces clauses font en sorte de restreindre la capacité d'un individu pendant une période donnée, dans un territoire déterminé, d'exercer certaines activités qui viennent en concurrence avec son ancien employeur.

(ii) Les clauses de non-sollicitation

De telles clauses sont moins larges dans leur portée que les clauses de non-concurrence en ce qu'elles n'apportent aucune entrave à l'agent de faire affaire dans le même domaine mais limitent plutôt le droit de l'agent d'avoir accès aux clients de son ancien employeur ou encore qu'il desservait alors qu'il était au service de son ancien employeur.

(iii) Les clauses pénales

De telles clauses constituent en fait une façon de sanctionner l'inexécution de l'une quelconque des obligations mentionnées plus haut. Elles prédéterminent, dans un contexte où la preuve est faite d'une contravention de la part de l'agent à ses obligations contractuelles, le montant qu'il devra déboursier, soit à titre de pénalité ou encore à titre de « dommages liquidés ».

Interprétation

Les principes généraux prévalant en la matière sont relativement simples et se dégagent principalement d'une

jurisprudence abondante développée au fil des ans par les tribunaux canadiens. Ces principes ont d'ailleurs à maints égards fait l'objet d'une codification dans le *Code civil du Québec*.

286 Avant de s'y arrêter, il est important de se rappeler que les tribunaux appelés à interpréter de telles clauses doivent faire le contrepois entre le droit inhérent de toute personne de gagner sa vie et les grands principes de la liberté contractuelle qui permettent à un employeur de protéger ses intérêts commerciaux et l'intégrité de son entreprise. Il va de soi que ces intérêts sont nécessairement opposés et que toute décision d'un tribunal viendra en quelque sorte effectuer un arbitrage en faveur de l'un ou de l'autre.

Dans ce contexte où l'on doit concilier les intérêts légitimes divergents des parties, les tribunaux se prémunissent en étudiant les circonstances spécifiques de chaque cas avant de rendre leur décision. Ainsi, bien que les principes généraux soient clairs, chaque situation sera considérée comme un cas unique devant s'apprécier selon les faits et le contexte particuliers de l'espèce.

Il va de soi qu'une clause restrictive se retrouvant dans un contrat de vente d'une entreprise sera plus aisément sanctionnée par un tribunal qu'une clause similaire se retrouvant dans un contrat individuel de travail. Ce réflexe est fort compréhensible dans la mesure où la personne qui achète une entreprise constituée principalement d'achalandage est en droit de s'attendre à ce que le vendeur ne la concurrence pas dès le lendemain dans l'espoir de lui reprendre la clientèle qu'il vient tout juste de lui vendre, souvent à fort prix.

Règle générale cependant, les tribunaux s'efforcent d'interpréter de telles clauses de façon étroite pour ne pas compromettre indûment la capacité d'un individu donné de subvenir à ses besoins. Les clauses restrictives que nous allons étudier se retrouvent principalement dans les contrats d'agents de carrière plutôt que dans des contrats de courtiers qui par essence transigent avec plusieurs assureurs à la fois. Cependant, de telles clauses pourront se retrouver dans des contrats conclus entre un courtier lui-même et ses divers sous-agents. Il va sans dire que

tous sont cependant astreints au devoir général de ne pas nuire à autrui comme ce serait le cas en remplaçant systématiquement des polices pour lesquelles ils ont déjà reçu pleine compensation, par celles d'un autre assureur avide de nouvelles affaires. Une telle obligation de loyauté postérieure au contrat ne saurait toutefois avoir une portée et une durée plus grande qu'une clause de non-concurrence².

Règles générales

Le fardeau de la preuve

287

Le *Code civil du Québec* a inversé la règle classique qui faisait en sorte qu'il appartenait à l'agent qui voulait faire déclarer une clause restrictive nulle de prouver son caractère déraisonnable. L'article 2089(3) *C.c.Q.* a inversé cette règle et impose maintenant à l'assureur-vie le fardeau de prouver que la stipulation restrictive est bel et bien valide.

Limites raisonnables

Généralement, le fait d'inclure des clauses restrictives dans un contrat d'emploi a toujours été reconnu comme une pratique acceptable dans notre société et non contraire à l'ordre public. Ceci étant, la Cour suprême du Canada a cependant édicté des règles strictes visant à temporiser l'application de ces clauses³. En effet, pour qu'une clause restrictive soit valide, il faudra qu'elle se retrouve à l'intérieur de divers paramètres jugés raisonnables.

Ces paramètres sont envisagés sous trois angles :

- (i) une limite temporelle raisonnable ;
- (ii) une portée territoriale raisonnable ;

²Voir notamment *Groupe financier Assbec Ltée c. Dion*, J.E. 95-181, 12 décembre 1994 (C.A.).

³*Cameron c. Canadian Factors Corporation* [1971] R.C.S. 148 ; *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.* [1978] 2 R.C.S. 916.

(iii) une limite raisonnable quant au domaine des activités touchées.

L'article 2089 *C.c.Q.* intègre en quelque sorte divers éléments développés par une longue jurisprudence :

Les parties peuvent, par écrit et en termes exprès, stipuler que, même après la fin du contrat, le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quelque titre que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence.

288

Toutefois, cette stipulation doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur.

Bien que précises, ces balises ne sont pas nécessairement d'application facile. Dans ce contexte, la Cour suprême a clairement énoncé que chaque cas doit être étudié sous l'angle du bon sens :

Ce principe, que ce soit en vertu des dispositions du Code civil relatives à l'ordre public (Articles 13 et 990 par exemple) ou de la common law, se fonde sur le bon sens qui commande que l'on concilie les intérêts de l'employeur avec ceux d'un ex-employé relativement aux besoins qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail, eu égard à une conception qui tend à s'opposer à toute restriction de la liberté individuelle, spécifiquement de la liberté de profiter des occasions qui s'offrent sur le plan économique ou sur le marché du travail.⁴

Quant au premier facteur de la durée de la restriction, des limites variant entre six mois et un an selon les cas sont généralement considérées comme raisonnables. Pour des périodes plus longues, allant de un à deux ans, la Cour examinera attentivement les circonstances de chaque cas avant de se prononcer, selon qu'il s'agisse de non-concurrence ou de non-sollicitation et selon la portée des autres paramètres. Au-

⁴*Cameron, supra*, note 3, aux pp. 163 et 164.

delà de telles durées, il est fort peu probable que la clause soit jugée valide.

Quant à la portée géographique, il faudra généralement s'abstenir d'imposer un territoire plus large que celui déjà desservi par l'agent si l'on veut espérer voir la clause déclarée valide. Un territoire plus grand sera presque toujours considéré comme une limite déraisonnable pour l'employé à qui l'on veut empêcher de concurrencer son ancien employeur.

Finalement, l'étendue des activités restreintes s'évaluera notamment en fonction de l'importance du poste occupé, de la nature de la concurrence dans l'industrie et du type de clientèle visé.

289

Bien que l'on retrouve toutes sortes de clauses dans les divers contrats standards en vigueur dans l'industrie, les clauses de non-sollicitation sont nettement plus courantes que les clauses de non-concurrence. En effet, il semble raisonnable qu'en tout état de cause, les assureurs soient satisfaits du fait que l'agent n'incite pas les clients qu'il desservait pour leur compte à se procurer de nouveaux produits qui ne seraient qu'une simple substitution des produits qu'ils détiennent. Généralement, il est plus aisé de faire sanctionner une clause de non-sollicitation qu'une clause de non-concurrence pure et simple. D'ailleurs, les tribunaux ont conclu qu'en présence d'une clause de non-sollicitation, aucune limite territoriale n'est nécessaire⁵ dans la mesure où l'on définit clairement les personnes qui ne peuvent faire l'objet de sollicitation.⁶

Pour ce faire, une clause ne prévoyant que l'interdiction de communiquer avec ces clients à cette fin devrait suffire à protéger les intérêts de tous les intervenants. Les nuances que l'on puisse apporter à un tel énoncé sont sans doute nombreuses. Encore faut-il que l'interdiction soit décrite de la façon la plus précise possible.

⁵Voir notamment *Bécharde c. Traitement Postal 2000 Inc.*, C.S. Montréal, Juge Roland Tremblay, 10 novembre 1994, J.E. 95-226.

⁶*Les Emballages Dawson Inc. c. Béland* [1994] R.J.Q. 1613 (C.S.).

290

Dans le cas qui nous concerne, il va de soi que les agents possèdent une connaissance intime des clients qu'ils desservent pour le compte d'un assureur-vie puisqu'ils représentent le lien premier et souvent ultime avec les clients et qu'une relation de confiance est sous-jacente à tout achat d'un produit financier, ce qui est encore plus vrai dans le cas d'une assurance sur la vie. Une telle relation permet légitimement à un assureur-vie de prévoir contractuellement une limitation aux approches qui pourront être faites par les agents à leurs anciens clients. La jurisprudence développée dans des domaines impliquant divers vendeurs à commissions a confirmé ce principe. Qu'il suffisse de citer cet extrait de la décision du Juge Roland Tremblay dans l'affaire *Bécharde c. Traitement Postal 2000 Inc.*⁷ :

Les trois paragraphes subséquents sont de nature différente, ils font défense à Bécharde de solliciter la clientèle, de solliciter les services d'employés et de dévoiler des informations confidentielles.

Ces trois prohibitions des paragraphes c), d) et e) relèvent de l'honnêteté, de la loyauté et aussi du bon sens.

Le président du Tribunal ne peut concevoir qu'il soit déraisonnable de prohiber à son ancien employé de solliciter sa clientèle ou ses employés pendant une période de six (6) mois quel que soit le territoire où la prohibition s'applique.

Le président du Tribunal ne peut non plus concevoir qu'il serait déraisonnable pour un employeur de prohiber à son employé de dévoiler pour quelque raison que ce soit des informations confidentielles au sujet de sa compagnie.

Il est bon de lire à ce sujet ce qu'en dit l'honorable Lesage dans une affaire de *Moore Corporation c. Charette*, 19 C.C.E.L. 277 (C.S.), à la page 287 :

« Les tribunaux de common law attachent beaucoup d'importance à identifier si la clause de non-

⁷*Supra*, note 5, aux pages 12 et seq.

concurrence vise l'exercice d'une occupation en général ou se limite à interdire la sollicitation des clients de l'ancien employeur. L'interdiction d'exercer une occupation au bénéfice d'un ancien employeur doit être circonscrite aux intérêts immédiats de l'employeur, dans le temps et dans l'espace, tandis que les tribunaux ne sont pas aussi exigeants pour l'interdiction de solliciter les clients de l'ancien employeur.

Dans le premier cas, l'employeur devra établir que l'employé avait une influence sur sa clientèle, ce qui justifie l'employeur de se protéger contre la perte de son achalandage (par *Evershed J. dans Routh v. Jones*).

291

Par contre, comme on peut le lire sous la plume du juge Rinfret de la Cour d'appel dans *Cdn. Factors Corp. c. Cameron*, (1966) B.R. 921 (confirmé (1971) R.C.S. 148 (S.C.-C.), précité), Lord Shaw of Dunfermline, dans l'arrêt *Herbert Morris* (précité, p.714) écrit (p.935) :

' Trade secrets, the names of customers, all such things which in sound philosophical language are denominated objective knowledge-these may not be given away by a servant ; they are his master's property, and there is no rule of public interest which prevents a transfer of them against the master's will being restrained. '

C'est pourquoi, la common law ne considère pas comme essentielles les restrictions géographiques dans le cas de l'interdiction de la sollicitation de clients (par *Krever J. dans Western Inventory Service Ltd. v. Sager* (1983), 42 O.R. (2d) 166).

Notre droit n'est pas plus sévère. La délimitation territoriale devient superflue lorsque, pour employer une expression de monsieur le juge Lamer (alors qu'il siégeait à la Cour d'appel) dans l'arrêt Beetz (*sic*) (p.375), elle est 'inhérente' à l'identification nominative des clients de l'employeur. Dans l'arrêt Cameron, en Cour suprême, le juge Laskin a pris la précaution de distinguer le cas qui lui était soumis de celui de l'appropriation d'une liste de clients ou d'un usage illégal de renseignements confidentiels (p.163). »

En les circonstances les paragraphes c), d) et e) paraissent tout à fait raisonnables pour une période qui demeure en soi raisonnable, c'est-à-dire six (6) mois.

Bien que dans le cadre plus restreint du devoir général de loyauté des agents, notre Cour d'appel s'est prononcée en ce sens concernant des agents d'assurance-vie.⁸ La règle devrait donc s'appliquer *a fortiori* en présence d'une clause de non-sollicitation par ailleurs valide.

Qualification des clauses restrictives

En vertu des règles générales d'interprétation auxquelles nous avons référé plus tôt, le libellé de la clause sera scruté par la Cour devant se prononcer sur sa validité. Souvent, l'on se situera à la limite entre une clause de non-concurrence et une clause de non-sollicitation, de sorte que la qualification de la clause aura un impact direct sur sa validité.

Des clauses comme les suivantes, qui ont fait l'objet de déterminations judiciaires, sont difficiles à qualifier et reposent quelque part à la frontière entre une clause de non-sollicitation et une clause de non-concurrence. Voyons leur libellé plus précis :

- 1) Upon the termination of this agreement, the Second Party agrees to return to the Company forthwith, all

⁸Voir *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie* [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

supplies, books, cards, lists of contract holders and stockholders (including all copies thereof) and all other data and property pertaining to the business of the Company, and in case of termination the same shall be without any claim on the part of the Second Party for profits or anticipated profits (other than accrued or accruing commissions as herein-before provided), and without any claim for refund on account of expenses or funds advanced. The Second Party agrees that he will not at any time use any information acquired by him during the period of this agreement in a manner derogatory to the interests of the Company or the Issuer, and that he will not do any act or acts which may, directly or indirectly, induce any person to terminate his agreement with the Company, and he will not, directly or indirectly solicit, purchase or recommend the sale, surrender or redemption of contracts or other services of or claims against the Company or against the Issuer of said contracts or other services, nor do any act or acts which may directly or indirectly cause the holder or holders of contracts or other services to cease their performance under their contracts or other services while this agreement is effective or thereafter. No production Commissions or Service Fees shall become due or payable to the Second Party on account of payment made on contracts after a breach by Second Party or any provisions of this paragraph.

293

* * * * *

- 2)(i) L'EMPLOYÉ reconnaît que toute la clientèle qui fait affaire avec l'EMPLOYEUR appartient à l'EMPLOYEUR. L'EMPLOYÉ convient que pendant une période de trois (3) ans à compter de la date de la cessation de son emploi pour toute raison, il n'entrera pas en contact avec toute personne, en son propre nom ou au nom d'une autre personne, compagnie, société ou

association, soit individuellement, soit conjointement avec toute autre personne, compagnie, société ou association, ne sollicitera pas d'affaires auprès de toute personne et ne donnera pas de service à toute personne :

294

- (i) qui compte parmi les clients de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, à la date de la cessation de son emploi ;
- (ii) qui compte parmi les clients de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, et que l'EMPLOYÉ sait être un client de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, à la date de la cessation de son emploi ;
- (iii) qui compte parmi les clients de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, et avec laquelle l'EMPLOYÉ a communiqué, à laquelle il a fourni des services ou qu'il a autrement abordé à titre de représentant de l'EMPLOYEUR, à la date de la cessation de son emploi. »

La première fut jugée illégale par la Cour d'appel du Québec dans *National Financial Brokerage Centre Inc. c. Investors Syndicate Limited*⁹ en ce que notamment elle ne contenait aucune limite dans le temps ni l'espace. La Cour a plutôt conclu qu'il s'agissait d'une clause de non-concurrence bien qu'elle ait semblé s'adresser principalement à de la non-sollicitation. À tout événement, même s'il en eût été de même, la clause serait demeurée illégale en l'absence de limite temporelle.

⁹1986] R.D.J. 164.

Quant à la seconde, elle fut également jugée trop large, et donc nulle, par l'honorable Juge André Forget alors à la Cour supérieure dans l'affaire *P. Brunet Assurances Inc. c. Lamanque*¹⁰. La principale raison de cette conclusion reposait sur le fait que la nature des activités interdites dépassait la simple non-sollicitation. Tout doute à cet égard ou toute ambiguïté dans le libellé fera donc en sorte d'annihiler l'ensemble de la portée d'une clause en ce qu'elle sera tout simplement considérée comme nulle à toutes fins que de droit, d'où l'intérêt d'examiner la prochaine question.

Divisibilité des clauses

Cette question se pose sous différents angles :

- 1) La Cour peut-elle ne sanctionner que la partie raisonnable d'une clause par ailleurs facilement divisible en sections autonomes ? La réponse est oui dans la mesure où la division ne pose aucun problème à s'effectuer.
- 2) Peut-on prévoir une clause qui laisse au tribunal l'opportunité, en cas de nullité d'un sous-paragraphe, de choisir un autre sous-paragraphe au même effet mais moins sévère ? Une telle clause ferait état de solutions variées faisant par exemple passer la durée de non-concurrence ou non-sollicitation d'un nombre élevé d'années à un nombre moins élevé ou encore, de même, le territoire couvert, décrit en cascades, du plus grand au plus petit ?
- 3) Peut-on prévoir une clause laissant à la Cour entendant la cause la discrétion de fixer elle-même les paramètres raisonnables appropriés ?

Il semble que les deuxièmes clauses dites « entonnoirs » soient reconnues par un mouvement majoritaire de la Cour

¹⁰16 septembre 1993, J.E. 93-1655.

supérieure du Québec¹¹. M^c Clément Gascon, qui s'est penché longuement sur cette question, s'exprime ainsi :

Il va sans dire que, pour un employeur, de telles clauses sont d'un intérêt particulier puisqu'elles permettent d'étendre la restriction autrement indiquée en offrant au tribunal les solutions de rechange qu'il pourrait juger opportunes, ce qui permet, devant un tribunal plus complaisant, d'avoir une restriction encore plus importante. Pour l'employé, de telles clauses soulèvent le problème de l'impossibilité de connaître réellement la portée précise des restrictions qui lui sont imposées jusqu'à ce qu'un tribunal ait été saisi de la question de la validité de la clause, puisque chaque juge peut foncièrement considérer, à sa façon, que l'une ou l'autre des solutions est, à ses yeux, raisonnable.

296

Quant aux clauses permettant à un tribunal de modifier les restrictions contenues au contrat selon ce qu'il considère lui-même raisonnable, elles font l'objet d'une controverse plus vive¹². Pour certains, il est raisonnable de s'en remettre au bon jugement du tribunal pour réécrire une clause illégale selon l'usage, les coutumes et la loi alors que pour d'autres, une telle clause plonge l'employé dans une incertitude complète quant à ses divers devoirs et obligations, laissant planer un doute constant sur ses tenants et aboutissants tant qu'une cour ne se serait pas prononcée quant à sa validité. Les tribunaux ayant adopté cette dernière approche hésitent à agir en quelque sorte à titre d'arbitres. À notre connaissance, de telles clauses ne sont pas encore apparues dans les contrats standards des divers assureurs-vie couramment en vigueur au Québec.

¹¹Voir Audet, Bonhomme et Gascon, *Les clauses restrictives dans le contrat individuel de travail*, aux pars 10.1.53 et seq. in *Le Congédiement en droit québécois*, (1993) 3e édition, Éditions Yvon Blais, ainsi que les causes citées par ces derniers, *Produits Duvernay Ltée c. Duguay*, C.S.L., D.T.E. 90T-372, *P.A. Boutin (1986) Inc. c. Julien*, C.S.Q., J.E. 90-1118 et *Reff-Commercial Inc. c. Holcomb*, C.S.M., D.T.E. 91T-989.

¹²Gascon, *idem*, aux pp. 10-20 et seq.

Qu'est-ce que la sollicitation ?

Finalement, il est important de rappeler qu'une fois une clause de non-sollicitation déclarée valide, il appartiendra au requérant de prouver qu'une telle sollicitation illégale est en cours et cela ne va pas toujours de soi. En effet, les tribunaux sont également sévères à cet égard et exigent que les démarches en ce sens soient directes et presque brutales. On tolérera malheureusement de ce fait certaines manoeuvres plus ou moins subtiles visant à contourner des interdictions par ailleurs claires.

Par exemple, dans une affaire provenant de la Nouvelle-Écosse, il fut décidé au stade interlocutoire que les démarches pour le moins « pro-actives » d'un courtier en fonds mutuels soumis à une clause de non-sollicitation tenue pour valide ne constituaient pas en soi de la « sollicitation ». L'ancien agent avait écrit une lettre personnelle à chacun des 740 clients qu'il desservait pour le compte de son ancienne maison de courtage les invitant à communiquer avec lui pour toute question, laquelle lettre fut suivie dans chaque cas d'une relance téléphonique personnelle. Malgré cela et bien que le tribunal ait refusé de croire l'ancien agent qui prétendait sans sourciller qu'il s'agissait de 740 « amis personnels », il concluait de la façon suivante :

297

Mr. Smith sent letters to all of his clients informing of his pending departure. He used Investors client list information and computer labelling. The letter he sent was very brief and by itself was unoffensive. The most that can be said was that it left it open for the clients to call Mr. Smith if they had any concerns as regards his departure. While I am satisfied Smith was doing more than providing comfort and reassurance to 740 « close » friends I do not find that the letters were soliciting.

Mr. Smith did more than send the letters. Many of his clients called him and if they asked about Midland products he invited them to send a letter if they wanted further advice or information. There were many cases where the clients did not call him and he called the client instead. I am satisfied that the calls were made in the hope and

expectation that many of the clients would ask for advice or information. I am not satisfied that this was in the nature of solicitation. I would describe it as opportunism. The calls were made as a calculated effort by Smith and Midland to attempt to have as many clients as possible transfer accounts to Midland. There is not evidence before me that Mr. Smith actually solicited any business from the clients during these phone calls.¹³

298

S'agissant principalement d'une question de faits, nos tribunaux ne sont pas toujours aussi candides. À preuve, la décision du Juge Croteau dans l'affaire *P. Brunet Assurance Inc. c. St-Jean*¹⁴. S'exprimant à propos d'une lettre de l'agent qui informait notamment tous les anciens clients que :

La présente fait suite à notre récente conversation téléphonique lors de laquelle je vous communiquais mon départ de P. Brunet Assurance Inc. pour me joindre à titre d'associé chez la firme Petrela, Brunet & Associés Inc.

Je tiens à vous informer que suite à un contrat de non compétition existant entre P. Brunet Assurance Inc. et moi-même, je ne pourrai solliciter votre portefeuille d'assurance, et ce, pour une période de 3 ans.

Cependant, je tiens à vous offrir mes services à titre de consultant. Je serai honoré de pouvoir ainsi continuer une relation d'affaires, et ce, sans entraver mon engagement envers P.B.A.¹⁵

Le Juge Croteau dit :

De plus, la preuve révèle que les personnes qu'il sollicite sont des clients actuels de la demanderesse non de son nouvel employeur. De plus, lorsqu'il sollicite le patronage des récipiendaires des lettres comme consultant (fonction

¹³*Investors Group Financial Services Inc. c. Smith et Midland Walwyn Capital Inc.*, Nova Scotia Supreme Court, 10 octobre 1994, non rapportéc.

¹⁴C.S. Montréal, D.T.E. 90T-922.

¹⁵*Idem*, aux pp. 4 et 5.

ronflante dans le milieu mais non prévue aux règlements ou dans la Loi sur le courtage ou assurance), il prend la liberté de concurrencer son ex-employeur.

Le défendeur n'est pas très crédible sur cet aspect de sa défense lorsqu'il mentionne en interrogatoire que les lettres envoyées n'avaient pour objectif que d'entretenir des relations amicales.

Son explication des buts qu'il poursuivait dans l'envoi de ces lettres (R-5) laisse songeur. Elle semble plutôt de la finesse cousue de fil blanc.¹⁶

299

Les mêmes règles et considérations s'appliquent en matière de clauses visant à restreindre les contacts d'un agent avec ses anciens collègues aux fins de les inciter à changer d'emploi ou à se livrer à des opérations de remplacements de polices. Ceci nous amène à considérer les recours disponibles dans l'éventualité où le tribunal considère les clauses restrictives raisonnables et donc conformes à la loi.

Les remèdes

En premier lieu, il y a lieu de souligner que l'article 2095 C.c.Q. prévoit ce qui suit :

2095. L'employeur ne peut se prévaloir d'une stipulation de non-concurrence, s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation.¹⁷

Une jurisprudence antérieure va même jusqu'à dire qu'une clause permettant à l'employeur de mettre fin au contrat d'agent sans préavis ou sans cause met en péril la validité d'une clause restrictive par ailleurs valide en la rendant déraisonnable sur la

¹⁶*Idem*, à la p. 10.

¹⁷Voir sur cette question *Aliments En Vrac M.F. Inc. c. St-Onge*, D.T.E. 95T-1188, particulièrement lorsque la notion de congédiement déguisé ou par induction est invoquée.

base que cela laisserait l'employé à la merci des caprices de son employeur.¹⁸

Il va de soi que d'obtenir une ordonnance visant à faire cesser une sollicitation illégale et ainsi empêcher un agent de communiquer avec les clients qu'il desservait pour l'ancien assureur est une mesure plus efficace pour la conservation ordonnée des affaires de l'ancien assureur qu'un simple recours en dommages.

300

L'immense majorité des causes rapportées en matière de concurrence déloyale mettant en scène des agents d'assurance-vie l'ont été dans le cadre de contrats qui ne contenaient pas de clauses restrictives spécifiques, ce qui n'a pas empêché certains tribunaux d'intervenir activement pour empêcher la sollicitation illégale effectuée par les agents dans le cadre d'opérations systématiques de remplacements de polices¹⁹.

Dans les circonstances, il nous apparaît qu'en présence de clauses de non-concurrence ou de non-sollicitation valides, il sera maintenant plus aisé à l'assureur-vie de faire la démonstration d'un « droit clair » donnant ouverture à l'injonction interlocutoire.

Trois questions se posent au tribunal appelé à trancher un tel débat.²⁰ Tout d'abord, la partie demandant l'injonction dispose-t-elle d'un droit clair et apparent : c'est à ce niveau que le débat sur la validité de la clause s'effectue. L'ancien employeur

¹⁸Voir notamment *La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie c. Suppa*, C.S. St-Hyacinthe, D.T.E. 91T-326, citant également *Aliments Humpty Dumpty Liée c. Gagnon* [1988] R.J.Q. 1840 (C.S.) ; *Federated Mutual Insurance Co. c. Ravary*, C.A. Québec, 9 février 1982, D.T.E. 83T-857.

¹⁹Voir *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie*, supra, note 8 ; *La Métropolitaine Compagnie d'assurance-vie c. L'Industrielle Compagnie d'assurance-vie*, C.S. Montréal, Juge Jean-Marie Brassard, 25 juillet 1983, non rapportée ; *Assurance-vie Desjardins Inc. c. L'Industrielle-Alliance, Compagnie d'assurance sur la vie*, C.S. Montréal, Juge André Denis, 18 novembre 1992, non rapportée (appel pendant) et *Standard Life c. Rouleau* [1995] R.J.Q. 1407 (C.S.).

²⁰Pour les principes généraux, on pourra consulter notamment les affaires *La Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat* (1975) C.A. 166 ; *Vidéotron Liée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.* (1987) R.J.Q. 1246 et *Favre c. Hôpital Notre-Dame* (1984) C.A. 548.

à la fardeau de prouver *prima facie* que la clause en question est raisonnable selon les principes évoqués plus haut et qu'on y contrevient dans les faits. À cet égard, à défaut d'une preuve exhaustive, le requérant sera bien avisé de présenter une preuve sinon fulgurante, à tout le moins percutante²¹.

Si la clause est jugée valide, le tribunal n'émettra immédiatement l'ordonnance d'injonction interlocutoire que s'il est également convaincu que sans l'émission d'une telle ordonnance, il adviendra une situation auquel le jugement final ne saura remédier (articles 751 et 752 du *Code de procédure civile*).

301

En effet, le tribunal devra se pencher sur le caractère sérieux et irréparable du préjudice subi par la personne demandant l'injonction en une telle matière. Cette question demeure entière à la lumière de la jurisprudence mentionnée plus haut qui s'est développée en l'absence de telles clauses restrictives.

Il est cependant intéressant de noter l'évolution sur cet aspect entre l'affaire de *La Métropolitaine*²² adjugée en 1983 et la récente décision dans *Standard Life c. Rouleau*.²³ Il va de soi qu'il est toujours difficile de comparer une cause à une autre, mais il n'en demeure pas moins que la lecture des passages qui suivent nous permet de constater la tendance qui pourrait s'amorcer en faveur d'une plus grande ouverture du recours en injonction.

En effet, dans *La Métropolitaine*, l'honorable Juge Brassard s'exprimait de cette façon :

Or, dans les contrats signés par les agents lorsqu'ils étaient au service de la demanderesse, il n'y avait aucune clause de non-concurrence et donc aucune obligation contractuelle de

²¹Voir notamment *Assurance-Vie Desjardins Inc. c. L'Industrielle-Alliance*, *supra*, note 19.

²²*Supra*, note 19.

²³*Idem*.

ne pas solliciter les clients et, même, l'article 10 de ce contrat d'emploi stipule :

« Les parties conviennent que le représentant de ventes sera un entrepreneur indépendant et non pas un employé de la Compagnie et qu'aucune des dispositions de présent engagement n'établira de relations employeur-employé. »

302

D'autre part, l'agent a le droit de gagner son pain et de faire vivre sa famille et ne peut pas changer le milieu où il vit et les relations qu'il fréquente et qui sont la source principale de ses ventes. Il s'agit de parents, d'amis et de clients qui sont ses clients, suivant la demanderesse. C'est donc le principe de la libre concurrence qui prévaut (Précis du Droit commercial du Québec de Nicole L'Heureux, page 110).²⁴

Le contraste est frappant avec cet extrait de la décision récente dans *Standard Life c. Rouleau* :

Par ailleurs, une ordonnance qui l'obligerait à ne pas solliciter pendant une période donnée la clientèle de la demanderesse, comme le soussigné a l'intention d'en émettre une, ne l'empêcherait pas de gagner sa vie.

Le défendeur se retrouverait alors dans une situation comparable à celle vécue à la STANDARD LIFE, dans les dernières années de cet emploi. Le défendeur devait travailler dur pour développer une nouvelle clientèle et il ne lui était pas possible de procéder à des remplacements ou à des substitutions de police sauf pour des motifs sérieux et fondés. C'est ce à quoi il serait « confronté » s'il était empêché de continuer l'offensive entreprise depuis le mois de novembre 1994 à l'endroit de la clientèle de STANDARD LIFE.²⁵

²⁴*Supra*, note 19, aux pp. 12 et 13.

²⁵*Supra*, note 19, aux pp. 24 et 25.

De même, l'on peut comparer avec l'affaire *Trottier* la conclusion du Juge Hannan dans l'affaire *London Life Insurance Company c. Rimer*²⁶ qui se lisait comme suit :

While damages or injury that is incapable of calculation may easily be seen to be irreparable, injury that may easily be quantified cannot. In the present case, the measure of damages, generally speaking, arising from cancelled or replaced insurance policies, can be quantified by appropriate proof. The judgment of Martin J. in this Court in *Mutuelle vie* is an example of how such calculation may be made. The injury arising from the discontinuance of money market plans or transfer of instruments of deposits would lend itself to similar calculation.

303

The availability of redress in the form of an award of damages for injury puts in doubt the irreparable nature of the injury which is alleged in this case to entitle petitioner to an interlocutory order of injunction.

Voici celle du Juge Louis-Philippe Galipeau dans l'affaire *Viandes Pierre Trottier (1985) Inc. c. Pierre Trottier* :

La perte de clientèle est difficilement mesurable, mathématiquement et monétairement, surtout quand il s'agit, comme dans l'espèce, non seulement d'une clientèle que l'on a déjà mais de celle que l'on aurait eue, n'eût été de la concurrence discutable d'un tiers. On peut constater la diminution de son chiffre d'affaire et du nombre de ses clients, mais il devient presque impossible d'évaluer la perte d'un profit anticipé. En ce sens, il n'est pas d'action en dommages-intérêts qui soit susceptible de compenser le préjudice subi, vu la quasi-impossibilité de le quantifier d'une manière précise.

Le fait que le montant d'un préjudice ne puisse être vérifié avec exactitude peut constituer un dommage irréparable. Or, il sera impossible à la requérante de connaître avec

²⁶[1991] R.R.A. 115 (C.S.), à la p. 119.

exactitude tous les clients qu'elle a perdus et tous ceux qu'elle aurait pu et pourrait encore s'attacher mais qu'elle a perdus et pourra encore perdre par la faute des intimés ; il lui sera impossible, dans ces conditions, d'évaluer son préjudice et d'en obtenir compensation par le moyen ordinaire d'une simple poursuite en dommages-intérêts.

Confrontée à cette impossibilité, elle est en droit de demander qu'il soit immédiatement mis un terme aux opérations des intimés, lesquelles sont à la source de son préjudice. Le moyen approprié pour ce faire, le meilleur et le seul en l'occurrence, c'est le recours à l'injonction interlocutoire.²⁷

304

La Cour d'appel dans l'affaire *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie*²⁸ n'avait pas à juger de l'opportunité d'émettre une injonction interlocutoire dans l'attente d'un jugement final sur le mérite puisqu'elle se prononçait alors tant sur la demande d'injonction permanente que sur la demande de condamnation à des dommages-intérêts considérables, lesquels ne furent d'ailleurs accordés qu'en partie seulement. Dans un tel contexte, la question de la balance des inconvénients et du caractère irréparable du préjudice n'entraîne pas en ligne de compte. Au surplus, même si le juge Martin en première instance,²⁹ puis la Cour d'appel, se sont tour à tour prononcés sur le quantum des dommages subis par La Mutuelle du fait de la faute des anciens agents, et qu'un montant précis lui a été accordé, il est utile de noter que ce calcul fut basé sur des hypothèses et tranché par le Juge Martin sur la base de prémisses hypothétiques tel qu'il l'a d'ailleurs lui-même reconnu.

Selon nous, bien humblement, ceci fait la démonstration par a + b que les dommages précis sont impossibles à quantifier

²⁷[1990] R.J.Q. 157, à la p. 164.

²⁸*Supra*, note 8.

²⁹[1988] R.J.Q. 1866, aux pp. 1898 et 1899.

et que le recours en injonction devrait être plus largement ouvert dans ces cas.³⁰

Force est cependant de constater que tous ne sont pas d'accord avec le soussigné sur cette question, notamment si l'on regarde la conclusion de l'honorable Juge Denis de la Cour supérieure dans l'affaire *Assurance-vie Desjardins Inc. c. L'Industrielle-Alliance Compagnie d'assurance sur la vie*³¹, lequel s'exprimait en ces termes :

Dans un deuxième temps, il n'apparaît pas à la Cour qu'un préjudice irréparable serait causé à A.V.D. d'ici le jugement final. Une poursuite de 7M \$ est déjà intentée et, comme le démontre tant cette poursuite que la cause *Excelsior [sic]*, il est possible de quantifier les éventuels dommages de la requérante.

Enfin, analysant le poids des inconvénients, il apparaît évident que les intimés et, particulièrement les agents, subiraient un préjudice infiniment supérieur à celui de la requérante si l'injonction était accordée. Une telle injonction écarte à toutes fins pratiques les agents de leur gagne-pain. C'est un pas que cette Cour n'est pas prête à franchir.

Comme on vient de le voir, la question de décider qui favorise la balance des inconvénients est intimement liée à la précédente. Dans le cas où le tribunal conclurait que le droit invoqué n'est pas parfaitement clair, il devra alors se demander laquelle des parties en présence souffrira le plus grand préjudice. Selon la conclusion sur le deuxième critère, on pourra aisément dicter la réponse à la dernière question. À moins que la Cour n'ait déjà conclu au préjudice irréparable que subira l'assureur en de telles circonstances (remplacements systématiques ou sollicitation contraire à une clause valide), il va sans dire que

³⁰Voir aussi *Groupe alimentaire Courtal Inc. c. Boivin*, C.S. Mtl., D.T.E. 96T-65 ; *Groupe financier Assbec Ltée c. Dion (C.A.)*, *supra*, note 2.

³¹*Supra*, note 19, à la p. 18.

l'agent risque fort de remporter cet argument en l'absence de mauvaise foi flagrante de sa part.

Finalement, un recours en dommages est ouvert même si une injonction interlocutoire a été émise et peut donc faire l'objet d'une demande parallèle à une demande en injonction permanente.

306

On l'a déjà dit, il est possible de calculer selon diverses méthodes toutes aussi aléatoires les unes que les autres les dommages subis du fait de remplacements illégaux de polices. Cela passe cependant par une preuve inévitablement laborieuse et extrêmement coûteuse. Une solution peut résider dans l'insertion d'une clause dite « pénale », laquelle prévoira à l'avance les dommages qui pourront être réclamés en cas de contravention. De telles clauses sont tout à fait légales. Une clause bien rédigée permettra notamment à l'employeur de réclamer le paiement de telles sommes simplement à titre de pénalité plutôt que de dommages subis, permettant ainsi de réclamer plus, au besoin, tout en s'épargnant le fardeau d'une longue preuve coûteuse dans l'éventualité contraire. En cas de « dommages liquidés à l'avance », cet avantage existe aussi. Au surplus, en cas de preuve de mauvaise foi évidente, il sera possible d'argumenter que les dommages pré-déterminés ne constituent en fait qu'un plancher.³²

La propriété des dossiers

La question de la propriété des clients eux-mêmes en est une fort complexe.³³ Cependant, il est certes possible de prévoir contractuellement que certains documents et certaines informations confidentielles seront et demeureront la propriété

³²Voir notamment articles 1622 à 1625 C.c.Q. ; C. Perreault, *Les clauses pénales*, (1988) Les Éditions Yvon Blais Inc., aux pp.27 et seq. : 3102-2734 *Québec Inc. c. Restaurant Casa Kosta Inc.*, C.S. Chicoutimi, 21 juillet 1994, J.E. 94-1397 ; *Coronation Foods Corp. c. Lasalle Warehousing and Transfer Ltd.* [1965] C.S. 633 ; *Federated Mutual Insurance Co. c. Ravary*, supra, note 18, et *Groupe alimentaire Courtal Inc. c. Boivin*, supra, note 30.

³³Voir notamment l'arrêt *Elsley*, supra, note 3, et *Alberts Ltd. c. Mountjoy* [1977] 2 B.L.R. 178 (Ont. High Ct) ; *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie, C.A.*, supra, note 8 et C.S., supra, note 29.

de l'assureur et qu'ils devront être remis à ce dernier en cas de résiliation du contrat. Suit l'exemple d'une telle clause dont la validité ne saurait faire de doute :

Renseignements confidentiels - Le représentant reconnaît que pendant la durée du présent contrat il aura accès à certains renseignements confidentiels touchant les affaires de l'employeur et les affaires de ses clients. Il reconnaît que ces renseignements qui sont sous le sceau du secret commercial, sont la propriété de l'employeur et de ses clients.

307

À l'exception des exigences propres à l'exécution de ses tâches, le représentant convient de ne pas utiliser, propager, révéler, communiquer, divulguer, publier, utiliser à son propre avantage, copier, introduire dans une banque de données informatisées ou conserver de quelque façon que ce soit, directement ou indirectement, des renseignements confidentiels à moins d'avoir reçu au préalable la permission écrite d'un fondé de pouvoir de l'employeur.

Par « renseignements confidentiels » on entend les renseignements touchant les affaires de l'employeur ou de ses clients qui sont communiqués au représentant ou dont il prend connaissance dans l'exécution de ses tâches en vertu du présent contrat, y compris les renseignements qu'il recueille lui-même. Les renseignements confidentiels incluent, mais sans y être imités, les renseignements sur les placements, les listes de clients, les inventaires financiers personnels, les reçus, listes et cartes de confirmation des titres de portefeuille, les dossiers de données, les renseignements financiers et les sommaires des transactions des clients. Les renseignements confidentiels n'incluent pas les renseignements du domaine public, les renseignements divulgués conformément aux dispositions du présent contrat avec l'autorisation écrite de l'employeur ni les renseignements du domaine des connaissances et aptitudes générales du représentant.

Remise des biens et dossiers confidentiels - À l'expiration du présent contrat, le représentant retourne à l'employeur tous les dossiers et biens en sa possession qui peuvent contenir ou fournir des renseignements confidentiels relativement à l'employeur ou à ses clients, y compris les documents, dossiers, carnets, notes, matériel et autres biens. Le représentant doit remettre à l'employeur un certificat stipulant qu'il est conformé à cette disposition.

308

En cas de contravention, on pourra sanctionner cette obligation par la voie d'une injonction³⁴ ou encore par la voie d'une saisie avant jugement revendiquant le retour de ces objets (article 734 *C.p.c.*), sous quelque forme que ce soit, savoir sur support informatique ou autre, ou encore qu'ils aient été dupliqués de quelque autre façon que ce soit.

Conclusion

Toute cette section de notre droit est évidemment en constante évolution et il sera résolument intéressant de s'y attarder dans les mois et les années qui viennent, surtout dans le contexte où une reprise se fait toujours désespérément attendre...

³⁴Voir notamment *National Financial Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicate Ltd.*, *supra*, note 9.

Can financial instruments be used as a substitute for reinsurance ?

by

Mohez Remtulla¹

309

Les instruments financiers dérivés sont des titres qui tirent leur valeur d'un actif sous-jacent ou qui sont reliés aux indices boursiers, aux taux d'intérêts, aux taux de conversion de devises ou, dans le cas de l'industrie de l'assurance, aux rapports sinistres-primés .

Les instruments financiers tels que l'assurance catastrophe sur les contrats à terme sont des moyens innovateurs et légitimes qu'offrent les marchés financiers pour aider les assureurs à réduire le risque de catastrophe. Ils peuvent s'appliquer à presque toutes les catégories de risques. Des instruments financiers tels que les contrats à terme catastrophe peuvent être conçus pour réduire le risque ou bien remplacer ou compléter un programme de réassurance.

À présent, l'industrie de l'assurance perçoit les instruments financiers dérivés encore comme des techniques de financement d'avant-garde. Dans ce domaine, les produits dérivés sont conçus pour agir comme mécanismes de couverture semblables à une convention de réassurance. Les produits dérivés pour l'industrie de l'assurance offrent plusieurs avantages, entre autres, la possibilité d'obtenir une couverture rapide et efficace.

Selon l'auteur, il n'est pas prévu que les contrats à terme catastrophe remplacent la réassurance comme mécanisme de couverture, mais ils offrent des avantages que la réassurance n'offre pas.

¹ Mohez Remtulla is the Chairman & Chief Executive Officer of Fatimide Associates Inc., financial and systems specialists based in Toronto.



310

Financial instruments or derivatives, as they are commonly referred to, are securities that derive their value from an underlying asset or are linked to indices such as stock markets, interest rates, currency exchange rates, or a claims index as in the case of the insurance industry. Basically, comprising different combinations and types of forwards and options, derivatives can be freestanding, attached to or embedded in different instruments. Futures contracts are agreements to buy or sell a commodity or financial instrument at a particular price on a stipulated future date. Options, by contrast, let buyers choose whether or not to exercise the option to buy or sell the commodity or the financial instrument by the exercise date. Insurance futures are a form of financial instruments that allow an investor to become an effective carrier of insurance risks with very limited liability.

The purpose of reinsurance is generally viewed as providing capacity, stability and financing. Although traditional reinsurance agreements usually are expressed in risk management terms, in fact, they essentially work to ensure the survival of an insurer. Non-traditional or so called "finite" risk reinsurance goes one step further in that it aims to directly address the financial outcome of the insurance process. The reinsurance market provides good opportunities for insurers to reduce their exposure to underwriting risk. In general, the reinsurance market consists of bilateral agreements between insurers. Reinsurance arrangements can be categorized as either proportional or non-proportional contracts. With proportional reinsurance, the ceding company shifts a proportion of its premiums to a reinsurer in exchange for the reimbursement of claims. In essence, proportional reinsurance is equivalent to an equity position in the policy pool of the ceding company. Non-proportional reinsurance agreements have payoffs similar to call options written on the ceding company's policies.

Financial instruments such as insurance catastrophe futures contracts are an innovative and legitimate way in which capital markets can help insurers reduce the risk of catastrophic claims, and can be applied to virtually any line of business. A viable insurance futures contract provides insurers and reinsurers with additional opportunities to reduce the risk of insolvency. Similar to most non-traditional reinsurance arrangements, such instruments can also be defined as a transaction in which financial consideration dominates the buyer's motivation.

Financial instruments such as catastrophe futures can be designed to reduce insurance risk and used as a substitute or complement for reinsurance. Traditionally, insurers have used reinsurance to protect against unexpected claims activity. Reinsurance does offer benefits to insurers that alternative instruments such as insurance futures may or may not be able to provide. Such benefits include: a) increased capacity, b) stabilization of claims experience, c) ease of entry and exit from insurance markets, d) catastrophe protection and (e) enhanced financial strength. The advantages of financial instruments such as insurance futures over reinsurance are that insurance futures are more liquid, contracts are standardized and transaction costs are small relative to the costs of developing and administering reinsurance contracts.

311

Reinsurance is used to increase a company's underwriting capacity to write new business. The use of catastrophe futures does not increase capacity since an actual risk transfer does not take place. This logic applies to the finite risk arrangements as well, that is if the contracts are accounted for in a proper manner consistent with generally accepted accounting principles. An exchange of policies or claims obligations does not occur as the insurer attempts to offset major underwriting claims by expected gains in the catastrophe futures market as the risk itself is not transferred to the market.

Stabilization of claims through reinsurance can be accomplished by spreading the risk, rather than the primary company retaining the entire risk. Catastrophe futures help to

stabilize the claims experience if an insurer's claims move with the claims ratio of the industry. The catastrophe futures contracts use a claims ratio that is supposed to approximate the industry claims ratio. However, if an insurer's claims ratio does not correlate well with the contract claims ratio, then the underwriting risk for that primary company may not be reduced.

312 Reinsurance can facilitate the entry and exit from insurance markets. A primary insurer, wanting to enter into a new line of insurance, may be assisted by a reinsurer in several ways. Knowledgeable professional reinsurers may have specialized information in certain lines of business. A primary insurer can enter into a new market slowly, by initially reinsuring most of its new business and then gradually transfer a reduced share of the new market as it develops familiarity and skills of its people. Also, reinsurance assists to exit a market by allowing a primary insurer to fully transfer a book of business to the reinsurer. Financial instruments such as catastrophe futures are unable to provide these functions for insurers.

Reinsurance can help protect a primary insurer against frequency and severity of large claims or many small claims which may have a significant impact on the underwriting result and therefore the operating income. A primary insurer may transfer a portion of its risk to a reinsurer, which in turn may transfer a portion of that risk to another reinsurer and so on. Since many insurers share the involved risks, this allows a geographical diversification of exposures. With more parties involved in the sharing of risks, there is greater risk spreading and more financial capital available to cover the claims that may be incurred. Reinsurance is written to deal with an insurer's own claims. Financial instruments such as the catastrophe futures, however, are priced with regard to the impact of catastrophe events on total industry results.

Increased financial strength is gained by using reinsurance as the level of the policy liabilities is passed through traditional reinsurance arrangements. Depending on the structure of the financial instrument arrangement, financial instruments such as

catastrophe futures do not affect an insurer's provisions for unearned premiums. With respect to any insurance futures position that corresponds to incurred claims for the reporting period, general accounting requirements are that any increased or decrease in the value of the insurance futures contracts should be reported as an increase or decrease in the insurer's other income.

At present, the use of financial instruments or derivatives is still considered to be a fringe financial technique in the insurance industry. It is here that the derivative contracts are designed to work as a hedging mechanism that resemble a reinsurance agreement. One advantage the use of derivatives holds for the insurance industry is the ability to obtain risk protection not just quickly and efficiently but also effectively. Reinsurance does provide benefits to insurers although at a cost. Historically, insurers and reinsurers have used derivative products only on the asset side of the balance sheet to help the company benefit from the expertise in maximizing investment returns. Financial instrument contracts trade alongside, but are in some instances expected to eclipse, existing contracts, although this may now be changing as covers are expanded to cover a far broader area of exposures.

313

The insurance industry already knows how to manage risks and therefore the use of derivatives is merely a natural extension of this knowledge. There are several costs associated with reinsurance protection purchased by insurers. First, the process of shopping for a reinsurer and negotiating an individual contract is time-consuming. Both parties need to establish the credit-worthiness of the other. Catastrophe futures contracts, on the other hand, are standardized and can be executed immediately. Secondly, the primary insurer shares its claims as well as its premiums with the reinsurer. Additionally, the costs of negotiating the contract must be considered. With catastrophe futures, an insurer does not have to share its premium and the transaction cost is minimal. Finally, a reinsurance contract can be very restrictive for the ceding company. The insurer is "locked" into the agreement, which reduces the ceding company's flexibility in adjusting the degree of risk transfer for

the duration of the contract. Purchase of catastrophe futures does not impose any restrictions on an insurer's operations.

It seems unlikely that catastrophe futures would fully replace reinsurance as a hedging mechanism. However, catastrophe futures do offer benefits that reinsurance does not. Small capitalized insurers generally need the services that a reinsurer provides. They do not have the safety of a nationally diverse underwriting portfolio, so a major catastrophe could wipe them out. Also, small insurers are less likely than large insurers and reinsurers to incur claims that are in line with the industry claims experience, which is used in the calculation of the claim ratio for catastrophe futures. Exposures of large insurers and reinsurers are significant and protection would be very difficult to obtain through the use of reinsurance due to capacity limitations in the reinsurance market. Catastrophe futures may not be an alternative to reinsurance for every insurer, but they may be an alternative for some of the large insurers and reinsurers.

314

The business of establishing the appropriateness of the financial instruments is extremely important foundational work. As the resources in the insurance industry gain more knowledge of financial instruments such as insurance futures, competition with the reinsurance industry will increase. However, the usefulness of reinsurance will not entirely disappear. Reinsurance provides a number of functions that are not provided by all the financial instruments available in the market. The potential benefits of reinsurance include a banking function that helps finance a ceding insurer's growth. Unfortunately, most insurers have not seized the opportunity to raise capital through this means either. To what extent financial instruments will be used to spread insurance risk or hedge against unforeseen insurance claims remains elusive.

In the case of insurance derivatives, regulatory and accounting guidelines continue to emerge or are non-existent. Risk transfer must consider regulatory and accounting implications. Sound internal controls - monitoring, controlling

and measuring risks and exposures - hold the key to successful financial instrument activity. Tighter and more enforceable prudential safeguards must become louder and stronger to avoid concerns at a large stage. To what extent financial instruments or more specifically insurance related risk spreading derivatives are or will be used to seek protection against unforeseen events remains elusive. But there has to be a continuing dialogue on the subject of adequate protection. The proper direction of resources will also be crucial as the insurance industry learns to deal with these newer forms of risk management.

Faits d'actualité

par

R.M.

1. La fraude en assurance automobile au Québec

Selon une étude réalisée au Centre de recherche sur les transports de l'Université de Montréal, les réclamations frauduleuses en matière d'assurance automobile au Québec coûtent annuellement aux assureurs un montant variant entre 30 et 60 millions de dollars. Toutefois, il ne s'agirait là que des cas de fraudes observées ou suspectées. La fraude réelle pourrait atteindre 120 millions sur des réclamations de près de 1 milliard de dollars, si l'on considère certaines statistiques selon lesquelles les enquêteurs ne perçoivent que 50 % de la fraude.

Les auteurs de cette étude concluent que si tous les assurés étaient honnêtes, les primes d'assurance automobile pourraient diminuer jusqu'à 12 %, soit soixante dollars environ sur une prime moyenne de 492 \$.

2. Les résultats du quatrième trimestre de l'année 1995 et les résultats annuels - 1995

L'industrie de l'assurance IARD canadienne a encaissé des primes nettes totalisant 4,4 milliards de dollars, au cours du quatrième trimestre de l'année 1995, une augmentation par rapport à 4,1 milliards de dollars au cours du trimestre correspondant de l'année 1994. Au dernier trimestre, les revenus nets après impôt de 187 millions ont chuté par rapport à l'an dernier, alors qu'ils totalisaient 242 millions de dollars. Cette diminution s'explique par une augmentation des prestations de sinistres. Par ailleurs, les revenus de placement ont progressé de façon appréciable.

Voici le tableau du quatrième trimestre 1995 publié par *The Quarterly Report* :

Le quatrième trimestre - 1995

(en millions de dollars)

	1994	1995
Primes nettes émises	4 135 \$	4 459 \$
Primes gagnées	4 066 \$	4 365 \$
Sinistres nets	2 999 \$	3 268 \$
Rapport sinistres à primes	73,8 %	74,9 %
Résultats techniques avant impôt	- 244 \$	- 318 \$
Rapport combiné	- 6,0 %	- 7,3 %
Revenus de placement avant impôt	567 \$	632 \$
Gains de capital	-117 \$	36 \$
Revenus d'opération après impôt	242 \$	187 \$

318

Comme on peut le constater, à la lecture de ce tableau, publié par *The Quarterly Report*, les résultats pour l'année 1995 sont supérieurs à ceux enregistrés en 1994, malgré la hausse des prestations de sinistres. Les revenus d'opération de 1,56 milliards de dollars ont connu une progression importante en 1995. Ils s'expliquent par une hausse des primes nettes émises et une baisse du rapport sinistres à primes et du rapport combiné, lequel est à 103,8 % par rapport à 107,5 % en 1994. Les revenus de placement ont connu une légère remontée.

L'année 1995

(en millions de dollars)

	1994	1995
Primes nettes émises	16,2 \$	17,8 \$
Primes gagnées	15,7 \$	17,2 \$
Sinistres nets	11,8 \$	12,4 \$
Rapport sinistres à primes	75,0 %	72,2 %
Résultats techniques avant impôt	- 1 185 \$	- 659 \$
Rapport combiné	- 7,5 %	- 3,8 %
Revenus de placement avant impôt	2,2 \$	2,4 \$
Gains de capital	71 \$	211 \$
Revenus d'opération après impôt	994 \$	1 567 \$

3. Le nouveau régime d'assurance-médicaments

Dans le cadre de son discours inaugural, le premier ministre du Québec avait annoncé la mise en place, en janvier 1997, d'un régime universel d'assurance-médicaments. De plus, le premier ministre annonçait son intention de sabrer les dépenses d'assurance-maladie à l'égard des personnes qui subissent des traitements à l'étranger. Elles devraient désormais se munir d'assurances privées.

Pour sa part, le ministre de la Santé et des Services sociaux a fait connaître les modalités du projet de loi sur l'assurance-médicaments, lequel fut adopté le 21 juin 1996 et qui doit entrer en vigueur le premier janvier 1997. Ce projet a fait l'objet d'une étude en commission parlementaire en juin dernier, suite à la divulgation préalable d'un rapport présidé par M. Claude Castonguay, chargé de faire les recommandations nécessaires au ministre.

319

Actuellement, le Québec accorde gratuitement des médicaments, aux personnes âgées et aux assistés sociaux. Le régime actuel coûte environ 700 millions de dollars. Il serait étendu aux personnes qui ne reçoivent pas d'aide sociale mais qui n'ont pas le moyen de payer leurs médicaments.

Pour l'industrie québécoise de l'assurance de personnes l'enjeu est important puisque 50 % du marché québécois de l'assurance collective serait actuellement sous la gouverne des assureurs québécois et que les primes découlant de la souscription de l'assurance médicaments représenteraient 60 % à 70 % de l'ensemble des primes recueillies dans ce secteur.

En commission parlementaire, divers représentants du milieu de l'assurance ont fait valoir qu'un régime public d'assurance médicaments réduirait considérablement la part de marché des assureurs dans un secteur où ils sont bien positionnés et réduirait leur force dans les autres secteurs de l'assurance, face à la concurrence étrangère. De plus, ils ont soulevé le fait que les

coûts du régime projeté risquaient d'être beaucoup plus élevés que ceux prévus dans le rapport Castonguay.

320 Devant les nombreuses carences quant à la nature et aux coûts du projet, soulevées devant cette commission parlementaire par plusieurs groupes, le ministre de la Santé et des Services sociaux a décidé de mettre en oeuvre un programme mi-public, mi privé. Tous les citoyens ne bénéficiant pas actuellement d'un régime privé d'assurance-médicaments seraient assurés en vertu du nouveau régime administré par la Régie de l'assurance maladie du Québec, au plus tard le 1^{er} janvier 1997. Le niveau des primes a été fixé à un maximum de 175 \$ par personne, moyennant une franchise de 100 \$ et une coassurance de 25 % du coût des médicaments avec un plafond de 750 \$.

L'entrée en vigueur du nouveau régime se ferait dès le 1er septembre 1996 pour les personnes âgées et les assistés sociaux.

Bien qu'elle ne pourra assurer les personnes dépourvues d'assurance-médicaments (environ 1,1 million de Québécois), l'industrie de l'assurance continuera donc d'assurer les régimes collectifs d'assurance-médicaments.

4. La distribution de l'assurance hypothécaire par les Institutions bancaires est dénoncée par l'AIAPQ

À l'occasion d'une conférence de presse, organisée à la fin du mois de mars, l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec a formellement critiqué la vente des produits d'assurance hypothécaire au Québec par les institutions bancaires et les caisses populaires.

Le rapport d'enquête publié par cet organisme a mis en lumière des carences importantes liées tant aux produits eux-mêmes qu'aux méthodes de ventes déficientes qui induisent en erreur les consommateurs.

En ce qui concerne les produits, le rapport signale que plusieurs emprunteurs se retrouvent sans assurance au moment d'une réclamation, même s'ils ont payé mensuellement une prime, les institutions financières alléguant la non-assurabilité en raison du dossier médical. Dans l'industrie de l'assurance, l'assurabilité est déterminée au moment de la souscription et non au moment d'une réclamation. En ce qui concerne les méthodes de vente, les institutions bancaires peuvent se trouver, selon le rapport, en conflit d'intérêt, puisqu'elles jouent à la fois le rôle de créancier hypothécaire, de preneur de la police d'assurance collective hypothécaire, de mandataire de l'assureur et de bénéficiaire de la police d'assurance.

321

5. Le dernier budget fédéral du 6 mars 1996 et ses répercussions sur l'assurance

On observe dans le budget fédéral déposé en mars dernier par M. Paul Martin deux faits particulièrement significatifs concernant l'industrie canadienne de l'assurance.

D'une part, il maintient le statu quo sur l'interdiction actuelle faite aux banques de vendre de l'assurance. Le cadre actuellement en place pour la vente de l'assurance par l'intermédiaire d'agents et de courtiers sera protégée. D'ailleurs, le Livre blanc portant sur cette question a été publié le 20 juin 1996.

D'autre part, il révèle un certain nombre de changements du régime fiscal des compagnies d'assurance-vie, qui entreront en vigueur au cours de l'année d'imposition 1996. Nous citons le ministre :

Les changements influenceront à la fois sur le calcul des réserves des assureurs-vie et sur celui de la fraction canadienne du revenu des assureurs multinationaux. Plus précisément :

- la plupart des réserves relatives aux polices d'assurance-vie émises après 1995 seront égales aux réserves déclarées dans les états

financiers. Les polices antérieures à 1996 seront entièrement protégées ;

- le mode de mesure du revenu canadien sera amélioré par l'adoption d'une méthode basée sur la totalité du bilan ;
- afin d'éviter une diminution des recettes fiscales à court terme, l'impôt supplémentaire sur le capital actuellement appliqué aux compagnies d'assurance-vie sera prolongé de trois ans.

322

Ces changements ne devraient pas avoir d'effet net sur les recettes. Avec le temps, les compagnies d'assurance-vie paieront davantage d'impôt sur les bénéfices et moins d'impôt sur le capital. Un avant-projet de loi et de règlement donnant suite aux changements proposés sera publié dans le courant de l'année.

6. Une nouvelle assurance invalidité sur le marché

L'Assurance-vie Desjardins-Laurentienne a lancé, en mars dernier, une assurance invalidité originale, intitulée *Assurance-quiétude*. Elle diffère du contrat traditionnel en ceci qu'elle permet à l'assuré, moyennant une surprime, de bénéficier immédiatement d'un montant d'assurance variant entre 50 000 \$ et 500 000 \$, s'il éprouve l'un des problèmes de santé garantis par la police.

Il semble que des contrats similaires ont permis de quadrupler le nombre de souscription en Angleterre, entre 1989 et 1993. Au Canada, trois compagnies d'assurance offrent un produit similaire.

7. Les banques publient un nouveau code de confidentialité

L'Association des banquiers canadiens (ABC) a annoncé la publication d'un nouveau code de confidentialité qui

devrait rendre plus difficile l'utilisation de renseignements financiers sur les clients sans leur consentement.

Voici certaines caractéristiques de ce nouveau Code, dont l'application est prévue au cours de l'année 1997 :

- le droit des clients de refuser que les renseignements personnels les concernant servent à d'autres fins qu'à la gestion des produits et des services qu'ils ont demandés ;
- la communication par les banques, en langage simple, des fins précises pour lesquelles elles demandent à leurs clients certains renseignements personnels ;
- les banques et leurs filiales ne peuvent, en aucune circonstance, échanger les renseignements concernant la santé de leurs clients ;
- les banques limitent l'utilisation des numéros d'assurance sociale à l'identification des antécédents de créance, avec le consentement des clients.

323

8. Garanties de pollution spéciales souscrites par Elliott, risques spéciaux

L'un des dernier numéros du bulletin *Actualités* de Elliott (automne 1995) fait ressortir un éventail de garanties disponibles pour relever le défi environnemental. Mentionnons les suivants :

- Assurance de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement (incluant la pollution graduelle) ;
- Assurance des sinistres pollution, applicables aux événements soudains, découverts dans un délai de 120 heures ;
- Garantie des frais de nettoyage des lieux assurés ;
- Programme spécialement conçu pour l'industrie de la gestion des déchets ;

324

- Programme d'assurance RC professionnelle des conseillers en environnement ;
- Assurance DIC automobile, conçue pour les exploitants de flottes de toute taille ;
- Assurance RC pour atteintes à l'environnement ou sinistres pollution pour les entrepreneurs généraux ;
- Installateurs de réservoirs souterrains et autres entrepreneurs à risque environnemental élevé ;
- Assurance pollution des clubs de golf ;
- Garanties connexes.

9. La décennie 1990-2000 : celle de la décade Internationale pour la réduction des catastrophes naturelles

En décrétant que la présente décennie serait associée à la réduction des catastrophes naturelles, l'ONU a mis sur le chantier, à travers le monde, diverses initiatives afin de réduire les « cat nat » dans les grandes cités, dont la population est supérieure à 8 millions d'habitants. Ces mesures concernent les types de catastrophes suivantes : les cyclones, les inondations, les tsunامي et les tremblements de terre.

10. Les catastrophes naturelles et leur impact dans l'Industrie de l'assurance

La facture totale des catastrophes naturelles survenues en 1995 se chiffre à 150 milliards de dollars US, selon une étude de la Suisse de réassurance et à 180 milliards de dollars, selon la Munich de réassurance. Il semble que la tendance est à l'augmentation toujours plus forte du nombre des catastrophes naturelles et de leurs coûts. Le bilan de l'année 1995 a presque triplé par rapport au chiffre record de l'année 1994, en tenant compte du tremblement de terre de Kobe (100 milliards \$US). On constate que le préjudice économique de 1994 (65 milliards \$

US) aurait quand même été dépassé, même si le séisme de Kobe ne se serait pas produit.

Cette tendance ascendante de la sinistralité, avec des dommages dont l'ordre de grandeur devrait doubler d'ici la fin de la décennie, est due à plusieurs facteurs : le profond changement climatique en train de s'opérer ; l'augmentation des concentrations de valeurs dans les régions exposées aux cataclysmes ; la vulnérabilité croissante des sociétés industrielles modernes.

Toutefois, sur le plan des dommages assurés, le bilan est moins lourd. Les assureurs ont versé 16 milliards \$ en 1995, un montant nettement inférieur à ceux de 1992 (28 milliards \$ US) et légèrement inférieur à ceux de 1994 (17 milliards \$ US)

325

Selon un article de la revue *Risk Management* (mars 1996), de plus en plus d'études convergent vers la mise au point de stratégies globales en ce qui concerne le risque de tremblement de terre.

Curieusement et paradoxalement, une souscription d'assurance insolite pourrait voir le jour. Alors que de plus en plus d'assureurs désertent le champs des risques catastrophiques, la compagnie d'assurance new-yorkaise *World Wide Weather* désire mettre sur le marché une assurance contre les ouragans très particulière. On pourrait s'assurer après l'annonce et la formation d'un ouragan dans une région donnée. Moyennant des valeurs assurables minimum de 100 000 \$, la prime minimum serait établie à 3 000 \$ par événement. (Cette information est tirée du *Journal of Commerce*, édition du 10 avril 1996, intitulée *Hurricane-in-progress plan shocks insurers*).

11. Les tours de New York sous étroite surveillance

Trois ans après l'attentat survenu dans le World Trade Center, qui a nécessité l'évacuation de 110 000 personnes, une commission d'enquête, constituée par la ville de New York dès après l'explosion terroriste, a rendu un rapport, le 22 janvier 1996, sur la sécurité des gratte-ciel new-yorkais.

La commission fait huit nouvelles recommandations en matière de réglementation. Parmi les principaux soucis de la Commission figurent la protection des sources auxiliaires d'électricité et des systèmes de communication, qui ont mal fonctionné en ce jour fatidique du 26 février 1996. Les experts recommandent d'étudier l'installation de systèmes d'urgence utilisant des batteries indépendantes, capables de fonctionner en cas de destruction des systèmes de protection et d'alarme.

326 Le rapport signale que la statue de la Liberté a fait l'objet d'une étude. Elle est équipée, depuis 1995, d'un système d'alarme activé par radio.

Selon le *Department of Building* de la Ville, chargé de l'administration des immeubles, l'investissement pour mettre en place des systèmes conformes aux normes a représenté quelque 300 millions de dollars pour l'ensemble des grandes tours de New York, sans parler des frais d'entretien estimés à des centaines de millions de dollars par an.

12. **Quelques fondamentaux oubllés en matllère d'assurance, rappelle le président des AGF (France)**

Forts du double constat de la croissance constante du chiffre d'affaires des assureurs et des opportunités intéressantes de développement qui s'offrent à eux, les AGF préconisent néanmoins un retour aux principes de base, en réajustant leurs tarifs et en mettant fin à certaines souscriptions, dont l'assurance construction. Antoine Jeancourt-Galignani, le président des AGF, rappelle que les facilités offertes dans les années 1980 par la bulle financière ont fait oublier aux assureurs une contrainte absolue : celle du profit. Or, la donne a changé.

Sur le marché non-vie, les récents redressements financiers observés sont encore insuffisants « pour alimenter un reapprovisionnement nécessaire pour atteindre un niveau convenable ». Sur le marché vie, « la déflation des valeurs immobilières et boursières a réduit les capacités à générer des plus-values pourtant indispensables pour servir les assurés. »

Du côté des intermédiaires, ce domaine est aussi dans la tourmente, sur le plan de la vive concurrence des courtiers et de l'apparition de nouveaux acteurs (bancassurance, vente directe, grande distribution).

13. Espérance de vie en France : les femmes bénéficient d'un régime de faveur

Tel est le titre d'un article, signé Colette Fabre, paru dans *L'Argus* du 15 mars 1996, précisant :

- que le taux de natalité, en 1995, en France, de 12,5 % était supérieur à celui des décès, établi à 9,1 % ;
- que l'espérance de vie à la naissance atteignait 73,8 pour les hommes et 81,9 pour les femmes, le sex-ratio étant environ de 10 femmes pour 9 hommes, vers l'âge de 80 ans.

327

Les femmes, en 1996, bénéficient d'une espérance de vie importante. Il faut remonter à la Révolution de 1789 pour trouver des longévités hommes-femmes équivalentes (autour de 28 ans seulement) !

14. Évolution de l'insolvabilité et importance de la solidité financière dans l'assurance

Depuis 1978, le problème de l'insolvabilité a concerné environ 650 assureurs et réassureurs dans le monde, les États-Unis et la Grande-Bretagne étant les deux pays ayant été les plus touchés. Le plus récent numéro de *Sigma* (No 7/1995) tente de démontrer à quel point l'évaluation de la solvabilité d'un assureur prend de plus en plus d'importance.

Ce numéro analyse les méthodes d'évaluation les plus courantes, les types de contrôle de solvabilité, les modèles dynamiques permettant la simulation de scénarios alternatifs et les sources d'information, dont la principale demeure l'agence de notation.

15. Une nouvelle offre de règlement faite aux *Names*

Une nouvelle offre de règlement a été faite aux *Names* par Lloyds, le 11 mai dernier, ayant pour effet d'une part d'augmenter le montant final des indemnités proposées à 3,1 milliards de livres (4,65 milliards de dollars US) et d'autre part de réduire à 900 millions de livres (1,35 milliards de dollars US) le montant que devront payer les *Names*, pour quitter le marché du Lloyds.

328

Lloyds espère ainsi mettre un terme à la guérilla judiciaire qui l'oppose aux *Names*, ces riches investisseurs privés qui garantissaient, antérieurement à 1996, les contrats de Lloyds sur leur fortune personnelle d'une façon illimitée. Ces derniers croulent sous les dettes depuis qu'ils ont dû éponger les sinistres gigantesques payables par Lloyds entre 1988 et 1992, devant une succession de catastrophes naturelles totalisant environ 12 milliards de dollars US.

Les *Names* seront appelés à se prononcer, en juillet, sur l'ensemble du plan de restructuration, qui repose essentiellement sur la création d'une compagnie de réassurance, Équitas. Celle-ci doit prendre en charge, avant la fin de l'année, tous les contrats d'assurance émis par Lloyds avant 1993. Ce faisant, les *Names* doivent investir une dernière fois dans le marché du Lloyds en vue de financer la création d'Équitas et de lui assurer les ressources nécessaires (environ 1 milliard de livres). Ils seraient par la suite libres de quitter la célèbre institution britannique et exonérés de toute responsabilité financière future.

Rappelons que les nouveaux *Names*, qui ont adhéré au marché du Lloyds, depuis le début de l'année, jouissent, contrairement à leurs prédécesseurs, d'une responsabilité financière limitée à 100 000 livres.

16. Certificat en planification financière personnelle

Conduisant à l'obtention du titre de planificateur financier, ce nouveau programme de formation universitaire de

30 crédits est le résultat d'un partenariat entre l'Université Laval et l'Institut québécois de planification financière. Il a été élaboré pour répondre aux besoins de personnes qui travaillent dans les banques, les caisses populaires, les fiducies ou les compagnies d'assurances de personnes. Il s'adresse aussi aux professionnels intéressés au domaine de la planification financière personnelle, tels les avocats, les notaires, les courtiers en valeurs mobilières, les diplômés en administration ou en consommation.

Élément intéressant, le programme sera accessible partout au Québec puisque les modes d'enseignement privilégiés sont la formation à distance et la formation en entreprise.

329

17. London Life est devenue la plus importante compagnie d'assurance vie au Canada

Suite à l'acquisition des activités canadiennes de la Prudentielle d'Amérique, la London Life est devenue le no 1 de l'assurance vie au Canada. Ces activités regroupent différents champs : l'assurance vie individuelle, l'assurance collective vie et maladie, les rentes et les fonds communs de placement, un actif évalué à 4,2 milliards de dollars. En contrepartie, la London Life s'est engagée à payer un montant d'environ 100 millions de dollars. Par ailleurs, certaines activités canadiennes de Prudentielle n'ont pas été touchées, à savoir le courtage et la gestion dans les activités immobilières et les activités d'assurances IARD.

Selon le président de London Life, il serait acquis qu'environ 1000 représentants de la Prudentielle se joindraient au nouveau groupe, portant ainsi à 3800 le nombre de ses employés.

La transaction est sujette à l'approbation des organismes de réglementation. Elle s'appliquera rétroactivement au 1^{er} janvier 1996. Une fois l'acquisition finalisée, la London Life aura un actif de 19,4 milliards \$, générera des primes d'environ 4 milliards \$ et comptera 3,2 millions d'assurés individuels ou collectifs.

Les intermédiaires de marché

par

divers collaborateurs de l'AIAPQ*

Création d'un fichier central pour les Intermédiaires en assurances de personnes

331

Tout un défi !

De plus en plus de médias réfèrent à des cas de fraudes ou à d'autres délits commis par des intermédiaires en assurance de personnes. Parfois, certains consommateurs insatisfaits choisissent d'exprimer publiquement leurs mécontentements en responsabilisant notre industrie. Au Québec, le comité de surveillance de l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec (AIAPQ) reçoit un bon nombre de plaintes, tandis que le Fonds d'indemnisation reçoit de trop nombreuses réclamations. Ainsi, même s'il ne s'agit que d'une minorité d'intermédiaires, leurs activités douteuses risquent de causer du tort à l'ensemble de la profession.

Mais comment pouvons-nous nous assurer que l'accès à la profession est bel et bien réservé aux meilleurs candidats ? En pratique, il semble que l'on se préoccupe beaucoup des nouvelles figures qui débutent dans la carrière ; en effet, les directeurs d'agence et les agents généraux engagent les dispositions nécessaires à une prise de décision éclairée (rapport d'enquête, de crédit, etc...). Toutefois, en est-il de même pour les agents ou courtiers qui transfèrent sans cesse d'une compagnie à une autre ? On constate que même si la procédure est similaire dans

* Membres du comité de travail " fichier central " : M. Robert Archambault, A.V.A., FLMI, Multi-Courtage, Mme Nathalie G. Drouin, Lib, C.A.P. Mme Marie Claude Beauvais, B.A. AIAPQ, M. Richard Leduc, Représentant comité des dirigeants de ventes, M. Richard Charette, Représentant comité des dirigeants de ventes, M. André Savard, Commission d'accès à l'information, Mme Claude Di Stasio, FLMI, ACS, ACCAP, M. Kaddis Sidaros, CLU, ChFC, Fin. Pl., ADGAM.

le cas d'une recrue, la résultante s'avère différente. Il y a des intermédiaires qui malgré leurs antécédents, une suspension ou un jugement de culpabilité, parviennent à réactiver leur permis ou encore, à convaincre qui de droit de leur permettre à nouveau accès à l'industrie. Y a-t-il un moyen d'identifier et de contrer ces indésirables ? Est-il possible de minimiser cette situation et d'ainsi, redorer l'image de notre industrie ?

332 Depuis quelque temps, un comité de travail évalue la possibilité de créer un fichier central de données grâce auquel il serait désormais possible de voir les expériences antécédentes d'un intermédiaire et ainsi identifier les intermédiaires indésirables.

L'embauche d'un tel agent ou courtier demeure un *vieux problème* au sein de notre industrie. Lorsque l'on parle de débit, on réfère au débit causé par des déchéances, à un manque de production sur un système d'avances ou encore, à des cas de fraude. Que dire des cas où l'intermédiaire manque tout simplement d'éthique professionnelle ? Ce fichier sera mis à jour tout au long de la carrière de l'intermédiaire et suivra les déplacements de ce dernier.

Cette initiative vise à protéger l'intérêt des consommateurs en évitant que des individus qui perdent leur emploi à cause de modes de travail douteux soient réembauchés sans condition et qu'ils recommencent le même scénario ailleurs.

Entre-nous, un super candidat peut bien omettre certains aspects de ses expériences antécédentes, aspects certainement non négligeables... Après tout, n'est-il pas un *super vendeur* ?

Le comité de travail est composé d'intervenants issus de l'Association des gestionnaires d'agence de Montréal (ADGAM), du Conseil d'assurance de personnes (CAP), de l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec (AIAPQ), de l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes (ACCAP), de la Commission d'accès à l'information (CAI) et du Comité des dirigeants de ventes du

Québec. Les associations de consommateurs sont consultées au besoin.

Il va s'en dire qu'un tel projet nécessite beaucoup de doigté. En effet, il faut veiller à ce qu'un consentement écrit soit obtenu auprès des intermédiaires fichés. Cela exige une entente globale entre les compagnies, car afin d'assurer la fidélité des données, tous les intermédiaires doivent être inscrits. Le législateur, par l'entremise de la Loi 68, a donné aux citoyens des moyens leur permettant d'exercer une certaine maîtrise sur les données personnelles qui les concernent. L'intermédiaire doit également pouvoir bénéficier de ces droits.

333

Par ailleurs, puisque ce droit s'applique en situation de gestion d'entreprise, celle-ci doit évidemment disposer de toutes les données lui permettant de vaquer à ses responsabilités et ce, selon les termes de l'entente conclue entre les parties concernées. L'employeur potentiel doit être en mesure de valider la véracité des faits rapportés par un candidat.

Bien sûr, considérant le caractère confidentiel des renseignements ainsi colligés, ces données ne peuvent être divulguées sans autorisation, permission ou consentement de la personne concernée. Il va sans dire que les mécanismes de gestion, soit l'accès et l'utilisation des données confiées à ce fichier central, doivent faire l'objet d'une règle administrative préétablie et très stricte, règle à laquelle tous les intervenants devront adhérer et ce, sans exception.

Probablement que ce fichier sera géré par un organisme à but non lucratif, ou par un organisme dit neutre. À ce stade-ci, le projet va bon train et le comité de travail, chapeauté par le Comité des dirigeants de ventes du Québec, y investit toutes les énergies nécessaires. Nous vous proposons donc de suivre ce dossier de près...

Si vous avez des commentaires ou questions, n'hésitez pas à communiquer avec Richard Leduc au 1-800-362-1482. Si vous préférez communiquer par télécopie, faites parvenir vos commentaires à Richard Charette au (514) 326-0180.

Chronique juridique

par

Christian N. Dumais*

La responsabilité pour les nids-de-poule

Depuis le 1^{er} avril 1993, des amendements à la Loi sur la voirie ont modifié le régime de responsabilité des municipalités et du ministère des Transports : tous deux bénéficient maintenant d'une exonération de responsabilité pour les dommages causés par l'état de la chaussée aux pneus ou à la suspension d'une voiture.

335

On pouvait se demander si cette exception n'avait pas certaines limites et c'est ce qu'un automobiliste a cherché à savoir en invoquant la négligence grossière du ministère à cause d'un nid-de-poule qui faisait 6 pieds par 4 pieds. Le tribunal des Petites Créances lui a donné raison en appliquant la règle de droit qui fait échec à l'exonération de responsabilité quand celui qui veut en bénéficier est grossièrement négligent. On peut se demander dans cette affaire qui du ministère ou de l'automobiliste a été le plus négligent si le trou était si gros...

(Leney c. Ministère des Transports, référence inconnue)

Détecteur de responsabilité

Quand une maison est équipée de détecteurs de fumée, on peut présumer qu'ils fonctionnent. Un bref jugement de 7 pages de la Cour supérieure est venu rappeler aux propriétaires que les apparences peuvent être trompeuses mais pas aux yeux d'un juge. Quatre des cinq occupants d'une maison ont péri dans un incendie et on croit que si les détecteurs de fumée avaient fonctionné, ils

* Avocat, vice-président, Dale-Parizeau International inc.

auraient pu être sauvés. La responsabilité du propriétaire de l'immeuble a été retenue parce qu'il n'a pas rempli l'obligation qui lui incombe de prendre les moyens nécessaires pour protéger la vie et la santé des occupants, en l'occurrence entretenir ses détecteurs de fumée qui n'avaient apparemment pas de piles.

336 Les polices d'assurance habitation offrent parfois des crédits si l'immeuble est équipé de détecteurs de fumée : y aura-t-il lieu d'imposer des engagements formels aux assurés pour qu'ils s'assurent de leur fonctionnement ?
(*Robitaille et al c. Thériault, 500-05-0008276-931*)

L'Intérêt d'assurance de plus en plus étendu

L'intérêt d'assurance est une condition *sine qua non* à la validité de l'assurance sur un bien. Cette notion avait été élargie par l'arrêt Kosmopoulos de la Cour suprême (1987, 1 R.C.S. 2) au-delà du seul droit de propriété pour s'étendre à l'intérêt dans les faits. Ainsi, l'actionnaire unique dont la compagnie est propriétaire d'un immeuble avait lui-même l'intérêt requis pour assurer cet immeuble parce qu'il subit un préjudice économique s'il perd ce bien par la réduction de la valeur de ses actions.

Cette théorie était formulée dans l'ancien 22580 C.c. et a été reprise dans le Code civil du Québec à l'article 2481 :

« Une personne a un intérêt d'assurance dans un bien lorsque la perte de celui-ci peut lui causer un préjudice direct et immédiat. »

Un jugement de la Cour d'appel du 14 mars 1996 a démontré jusqu'où l'intérêt d'assurance peut aller maintenant. Un certain Monsieur Talbot avait assuré l'immeuble dont sa femme était la propriétaire enregistrée : c'est lui qui l'avait payé, c'est lui qui l'administrait et l'entretenait en payant les taxes et les assurances et en

percevant les loyers. C'est même lui qui avait fait la demande de reconstruction après un incendie.

La Cour supérieure en première instance ne lui a pas reconnu l'intérêt suffisant parce que ce n'est pas son patrimoine qui est affecté par la perte. L'assuré a plutôt des relations personnelles avec la véritable propriétaire qui elle seule subit un préjudice à son patrimoine. La Cour d'appel a renversé cette décision parce qu'elle ne tient pas compte du fait que l'assuré bénéficiait de l'immeuble et qu'il subirait un préjudice économique s'il le perdait parce qu'il l'avait payé et entretenu. La Cour d'appel s'est même inspirée des relations entre l'assuré et sa femme, la véritable propriétaire, pour établir que les patrimoines des conjoints sont en quelque sorte confondus pendant le mariage et que l'obligation alimentaire impose à l'assuré de subvenir aux besoins de sa femme qui n'avait aucun autre revenu que ceux de son immeuble. Le tribunal a même parlé d'un mandat tacite confié par la femme à son mari en vue d'assurer l'immeuble. L'assureur n'a pu, comme il le voulait, annuler la police pour défaut d'intérêt et épargner l'indemnité à verser.

337

(Talbot c. Les Coopérants, compagnie d'assurances générales, 760-05-000435-857)

Chronique actuarielle

par
divers collaborateurs
de MLH + A

Les régimes de retraite et le libre-échange

Avec la mondialisation des marchés, de plus en plus d'entreprises canadiennes s'imposent sur la scène internationale. Le contexte économique actuel entraîne inévitablement une plus grande mobilité de la main-d'oeuvre, une circulation plus importante à la fois des biens et des gens.

339

Les gestionnaires de ressources humaines et d'avantages sociaux sont donc de plus en plus souvent confrontés à la problématique de la couverture des avantages sociaux pour des employés qui transitent entre le Canada et l'étranger.

Libre-échange

De prime abord, on pourrait croire qu'avec des rapprochements entre les gouvernements, comme l'accord du libre-échange ici en Amérique, ou le processus d'unification de l'Europe, il soit possible de travailler n'importe où dans le monde moderne. Bien sûr, un pays comme le Canada signe de plus en plus d'accords portant sur la sécurité sociale et la fiscalité. Toutefois, ces ententes se veulent d'abord et avant tout des outils permettant d'éviter certaines impasses telles la double imposition ou la participation obligatoire et simultanée à plusieurs programmes sociaux.

Fiscalité

Dans le domaine des régimes de retraite, l'obstacle majeur se situe surtout au plan fiscal. Même s'il existe des différences parfois importantes entre les législations des diverses provinces canadiennes, l'absence de contraintes fiscales entre ces

mêmes provinces permet tout de même la libre circulation des travailleurs et la pleine reconnaissance des services rendus par le régime de retraite enregistré du ou des employeurs.

340 Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'un déplacement vers un autre pays, comme du Canada aux États-Unis, principalement en raison de différence de fiscalité entre les deux pays. On se rappellera que les systèmes d'épargne-retraite, tant aux États-Unis qu'au Canada, sont bâtis autour d'une structure fiscale visant à procurer un incitatif tant à l'employé qu'à son employeur, dans le but de les encourager à épargner pour la retraite et ainsi combattre la pauvreté parmi la population du troisième âge. Toutefois, les systèmes fiscaux étant tellement complexes et différents, il devient pratiquement impossible de penser harmoniser les régimes de retraite entre les deux pays.

Service rendu à l'étranger

Une première règle de base établie par Revenu Canada prévoit que certaines périodes de service accomplies à l'étranger peuvent très bien être reconnues dans le régime de retraite d'un employeur canadien, dans la mesure où l'employé en cause, qu'il soit ou non de citoyenneté canadienne, est lui-même un contribuable payant des impôts au Canada.

Ce pourrait être le cas d'un individu qui travaille temporairement à l'étranger mais continue d'être rémunéré par son employeur canadien, ou même un individu recevant une rémunération d'une entreprise étrangère tout en conservant son lien d'emploi avec son employeur canadien.

De telles périodes de service à l'étranger, pouvant parfois atteindre cinq ans, seront pleinement reconnues par le régime de retraite de l'employeur canadien. Toutefois, il faut bien penser que le pays étranger pourrait voir d'un oeil différent le fait qu'un individu travaille dans le pays pendant une longue période de temps sans payer d'impôts, d'où la nécessité d'accords tel celui du libre-échange entre le Canada et les États-Unis.

De plus, en tant que résident canadien, l'individu est imposé sur l'ensemble de ses revenus, qu'il soit canadien ou étranger. Il serait impensable de faire participer un individu à un régime étranger s'il continue de payer ses impôts au Canada. Le régime de retraite étranger ne serait pas enregistré auprès de Revenu Canada et ne procurerait donc aucun incitatif fiscal.

Notion de résidence

Les règles d'impôt canadiennes sont reliées d'abord et avant tout à la notion de résidence. Le simple fait de travailler temporairement à l'étranger ne fait pas en sorte que vous cessez de résider au Canada. En effet, ne devient pas non-résident qui veut !

341

Une demande formelle doit tout d'abord être présentée à Revenu Canada qui étudiera chaque cas selon son mérite. Si le séjour à l'étranger est d'une durée de moins de deux ans, il devient presque impossible d'être considéré non-résident, à moins de liquider ses actifs au Canada (résidence, auto, etc.), de prouver qu'aucune date de retour n'a été arrêtée et de confirmer qu'aucune garantie d'emploi n'est offerte au retour.

Si le séjour se prolonge au-delà de deux ans, Revenu Canada considèrera les points suivants :

- l'individu se départit de certains biens au Canada, particulièrement de sa demeure principale ;
- le conjoint et les enfants déménagent également à l'étranger ;
- l'individu s'établit dans une résidence qui a un certain caractère de permanence à l'étranger ;
- l'individu transfère son compte de banque à l'étranger.

C'est l'ensemble de ces facteurs qui sera analysé. Le fait de conserver un lien d'emploi avec son employeur canadien, par exemple lors d'un congé sans solde, n'affecte pas la décision de Revenu Canada.

En devenant non-résident, l'individu cesse donc de payer des impôts au Canada pour les payer plutôt dans son nouveau pays d'adoption et surtout, selon les normes de ce pays. Par conséquent, il faut être particulièrement bien informé de l'application des règles fiscales du pays étranger sur les revenus et l'actif que l'individu conserve au Canada.

342 En règle générale, les revenus rapportés à l'étranger seront d'abord imposés selon un taux fixé par le pays étranger et ensuite inclus dans le revenu du particulier aux fins d'impôt dans le pays où il réside. Un crédit d'impôt est alors appliqué pour tenir compte de l'impôt étranger déjà versé.

Un citoyen canadien devenant non-résident verra donc ses revenus canadiens imposés selon un taux fixé par le Canada et devra par la suite les inclure dans la déclaration des revenus qu'il complètera dans le pays où il réside. Les traitements fiscaux pourront donc différer sensiblement d'un pays à l'autre, surtout s'il n'existe pas d'accord bilatéral à cet effet.

À titre d'exemple, pendant un séjour à l'étranger, un individu peut laisser au Canada les sommes accumulées dans un REÉR ou un régime de retraite. Le Canada ne forcera pas la liquidation de ces véhicules enregistrés d'épargne-retraite et continuera de permettre un traitement différé d'impôt. Cependant, la situation peut être totalement différente dans le pays étranger qui pourra décider d'imposer l'intérêt du REÉR canadien, ou peut-être même le capital.

La question de citoyenneté ajoute finalement une autre dimension au problème, particulièrement pour ce qui est des programmes publics d'avantages sociaux. Un pays pourrait forcer un résident étranger à participer à des programmes gouvernementaux dispendieux et ce, même si ce dernier continue de participer à ceux en vigueur au Canada.

Des ententes sur la sécurité sociale permettent d'éviter ce problème.

Il faut savoir que tant que l'on demeure résident canadien, on continue de participer et de bénéficier des programmes publics tels que le Régime de pensions du Canada (RPC), le Régime de rentes du Québec (RRQ) et le régime provincial d'assurance-maladie. En devenant non-résident, la couverture de votre régime provincial d'assurance-maladie cesse automatiquement, mais il demeure possible de continuer de participer au RPC ou au RRQ pendant une période de cinq ans, moyennant les cotisations appropriées.

Séjour aux États-Unis

343

Il existe plusieurs catégories de résidents aux États-Unis sujets à des règles différentes. La catégorie la plus commune est celle de résident étranger. Comme pour le Canada, le résident américain est imposé sur l'ensemble de ses revenus. Vous comprendrez tout de suite que dans le cas d'un individu qui quitte temporairement le Canada pour travailler aux États-Unis et devient non-résident du Canada, la question du traitement des sommes laissées au Canada, particulièrement celles bénéficiant d'un abri fiscal, devient cruciale.

Bien sûr un tel individu peut participer à tout régime de retraite américain, incluant un IRA, l'équivalent américain du REÉR canadien. Comme il ne paie pas d'impôt au Canada, ce sont les règles en vigueur aux États-Unis qui régissent l'aspect fiscal de l'épargne-retraite.

Pour ce qui est des sommes d'argent laissées au Canada, les règles américaines prévoient que tout ce que possédait l'individu au moment de devenir résident américain, constitue du capital et n'est donc pas imposable. Par contre l'intérêt qui s'accumule sur ces sommes à partir de ce moment devient imposable.

Il existe cependant une exception pour le REÉR canadien pour lequel l'intérêt continue de bénéficier d'un report d'impôt. Le REÉR ne peut toutefois pas être transféré en franchise d'impôt dans son équivalent américain.

Certains transferts normalement effectués en franchise d'impôt au Canada pourraient devenir imposables aux États-Unis. Mentionnons le cas d'un transfert entre un régime de retraite canadien et un REÉR. Ce genre de transaction devrait être effectué avant de quitter le Canada.

Ainsi donc, si le REÉR est éventuellement liquidé et transféré aux États-Unis, les effets suivants se produiront :

- le Canada prélèvera tout d'abord un impôt pour non-résident de 25 % sur toute somme qui quitte le pays ;
- les États-Unis n'imposeront pas la partie du REÉR représentant le montant accumulé au moment de s'établir aux États-Unis, mais imposeront pleinement l'excédent, en accordant cependant un crédit d'impôt pour la portion payée au Canada ;
- tout intérêt subséquent sur la somme ainsi transférée ne pourra plus jouir d'un report d'impôt aux États-Unis.

344

Une multitude de règles particulières, tant en provenance du pays d'origine en raison des sommes qui quittent le pays, que de la part du nouveau pays d'arrivée, peuvent ainsi prévaloir pour différents éléments d'actif que peut posséder un non-résident. Par exemple, toute cotisation versée par l'employeur canadien de cet individu dans un régime d'avantages sociaux canadien deviendra obligatoirement imposable aux États-Unis.

Retour au Canada

Si l'individu revient au Canada après un séjour de quelques années à l'étranger, il pourra dans un premier temps recommencer sa participation dans les divers programmes d'avantages sociaux, tant de son employeur que ceux du gouvernement.

Le Canada permet même le transfert en franchise d'impôt des sommes détenues dans un IRA, l'équivalent

américain du REÉR canadien. Ainsi, si l'individu participait à un régime de retraite américain, il devra préalablement transférer son argent dans un IRA avant de transférer le tout au Canada. Bien sûr les États-unis imposeront le montant ainsi transféré, mais le Canada accordera un crédit d'impôt correspondant et permettra le transfert dans un REÉR. Encore une fois, la question du moment du transfert devient importante.

Si l'individu ne participait à aucun régime de retraite à l'étranger, son employeur canadien pourrait lui reconnaître ses années de service à l'étranger en tant que non-résident, à la condition que cette période ne dépasse pas trois ans et si l'employeur étranger possède un lien quelconque avec l'entreprise canadienne, tel qu'une affiliation ou une entente précise.

345

Dans un tel cas, l'employé et son employeur canadien pourront cotiser pour les trois années en question et obtenir les avantages fiscaux correspondants. Un FE sera bien sûr déclaré pour cette période créditée.

Retraite à l'étranger

La question de la retraite sous le chaud soleil du Sud complète agréablement une carrière marquée par des séjours de travail à l'étranger.

Les mêmes règles s'appliqueront dans de tels cas au niveau de l'imposition et de la notion de résident. À ce chapitre, cependant, il convient de savoir que les États-unis sont devenus plus exigeants envers les habitués du Sud. C'est pourquoi il faut faire attention à la durée de son séjour annuel aux États-Unis, si l'on ne veut pas avoir à faire face à quelques complications administratives.

Il est surtout important de connaître ici le traitement fiscal accordé aux divers montants de pension versés, tant au niveau des régimes privés que publics. Tout revenu de pension tel celui du régime de l'employeur ou même la rente d'un FERR, sera normalement imposé par le Canada au taux de 15 %. La

pension de vieillesse (PSV) et la rente du RPC ou du RRQ sont, quant à elles, imposées à 25 %. Aux États-Unis, ces montants de pension constitueront un revenu imposable selon les normes américaines, duquel un crédit d'impôt étranger pourra être appliqué.

346 De plus, au moment du décès d'un citoyen canadien résidant de façon permanente aux États-Unis, les États-Unis prélèvent un impôt sur l'héritage. Toutefois, la majorité des Canadiens en sont exemptés dans la mesure où la valeur globale de leur succession n'excède pas 600 000 \$. Si la valeur de la succession dépasse ce plafond, il y aura alors imposition de la partie américaine des biens successoraux.

Il ne faut pas oublier non plus que chaque État américain peut exercer une forme d'imposition.

Conclusion

Dès qu'il est question de transfert à l'étranger, il faut analyser avec soins les impacts et conséquences d'un changement de statut, particulièrement au niveau fiscal. Les diverses conventions fiscales existant entre le Canada et plusieurs pays étrangers visent à favoriser ces échanges et éliminer certains obstacles. Toutefois, aucun pays n'a intérêt à laisser fuir trop facilement des capitaux, en particulier s'ils bénéficient d'un traitement fiscal avantageux. De plus, les règles canadiennes régissant les régimes de retraite sont complexes et varient d'une province à l'autre. Les règles applicables dans les autres pays sont généralement tout aussi complexes et diverses. Ajoutons à cela des considérations fiscales et l'on comprend alors aisément la difficulté de transférer de tels véhicules outre-frontières.

Études techniques

par

Rémi Moreau

1. La prescription applicable au contrat d'assurance

Sous l'ancien Code civil du Bas-Canada, l'article 2495 mentionnait que « toute action dérivant d'un contrat d'assurance se prescrit par trois ans à compter du moment où le droit d'action prend naissance ». On ne retrouve plus, du moins aussi explicitement, dans le nouveau Code, au chapitre des assurances, la stipulation instituant une prescription triennale pour les contrats d'assurance.

347

En matière de prescription extinctive, le nouveau Code civil du Québec reconnaît trois types de prescription : la prescription de dix ans, qui est la prescription de droit commun, la prescription de trois ans en matière de droits et de recours personnels et la prescription annale, qui s'applique à diverses actions prévues par le nouveau Code, dont celle fondée sur l'atteinte à la réputation. Le nouveau Code limite donc les courtes prescriptions à deux : la prescription de trois ans et celle d'un an. Le nouvel article 2925 C.c.Q. se lit comme suit :

L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans.

Ce « faux disparu », pour utiliser l'expression d'une consoeur¹, est toutefois muet sur la détermination du point de départ du délai triennal de la prescription. Il faut présumer que le tribunal en recherchera l'application « à compter du moment où le droit d'action prend naissance », puisque l'article 2926 C.c.Q.

¹ Odette Jobin-Laberge, *Les assurances et les rentes*, La Réforme du Code civil, Barreau du Québec, Chambre des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993.

nous éclaire sur le point de départ de la prescription, lorsque « le droit d'action résulte d'un préjudice moral, corporel ou matériel qui se manifeste graduellement ou tardivement, le délai court à compter du jour où il se manifeste pour la première fois ». (Notre soulignement)

Voici quelques champs d'application :

- action en dommages corporels ou matériels : la prescription commence à courir à partir de la date de l'événement qui lui donne naissance ;
- action dérivant de préjudices personnels découlant d'une atteinte à la réputation : il faut envisager la prescription dont le délai est fixé spécifiquement à l'article 2929 C.c.Q., qui éteint le droit d'action par un an à compter du jour où la connaissance en fut acquise par la personne diffamée ;
- action en paiement de primes : la prescription triennale s'appliquerait à partir de l'échéance ;
- action en règlement de sinistre : elle partirait à compter du jour de la réalisation du risque ;
- action découlant soit de décès, soit d'accidents, soit de maladies : la prescription commencerait à courir à compter du jour de l'accident, du décès ou de la maladie.

Cette prescription triennale devrait s'appliquer universellement : d'abord aux parties au contrat, mais aussi aux tiers de même qu'aux assureurs qui sont subrogés dans les droits de leurs assurés.

Enfin, rappelons une disposition nouvelle importante, applicable dans les actions contre les municipalités. Autrefois, il était impératif pour la victime d'un préjudice corporel d'aviser au préalable toute ville ou municipalité, dans un court délai de 15 jours, si telle victime souhaitait leur intenter une action en responsabilité. Selon le nouvel article 2930 C.c.Q., le défaut d'aviser une municipalité, dans un délai de 15 jours de la

survenance d'un accident corporel, ne peut désormais plus faire échec à l'application de la prescription de trois ans et ce, malgré toute disposition contraire. Les codificateurs justifient cette disposition par « le désir de conserver l'équilibre dans les rapports entre le créancier et le débiteur de l'obligation, ... et à mieux assurer la protection du droit fondamental à l'intégrité et, au cas où celle-ci est atteinte, la protection du droit à la réparation. »

2. L'application des jugements étrangers au Canada

349

Dans un article de l'avocat torontois Michael Fitz James, paru dans le *Financial Post* (édition du mardi, le 7 novembre 1995), et dont un compte rendu fut publié dans *Actualités*, édition Elliott, risques spéciaux, printemps 1996, les jugements étrangers seraient susceptibles d'application au Canada, même si l'entreprise canadienne poursuivie n'y est pas domiciliée. Conséquence de la mondialisation des affaires, les tribunaux canadiens pourraient accepter de plus en plus l'exécution de jugements étrangers, quoiqu'ils soient rendus selon des lois différentes des nôtres.

Il semble que cette possibilité d'application des jugements étrangers découle d'une décision de la Cour suprême du Canada, rendue en 1990, qui élimine de nombreux obstacles interdisant l'exécution de jugements étrangers. Selon le député William Graham, président de la Commission parlementaire des affaires étrangères et du commerce international, « l'exécution de jugements étrangers est une conséquence inévitable de l'Accord de libre-échange ». En outre, selon un avocat du cabinet torontois Aird & Berlis, les tribunaux américains étendent leur juridiction aux défendeurs étrangers en vertu du principe du « bras long ».

Il revient à dire qu'une entreprise canadienne ne peut plus se contenter d'ignorer des poursuites venant de l'étranger, même si elles sont sans fondement. Un demandeur étranger pourrait se présenter au Canada avec un jugement par défaut et le faire exécuter comme s'il avait été rendu au Canada. À titre

d'exemple, l'auteur torontois mentionne qu'un juge ontarien a récemment fait exécuter un jugement de 6,2 millions de dollars U.S., plus les intérêts et les frais) contre les propriétaires canadiens d'un site d'élimination des déchets près de Détroit en faveur de l'Agence américaine de la protection de l'environnement, en remboursement des frais de dépollution qu'elle avait engagés. Le juge précisait ce qui suit :

350

Les défendeurs ont décidé de faire l'élimination des déchets aux États-Unis et les jugements en cause ici ne font que les tenir responsables de réparer le dommage causé par leur activité.

L'auteur cite deux autres affaires de même nature, en particulier une affaire dans l'État de l'Arizona et une autre dans l'État du Texas.

L'article précise que cette situation affecte les conseils d'assurance aux exportateurs canadiens. Voici certains conseils à retenir :

- ne pas sous-estimer l'imprévisibilité des jurys américains et les coûts élevés de défense aux États-Unis ;
- ne pas compter sur l'écran de constitution en société et sur le fait qu'une société n'a ni bureaux, ni actifs aux États-Unis ;
- tenir compte du risque de poursuites à long terme dans le cadre d'un plan de développement à l'étranger ;
- évaluer le coût global des risques d'opérations à l'étranger, les coûts des assurances de responsabilité aux États-Unis, ou les plans de défense dans une éventuelle poursuite, en l'absence d'une protection d'assurance ;
- prévoir des dispositions contractuelles par des ententes de non-responsabilité ou des décharges de responsabilité.

3. Les assurances de responsabilités

Le Supplément « Cahiers pratiques » du numéro 6467 de *L'Argus*, daté du 8 mars 1996, témoigne bien de l'importance de plus en plus grandissante de l'assurance de responsabilité civile, sous toutes ses formes, pour le chef d'entreprise, le titulaire d'une profession, le fabricant, le commerçant ou, en général, pour toutes personnes physiques ou morales. L'assurance RC vient parer à l'incertitude des opérations, face à la législation, à la jurisprudence et aux obligations contractuelles et extra-contractuelles diverses.

351

Ce survol de l'ensemble des assurances de responsabilités fait état des formulaires d'assurance existant sur le marché visant à mieux répondre aux besoins, de plus en plus nombreux et diversifiés. Pourtant, en France, où cette étude est née, il semble qu'actuellement 30 % des PME n'auraient pas souscrit de garanties de responsabilités et plusieurs entreprises seraient sous-assurées.

Par ailleurs, la législation française prévoit de nombreux domaines (près de quatre-vingt cas) où l'assurance de responsabilité est obligatoire, tant pour protéger l'intégrité physique des victimes ou les intérêts financiers des clients que pour assainir les professions ou intervenir dans des champs où s'exercent des activités dangereuses.

Les auteurs ont classifié les assurances de responsabilités en trois volets :

- **la garantie de responsabilité civile exploitation :** elle protège l'entreprise, ses représentants légaux et ses préposés, ainsi que ses filiales contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile pouvant leur incomber en raison de dommages corporels, matériels et immatériels, causés aux tiers au cours de l'exploitation ou de l'exécution de travaux ;
- **la garantie de responsabilité civile après livraison :** elle a pour objet de garantir l'assuré contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile

attachés aux produits livrés, soit en raison d'un vice caché, d'une erreur de conception, de fabrication, de réparation, d'entretien, ou utilisation défectueuse ;

- **la garantie de la responsabilité professionnelle** : elle a pour but de focaliser les besoins non seulement des cabinets professionnels, mais aussi les bureaux d'études, les entreprises de service : informatique, nettoyage, surveillance, gardiennage, imprimerie². La garantie de responsabilité professionnelle diffère essentiellement des deux classes d'assurances précédentes en ceci qu'elle n'est pas soumise à un événement de type accidentel. Elle intervient exclusivement lorsqu'un dommage financier est allégué en raison d'une erreur ou d'une omission dans l'exercice d'une profession ou dans le cadre d'une entente contractuelle de service.

352

Les rédacteurs de ce Cahier pratique n'ont pas omis, pour chaque classe d'assurance répertoriée, de faire valoir, outre les dommages garantis, les exclusions traditionnelles et les conditions d'application. En particulier, le déclenchement de la garantie intervient soit au moment du fait générateur, soit au moment de la survenance du dommage (*Occurrence form*), soit encore au moment de la réclamation de la victime (*Claims made form*).

L'étude des garanties est complétée par des scénarios de sinistre et sur les moyens de les prévenir. Les auteurs examinent de près comment les assurances sont tarifées (questionnaire, étude des éléments du risque, nature de l'exploitation, chiffre d'affaires, activités particulières ou dangereuses, renseignements concernant les produits, analyse des contrôles de qualité en place dans l'entreprise et antécédents du risque, changements d'assureurs, abandons d'activités).

² Note de l'auteur. On peut ajouter à cette liste l'assurance des mandataires sociaux, connue au Canada, sous le nom « assurance de la responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants ».

En bref, un autre excellent cahier, bien documenté, comme nous les présente traditionnellement *L'Argus*. Les lecteurs canadiens peuvent y trouver un intérêt certain, car le sujet nous concerne tous, dans l'une ou l'autre de nos activités quotidiennes. Les exemples sont fouillés, précis et surtout largement axés sur des cas pratiques.

4. Quelques chiffres autour de l'assurance camionnage au Canada

Un cadre d'une compagnie d'assurance nous a autorisé à fournir aux lecteurs quelques informations tirées d'une allocution récente et liées à l'industrie de l'assurance camionnage. L'allocution représentait essentiellement le point de vue d'un assureur.³

353

D'entrée de jeu, le conférencier a signalé les importantes variations de primes perçues par les assureurs canadiens au cours des 24 derniers mois, à savoir des hausses d'environ 40 %, qualifiées plutôt d'un « réajustement tardif de tarifs » à la suite d'une forte sinistralité survenue en 1994. En effet, pour chaque dollar-prime, les assureurs ont dû déboursier un dollar et demi.

La fin des années quatre-vingt s'avéra particulièrement rentable pour les assureurs dans le domaine de l'assurance camionnage. Toutefois, ce marché a évolué considérablement au cours de la présente décennie, sous l'impulsion de certains facteurs : le ralentissement économique, la hausse de l'exposé au risque américain, due à l'Accord canado-américain de libre-échange, entré en vigueur le premier janvier 1989, et l'augmentation du rapport camions/accidents. Au Québec, ce rapport a crû d'environ 10 %, de 1992 à 1994.

³ M. Pierre Cyr, vice-président, division des Assurances spécialisées, de la compagnie Boréal Assurances, inc. a donné une allocution, le jeudi 8 février 1996, à l'Association des gestionnaires de risques du Québec, sous le thème « L'évolution du marché de l'assurance camionnage ». Nous le remercions pour avoir autorisé la Revue à utiliser son texte dans le cadre de cette chronique.

354

En ce qui concerne, les risques d'accidents outre-frontière, le conférencier n'a pas manqué de signaler la hausse des voyages aux États-Unis et l'impact des sinistres attribuables aux dommages élevés alloués par les tribunaux, dans un contexte économique où la valeur du dollar canadien a chuté de 90 cents US à 74 cents US, entre 1992 et 1994. Comme les primes sont perçues en dollars canadiens, mais que les indemnités sont payables en dollars américains, chaque baisse d'un point de la monnaie canadienne se traduit directement en une hausse du taux des sinistres. Cette conjoncture se traduit par une sinistralité anormalement élevée enregistrée par les camionneurs canadiens à l'occasion de leurs périple aux États-Unis.

Contradictoirement, les primes ont même baissé, entre 1991 et 1993, dans cette branche d'assurance spécialisée. Le conférencier mentionne le retrait de plusieurs assureurs et il observe un changement de stratégie de la part des assureurs demeurant en place : en plus d'une hausse de primes, ils ont décidé d'épurer leurs portefeuilles de « très mauvais risques » en instituant des politiques de souscription beaucoup plus rigoureuses que par le passé et en prenant en compte les mesures de prévention établies par les propriétaires de flottes. En particulier, il signale la création d'un logiciel de tarification qui tient compte du niveau de prévention.

Enfin, certains assureurs ont conclu des ententes avec les réassureurs afin de profiter de leur connaissance du marché américain, en plus de profiter des résultats compilés au sein de certaines banques de données.

Comme conséquence, cette révision de la tarification, la prévention et les transferts d'expertise ont eu un effet certain sur les résultats. Le conférencier mentionne une nette baisse du taux sinistres/primes pour l'année 1995.

5. La preuve des actes juridiques dont les données sont inscrites sur support informatisé

Un article récent fait un bref survol de l'état du droit québécois, dans la foulée de la réforme du Code civil du Québec sur la preuve en matière d'échange de documents informatisés.⁴

Les trois dispositions pertinentes du Code civil du Québec relatives aux actes juridiques se lisent comme suit :

Art. 2387. Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur un support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier.

355

Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit.

Art. 2388. L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Une telle présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise.

Art. 2389. Le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tous les moyens.

⁴ Guy Lefebvre, *La preuve en matière d'échange de documents informatisés*, La Revue du Barreau canadien, Vol. 74, No 4, Décembre 1995, p. 619.

356

L'auteur de l'article estime que les nouvelles dispositions pourraient être interprétées d'une manière souple : dans une telle perspective, le mot « document » peut comprendre non seulement un imprimé d'ordinateur mais aussi le contenu d'une disquette d'ordinateur. Les inscriptions informatisées visées par le Code ne comprennent pas seulement les transactions conclues directement au moyen d'un ordinateur, mais la plupart des transactions quotidiennes qui sont ensuite enregistrées sur support informatisé, tel le contrat par téléphone concernant la réservation de billets d'avion et son inscription subséquente par un préposé de la compagnie sur support informatique.

L'auteur tente également de cerner la notion de signature électronique. Le nouvel article 2827 du Code civil du Québec définit ainsi la signature :

La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement.

Il est d'avis que le législateur a adopté une approche pragmatique en élargissant la signature au-delà de la simple transcription du nom. Le nouvel article 2827 C.c.Q. ne se limiterait pas à la seule signature manuscrite et ne s'opposerait pas à l'utilisation d'une signature électronique, lorsque les conditions sont réunies, à savoir que les parties à une transaction ont eu la possibilité, par le truchement de moyens de communication électronique, de s'identifier et de manifester leur volonté.

6. Le contrat de tontine est-il valide au Québec ?

L'article 2538 C.c.-B.C. qui interdisait expressément le contrat de tontine n'a pas été repris dans le Code civil du Québec. Est-ce à dire que ce contrat est devenu licite ? Il semble que non. Les rédacteurs du nouveau Code ont formulé le commentaire suivant :

La prohibition du contrat de tontine édictée à l'article 2538 b) C.C.B.C. n'a pas été reprise ici. Ce genre de contrat n'est pas davantage reconnu par le nouveau code, car s'agissant d'un contrat de jeu et de pari non expressément autorisé par la loi, il n'est pas, suivant les articles 2629 et 2630, susceptible d'exécution.

À la lecture de ce commentaire, nous demeurons sceptique.

357

Dans quelle mesure peut-on affirmer que le contrat de tontine constitue un contrat de jeu et de pari devant, pour être valide, être expressément autorisé par la loi. Le nouveau Code ne définit pas ce qu'il faut entendre par contrat de jeu et de pari. Un problème de qualification se pose.

Considéré comme l'ancêtre de l'assurance vie, le contrat de tontine pourrait être un produit vendu par une compagnie d'assurance de personnes, tel un régime complémentaire de retraite ou un régime de pension.

La tontine est une opération qui regroupe des épargnants en vue de mettre des capitaux en commun et de les faire fructifier. Les adhérents s'engagent à verser périodiquement ou en un seul versement dans un fonds une prime ou cotisation. À la fin du terme convenu, les personnes encore en vie se partagent le capital augmenté des intérêts, récupérant ainsi les sommes versées par les épargnants décédés. Les héritiers n'y ont pas droit. Pour remédier à cette situation, une assurance vie peut être greffée au contrat de tontine afin de garantir un capital décès aux héritiers. Rien ne s'oppose à ce que le remboursement soit fait à n'importe lequel bénéficiaire, selon les règles prévues à cet égard aux articles 2445 C.c.Q. et suivants.

Pourquoi le contrat de tontine ne pourrait-il pas être assimilés à un contrat d'assurance vie (art. 2393 C.c.Q.), ou encore à un contrat de rente (art. 2367 C.c.Q. et s.), lesquels sont prévus et autorisés par le Code civil du Québec, ou par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* ?



L'équipe en droit de l'assurance :

Serge Baribeau*

Benoît Emery

Éric Lemay*

Claude Bédard

Jocelyne Gagné

Réjean Lizotte

Daniel Bellemare, c.r.

Claude Girard*

Michel McMillan

Adrien Bordua

Sylvie Godbout*

Sonia Paradis

Anne Caron*

Paule Hamelin

Marie St-Pierre

Sylvie Champagne

Louis Huot*

Roger Vallières*

Suzanne Courteau

Luc L. Lamarre*

André Wery

Michel Dupont*

Pierre Legault



DESJARDINS DUCHARME STEIN MONAST

SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

A V O C A T S

MONTRÉAL

600, RUE DE LA GAUCHETIÈRE OUEST
BUREAU 2400, MONTRÉAL (QUÉBEC)
H3B 4L8
TÉLÉPHONE : (514) 878-9411
TÉLÉCOPIEUR : (514) 878-9092

QUÉBEC*

1150, RUE DE CLAIRE-FONTAINE
BUREAU 300, QUÉBEC (QUÉBEC)
G1R 5G4
TÉLÉPHONE : (418) 529-6531
TÉLÉCOPIEUR : (418) 523-5391

AFFILIÉ À

TORY TORY DESLAURIERS & BINNINGTON
TORONTO, LONDRES, HONG KONG
LAWSON LUNDELL LAWSON & MCINTOSH
VANCOUVER, YELLOWKNIFE

Une nouvelle puissance sur le marché mondial de l'assurance



Nous gérons tous les aspects du risque. Nous offrons tous les types d'assurance. Nous pouvons répondre à vos besoins à peu près partout.

Nous sommes Dale-Parizeau International inc. et nous faisons maintenant partie d'ExcelNet, un réseau international formé de six courtiers-conseils en gestion de risque parmi les plus importants et les plus respectés au monde.

Grâce à la création d'ExcelNet, Dale-Parizeau International inc. peut maintenant compter sur des partenaires d'assurance d'envergure, représentés par 243 bureaux dans 70 pays.

Peu importe où vous faites des affaires, vous pouvez compter sur Dale-Parizeau International inc. et sur ExcelNet pour un service de qualité supérieure dans le monde entier.



Dale-Parizeau
INTERNATIONAL INC.

COURTIERS-CONSEILS EN ASSURANCES
ET SERVICES FINANCIERS

excelNet



Bain Hogg
An Inchcape Company



Boels & Bégault



Dale-Parizeau
INTERNATIONAL INC.

Acordia

CECAR



Inchcape
Insurance Services

La maîtrise de l'excellence



D'après Raoul Dufy

À l'exemple des grands maîtres,
le groupe droit des assurances
vise l'excellence par
la qualité et l'expertise.



Bélanger Sauvé

SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF
AVOCATS

1, Place Ville Marie, Bureau 1700, Montréal (Québec) H3B 2C1
Téléphone : (514) 878-3081 • Télécopieur : (514) 878-3053



Sodarcancan inc.

*La plus importante société de portefeuille
indépendante à propriété canadienne
oeuvrant dans les domaines suivants :*

Courtage d'assurance

Dale-Parizeau International inc.

*Le plus important courtier d'assurance
à propriété canadienne.*

Membre du réseau international Excelnet

Courtage de réassurance

B E P International Holding inc.

*Seule société de courtage de réassurance sous
contrôle canadien.*

Un chef de file de l'industrie nord-américaine.

Actuariat et consultation en avantages sociaux

MLH + A inc.

*La plus importante firme d'actuaire et de conseillers
en avantages sociaux à contrôle canadien.*

Affiliée au réseau international ASINTA.

VANCOUVER

•

SURREY

•

CALGARY

•

LONDON

•

TORONTO

•

OTTAWA

•

MONTRÉAL

•

QUÉBEC

•

LONDRES

McCarthy Tétrault

l'assurance d'un
service juridique
de premier ordre.

LE CABINET D'AVOCATS PANCANADIEN

McCarthy Tétrault

MONTRÉAL

Sylvie Lachapelle, Daniel Payette
«Le Windsor»
1170, rue Peel
Montréal (Québec) H3B 4S8
Tél. : (514) 397-4100

QUÉBEC

William J. Atkinson
Le Complexe St-Amable
1150, Claire-Fontaine #700
Québec (Québec) G1R 5G4
Tél. : (418) 521-3000

MACKENZIE GERVAIS

AVOCATS

RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE DES INGÉNIEURS,

DES COURTIERS D'ASSURANCES, DES COMPTABLES,

DES COURTIERS EN VALEURS MOBILIÈRES.

RESPONSABILITÉ DES FABRICANTS.

RESPONSABILITÉ DES AVIONNEURS ET DES TRANSPORTEURS AÉRIENS.

ENVIRONNEMENT.

PRODUITS MÉDICAUX ET PHARMACEUTIQUES.

ASSURANCES DE PERSONNES,

RÉSIDENTIELLES ET DE BIENS COMMERCIAUX.

MÉDIATION ET ARBITRAGE EN ASSURANCES.

JACK GREENSTEIN, C.R.
(514) 847-3531

GEORGES R. THIBAudeau
(514) 847-3560

ROBERT E. CHARBONNEAU
(514) 847-3518

BRUNO DUGUAY
(514) 847-3527

ALAIN-FRANÇOIS MEUNIER
(514) 847-3510

RAYMOND D. LEMOYNE
(614) 847-3542

PETER RICHARDSON
(614) 847-3549

VIRGILE A. BUFFONI
(514) 847-3511

CHRISTINE D. DUCHAINE
(514) 847-3529

SMARANDA GHIBU
(514) 847-3515

L'HONORABLE ALBERT H. MALOUF, C.R., CONSEIL

Borden • DuMoulin • Howard • Gervais
VANCOUVER • CALGARY • TORONTO • MONTRÉAL

Une association de cabinets d'avocats canadiens

RUSSELL & DUMOULIN
1500, 1075 West Georgia Street
Vancouver
(Colombie-Britannique)
V6E 3G2
Tél (604) 631-3131

HOWARD MACKIE
1000 Cantara Tower
400 Third Avenue S.W.
Calgary (Alberta)
T2P 4H2
Tél (403) 232-9500

BORDEN & FLEJOT
Scotia Plaza
40 King Street West
Toronto (Ontario)
M5H 3Y4
Tél (416) 367-6000

MACKENZIE GERVAIS S.E.C.
Place Mercantile, 13e étage
770, rue Sherbrooke Ouest
Montréal (Québec)
H3A 1G1
Tél (514) 842-9831



Bureau d'expertise des assureurs ltée

**dans chaque région
dans chaque province**

SIEGE SOCIAL, MONTRÉAL

Serge M. LaPalme, F.I.A.C.
Président et chef de la direction

André Mancini, A.I.A.C.
Vice-président du marketing / ventes

Téléphone : (514) 735-3561
Télocopieur : (514) 735-8439

BUREAU DE LA DIRECTION, TORONTO

Serge M. LaPalme, F.I.A.C.
Président et chef de la direction

Téléphone : (416) 214-2600
Télocopieur : (416) 214-2601

HALIFAX - DIVISION DE L'ATLANTIQUE

Roger M. Leduc
Vice-président

Kenneth C. Horry
Directeur du marketing

Téléphone : (902) 423-9287
Télocopieur : (902) 422-5144

**MONTRÉAL - DIVISION DU QUÉBEC
DIVISION DE L'ESTIMATION**

Clermont Chantal
Vice-président directeur

Denise L. Hamel, A.I.A.C.
Directrice du marketing / ventes

Téléphone : (514) 735-3561
Télocopieur : (514) 735-8439

TORONTO - DIVISION DE L'ONTARIO

Grant Sowerby
Vice-président

Cameron R. Lowther
Directeur du marketing
Développement de la clientèle

Deborah Robinson
Directrice du marketing
Service à la clientèle

Téléphone : (416) 214-2600
Télocopieur : (416) 214-2601

CALGARY - DIVISION DES PRAIRIES

W.A. (Bill) Tibbs
Vice-président

Téléphone : (403) 296-1300
Télocopieur : (403) 296-1316

**VANCOUVER - DIVISION DU
PACIFIQUE**

J.W. (Jack) Egery, A.I.A.C.
Vice-président

Téléphone : (604) 684-1581
Télocopieur : (604) 684-0532



**Service de réclamations d'urgence
Canada-États-Unis
1-800-263-5361**

**Réassurance
I.A.R.D.**

**Traité
Facultative**

**Proportionnelle
Excédent de sinistre**



**La Munich du Canada,
Compagnie de Réassurance**

Martineau Walker

AVOCATS

GROUPE EN DROIT DE L'ASSURANCE

<i>Benoît Mailloux</i>	(418) 640-2012
<i>Claude Paré</i>	(418) 640-2003
<i>Pierre Y. Lefebvre</i>	(514) 397-7565
<i>Guy Leblanc</i>	(418) 640-2004
<i>Claude Marseille</i>	(514) 397-4337
<i>Martin Sheehan</i>	(514) 397-4395
<i>Julien Reid</i>	(418) 640-2011
<i>Jean-François Hébert</i>	(418) 640-2024
<i>Benoît Moore</i>	(514) 397-7571

MONTRÉAL

*Tour de la Bourse, Bureau 3400, 800 Place-Victoria
Montréal, Canada H4Z 1E9 Téléphone 514/397-7400*

QUÉBEC

*Immeuble Le Saint-Patrick, Bureau 800, 140, Grande Allée Est
Québec, Canada G1R 5M8 Téléphone 418/640-2000*

Fasken Martineau

Montréal Québec Toronto Vancouver (affilié) Londres

DESMARAI PICARD GARCEAU PASQUIN

AVOCATS

MICHEL P. DESMARAI, LL.L.
MICHEL GARCEAU, LL.L.
PHILIPPE PAGÉ, LL.L.
PIERRE BOULANGER, LL.L.
GEORGES PAGÉ, LL.L.
LUCIE B. TÉTREAU, LL.B.
LUC LAPIERRE, LL.B.
PASCAL PELLETIER, LL.B.

PAUL PICARD, LL.L.
ANDRÉ PASQUIN, LL.L.
PIERRE VIENS, LL.L.
JEAN RIVARD, LL.L.
PASCAL PARENT, LL.L.
YVES ST-ARNAUD, LL.L.
NATHALIE-HÉLÈNE ROY, LL.B.

204, PLACE D'YOUVILLE
MONTRÉAL (QUÉBEC) H2Y 2B4
TÉLÉPHONE: (514) 845-5171
TÉLÉCOPIEUR: (514) 845-5578

STONE & COX LIMITED

CANADIAN INSURANCE PUBLISHERS

TABLES D'ASSURANCE-VIE, STONE & COX

Edition Français-Anglais pour les Courtiers d'assurance-vie - les 60 premières compagnies.

GENERAL INSURANCE REGISTER

Un ouvrage de référence avec profils des compagnies au Canada; un supplément financier; courtiers d'assurances générales; experts en sinistres; firmes d'experts-conseil.

BLUE CHART REPORT

Les proportions d'accomplissement pour les compagnies d'assurance de biens et de risques divers.

L'ANNUAIRE BRUN

Résultats techniques des compagnies d'assurance générales par classées.

CANADIAN INSURANCE LAW SERVICE

Statute & Bulletin service covering many Acts affecting the insurance industry. Quebec, New Brunswick and Federal volumes are bilingual.

111 PETER STREET, SUITE 202, TORONTO, ONTARIO M5V 2H1



LA
FEDERATION

COMPAGNIE D'ASSURANCES DU CANADA

Siège social :
1000, rue de La Gauchetière Ouest
Bureau 500
Montréal (Québec) H3B 4W5

Bureau régional :
5600, boul. des Galeries
Bureau 305
Québec (Québec) G2K 2A2

PEPIN LETOURNEAU

AVOCATS

ALAIN LETOURNEAU, C.R.
CLAUDE PAQUETTE
ALAIN LAVIOLETTE
ANDRÉ CADIEUX
ANNE JACOB
PASCALE CARON
CHANTAL TREMBLAY

Le bâtonnier GUY PEPIN, C.R.
ÉMILIE VALLÉE
GAÉLAN H. LEGRIS
CHARLES E. BERTRAND
CHANTALE MASSÉ
GUYLAINE MALLETTE

ROBERT J. LAFLEUR
DANIEL LETOURNEAU
MICHEL BEAUREGARD
JEAN-FRANÇOIS LÉPINE
YVES CARIGNAN
GILBERT HOURANI

Conseil

YVON BOCK, C.R., E.A.

L'HONORABLE SÉNATEUR NORMAND GRIMARD, C.R.

Suite 2200
500, Place D'Armes
Montréal H2Y 3S3

Télécopieur : (514) 284-2173

Téléphone : (514) 284-3553

MARCHAND, MAGNAN, MELANÇON, FORGET

Société en nom collectif

AVOCATS

Michel Marchand
Paul A. Melançon
Yves Tourangeau
François Shanks
Michel Sevonitto
François Heché

Pierre Magnan
Bertrand Paiement
Alain Falardeau
Jean-François Desjêlets
Lyne Beauchamp
Ruth Veilleux

Yves Forget
Serge Boucher, M.B.A.
Francis C. Meagher
Marie-Claude Thibault
Annemarie Mongillo
Jean-François LaMey

Agents de marques de commerce

CONSEIL : LE BÂTONNIER YVON JASMIN, c.r.

Tour de la Banque Nationale
600, rue de La Gauchetière Ouest, bureau 1640
Montréal (Québec) H3B 4L8
Téléphone : (514) 393-1155
Télécopieur : (514) 861-0727

"...bien sûr, même si une police d'assurance est un contrat juridique qui définit le seuil minimal de nos responsabilités, il y a nombre de cas où un sens de l'équité exige que nous reconnaissons une obligation morale éloignée de l'expression purement légale - cette considération influence constamment nos règlements."

Hendon Chubb
(1874-1960)

Notre philosophie de l'assurance



Assurez votre univers avec **CHUBB**

Chubb du Canada Compagnie d'Assurance

L'esprit d'équipe

Chez B E P International, l'esprit d'équipe est une véritable philosophie. L'expertise de chaque membre est mise à profit pour nous permettre d'atteindre notre objectif final : offrir au client les meilleurs produits de réassurance.

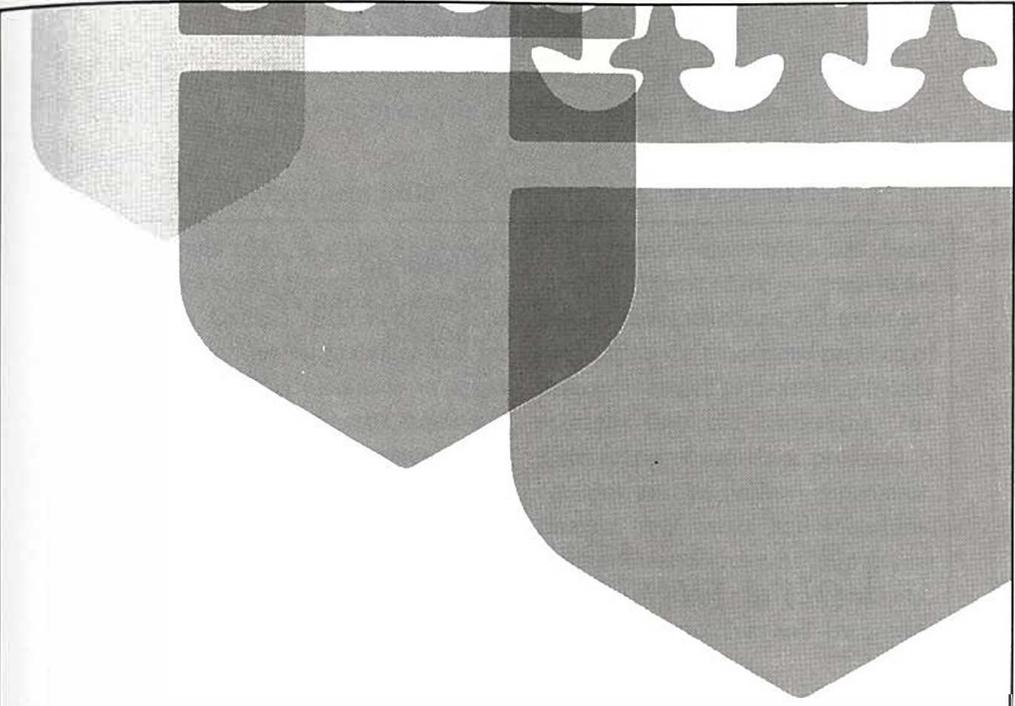
Notre stratégie repose sur une équipe rodée et experte, un plan d'action concerté et une technologie de pointe. Les résultats : des services innovateurs et polyvalents, des programmes de réassurance sur mesure pour chaque client, une réputation qui ne cesse de croître en Amérique du Nord.

Membre du Groupe Sodarcam, qui figure parmi les plus importants courtiers à l'échelle mondiale, B E P International est un chef de file canadien en courtage de réassurance depuis plus de 30 ans.



B E P International

Courtiers de réassurance
Montréal, Toronto, Jersey City, Seattle



Depuis plus d'un siècle et demi....

C'est une tradition chez nous de s'adapter aux nouveaux besoins et exigences des Québécois.

Des centaines d'agences font équipe avec la Compagnie d'Assurance du Québec et l'Assurance Royale pour offrir un service professionnel à une clientèle de plus en plus exigeante.

Un service de règlement rapide, fiable et équitable est une autre raison pour laquelle ils nous accordent leur confiance... comme les agents d'antan.

Compagnie d'Assurance du Québec 

Associée avec l'Assurance Royale depuis 1961

**Suisse de
Réassurance Vie
Canada**



Votre partenaire pour la vie!

Suisse de Réassurance Vie Canada
1010, rue Sherbrooke Ouest
Bureau 1707
Montréal (Québec)
H3A 2R7

Tél. : (514) 288-3134
Fax : (514) 288-8808

Alphonse Lepage,
Président

Assurances

*Revue trimestrielle consacrée à l'étude
théorique et pratique de l'assurance au Canada*

Un abonnement utile

Depuis 1932, la revue *Assurances* continue à suivre l'évolution de l'assurance au Canada. Elle aborde, sous l'angle théorique ou pratique, tous les aspects reliés à l'assurance et à ses techniques, y compris ceux reliés à la distribution de l'assurance. Elle s'intéresse également au droit, à l'économie, à la finance, à l'immobilier et aux valeurs mobilières et suit de près les nouvelles orientations, comme le décloisonnement des institutions financières et des intermédiaires, la réforme du *Code civil* et l'internationalisation des marchés financiers.

La revue *Assurances* : un abonnement utile. C'est pourquoi nous vous invitons à vous abonner à l'aide du coupon ci-joint. Nous serons heureux de vous compter parmi nos lecteurs assidus.

Si vous êtes déjà abonné à la revue *Assurances*, vous pourrez trouver opportun d'adresser des abonnements additionnels à d'autres membres de votre personnel.

Grâce à nos prestigieux collaborateurs et à nos fidèles annonceurs, la revue *Assurances* constitue, à un prix très abordable, une source documentaire essentielle à la compréhension de l'assurance.

A very useful tool

Assurances, which has been keeping abreast of the progress in the field of insurance since 1932, examines subjects on the theory and practice of insurance, as well as areas and activities related thereto, including the distributing of insurance products. It contains articles on law, economics, finance, real estate and securities, among others, and closely follows new trends, reforms, actual markets, statistics, practices and insurance alternatives.

Assurances can therefore be considered a very useful tool. To subscribe, simply fill out the attached subscription form. We look forward to having you among our faithful readership.

If you already subscribe to our journal, you may wish to obtain additional subscriptions for other management staff and personnel in your company.

Thanks to our renowned collaborators and faithful advertisers, *Assurances*, which is available at a reasonable price, has become an important source of information essential to understanding insurance.

LA DIRECTION

THE MANAGEMENT



MLH

DIALOGUER AU PRÉSENT | DÉCIDER POUR L'AVENIR

MLH + A INC., actuaires et conseillers

Montréal Québec Laval Toronto Hamilton Edmonton Calgary Vancouver



Sodercan Inc.