

Les assurances primaires et excédentaires revisitées^{*}

*Sébastien LANCTÔT^{**}*

*Julie DEVROEDE^{***}*

*Hugo FILIATRAULT^{****}*

Résumé

L'utilité des assurances primaires et excédentaires ne saurait être contestée. Bien que le processus puisse, à première vue, sembler fort simple, la mise en œuvre de telles protections n'est pas sans soulever de nombreuses questions, particulièrement en ce qui concerne les rôles

Abstract

The practicality of primary and excess insurance cannot be disputed. Although the process may seem very simple at first sight, the implementation of such protections raises numerous questions, particularly in regards to the respective roles of the primary and excess

^{*} Cette recherche a été réalisée grâce au soutien financier du Fonds pour l'éducation et la saine gouvernance de l'Autorité des marchés financiers (« l'Autorité »). Les informations, renseignements, opinions et avis exprimés dans le présent article n'engagent toutefois que la responsabilité des auteurs. En conséquence, le contenu de cet article ne reflète pas nécessairement l'opinion de l'Autorité, et les erreurs éventuelles relèvent de la responsabilité des seuls auteurs. Les auteurs tiennent à remercier très vivement l'Autorité des marchés financiers pour son important appui financier, sans lequel les travaux de recherche et de rédaction ayant mené à la publication du présent article n'auraient pu avoir lieu. Également, les auteurs tiennent à remercier M^e Pierre Visockis, du cabinet Fraticelli Provost s.e.n.c.r.l. et M^e Geneviève Cotnam, du cabinet Stein Monast s.e.n.c.r.l., pour leurs précieux commentaires. Le présent texte s'inspire du chapitre d'un ouvrage qui est présentement en cours de rédaction.

^{**} LL.B., LL.M., D.E.S.S.cl., D.C.L., avocat au Barreau du Québec et professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

^{***} LL.B., étudiante à l'École du Barreau du Québec.

^{****} LL.B., étudiant à l'École du Barreau du Québec.

respectifs des assureurs primaires et excédentaires face à leur assuré. Malgré une volonté d'uniformiser les pratiques dans ce domaine, le fait est qu'il existe peu de réglementation qui y soit facilement applicable. Également, la diversité des produits disponibles sur le marché contribue à la complexité de l'exercice. Les auteurs exposent les problématiques soulevées par ce type de couverture ainsi que l'ensemble des solutions qui y sont proposées, afin de faire une étude exhaustive de la situation actuelle en matière d'assurances primaires et excédentaires en droit civil québécois ainsi qu'en common law canadienne.

insurers towards their insured. In spite of a will to standardize the practices in this field, the fact remains that there is a lack of clear rules to be applied. Also, the variety of products available on the market contributes to the complexity of the process. The authors explain the problems raised by this type of coverage as well as the suggested solutions, to produce a thorough analysis of the current situation in primary and excess insurances in Quebec civil law as well as in Canadian common law.

Plan de l'article

Introduction	55
I. Historique	55
A. Généralités	55
B. <i>La Convention entre assureurs en première ligne et complémentaires relativement au règlement des sinistres de responsabilité civile</i>	57
II. Définition	57
A. Distinctions	58
B. La législation	59
1. <i>Le Code civil du Québec</i>	60
2. La législation des provinces de common law	60
III. Les types de police	62
A. La police « follow form »	62
B. La police « umbrella »	63
C. Le cas où l'assuré souscrit uniquement une police excédentaire	64
IV. Les buts et fonctions de l'assurance excédentaire	64
V. Les clauses	65
A. Généralités	65
B. Les clauses « autre assurance » dans la police primaire	65
VI. Application pratique	66
A. L'obligation de défendre	67
1. Une décision importante: <i>Alie v. Bertrand & Frère Construction Co.</i>	71

2. L'obligation de défendre en droit québécois	73
3. L'obligation de défendre en appel.....	76
4. L'aspect financier : le partage des frais de défense.....	77
5. Le recours de l'assureur excédentaire	78
6. La gouverne de la défense.....	79
7. L'intervention de l'assureur excédentaire au litige.....	79
8. Fin de l'obligation de défendre	81
9. L'obligation de bonne foi de l'assureur primaire et le règlement du litige.....	82
B. La faillite de l'assureur primaire.....	86
1. Les obligations de l'assureur excédentaire en cas de faillite ou d'insolvabilité de l'assureur primaire.....	86
2. Le « drop down »	88
C. Période de couverture.....	89
D. Les rapports entre les intervenants.....	90
1. La tardiveté d'une déclaration de sinistre à l'assureur excédentaire	90
2. La clause d'exclusion dans la police primaire	90
Conclusion	92

L'assurance excédentaire est souscrite directement par l'assuré et lui offre une protection additionnelle, au cas où il subirait des dommages excédant les limites de couverture d'une autre protection assurantielle, l'assurance primaire.

Au titre deuxième, intitulé « Des contrats nommés », du Livre V, le *Code civil du Québec* prévoit, à la section II, des dispositions applicables au domaine de l'assurance terrestre. Le Code prévoit une série de dispositions régissant les rapports entre trois intervenants : le tiers, l'assuré et l'assureur. Cependant, cette relation tripartite se complexifie lorsque de nouveaux acteurs entrent en scène. C'est notamment le cas en matière d'assurance primaire et excédentaire. Le législateur québécois ne traite à aucun endroit dans le Code civil des polices d'assurance excédentaire. L'application des dispositions du Code civil à ces polices demeure donc incertaine, tout comme la nature des règles devant régir les rapports entre les assureurs primaire et excédentaire ou entre plusieurs assureurs excédentaires.

Dans le présent texte, nous définirons d'abord l'assurance primaire et excédentaire. Ensuite, nous décrirons les différents types d'assurance excédentaire tout en exposant le but et l'utilité de cette forme d'assurance. Puis, nous nous attarderons à l'effet de la présence de différents types de clauses dans certaines polices primaires et excédentaires. Enfin, les questions soulevées en pratique par l'assurance excédentaire seront abordées, ainsi que les pistes de solution avancées par la doctrine et la jurisprudence, et ce, tant en droit québécois qu'en common law.

I. Historique

A. Généralités

Les assurances excédentaires étaient très populaires dans les années 30. Ce phénomène encouragea le Lloyd's of London¹ à créer les polices de type

¹ « La procédure particulière de couverture des risques pas le Lloyd's remonte aux origines de cette institution. Celle-ci n'est pas une entreprise, c'est un marché. Les armateurs qui voulaient assurer un navire dépêchaient un représentant dans les tavernes, un carnet à la main, pour recruter les détenteurs de liquidités désireux de les faire fructifier en souscrivant à une partie du risque. Sous sa forme moderne, le marché du Lloyd's se présente comme une constellation d'entreprises, d'individus agissant en leur nom

« umbrella » dans les années '40. Elles se présentaient soit sous forme de « certificats » joints à la police d'assurance, dont la prime était déterminée séparément, ou encore comme une police séparée, qui portait alors le nom de « *Blanket Catastrophe Liability Insurance* ».

À compter des années 50, ce type de police se répand aux États-Unis. Sa popularité s'explique par le fait qu'elle permet d'avoir accès à une protection supplémentaire, en sus de l'assurance de base. Au début des années 60, ce type de couverture pose toutefois problème. En effet, la protection étant trop étendue, elle perd son caractère exceptionnel, entraînant du coup une plus faible rentabilité pour les assureurs. Or, depuis, les primes ont augmenté, ce qui a, en grande partie, contribué à régler ce problème.

En 1985, le marché de l'assurance subit une crise qui entraîne des difficultés pour de nombreux assureurs. Conséquemment, il devient très difficile, à cette époque, de se procurer une assurance excédentaire ayant une limite de garantie élevée. Graduellement, la situation s'est par la suite rétablie. Heureusement, car les assurés ont grand besoin de la protection que peuvent leur offrir les assurances excédentaires. Citons, à titre d'exemple, le cas de l'assurance de responsabilité puisque, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux ont parfois tendance à se montrer plus généreux au moment d'accorder des dommages-intérêts.

personnel et de corps constitués, en grande partie régis par l'autoréglementation. Depuis les débuts historiques, la fonction essentielle de l'assurance a été remplie par des « syndicats » autonomes. Ces derniers sont composés de souscripteurs (*underwriters*) prenant chacun une part quantifiée du risque, pour un contrat donné. Ils ont le statut d'un joint-venture (sorte de groupement d'intérêt économique) à durée limitée, qui doit être reconstitué chaque année. Plusieurs syndicats peuvent participer à la couverture d'un contrat donné, mais la responsabilité de chacun des membres est limitée à la part qu'il y a prise, tout en la garantissant par l'ensemble de ses biens » : Tristan DOELNITZ, « Lloyd's », dans *Encyclopaedia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com/>>. Par ailleurs, « [l]e Lloyd's (ou "les" Lloyd's, sous entendu : les syndicats du Lloyd's) n'est rigoureusement pas une société ou organisme d'assurance comme trop souvent imaginé, ni un intermédiaire d'assurance, mais une bourse d'assurance, un marché d'assurance et de réassurance [...] » : Christian SAINRAPT, *Dictionnaire général de l'assurance*, Ris-Orangis, Arcature, 1996.

B. La Convention entre assureurs en première ligne et complémentaires relativement au règlement des sinistres de responsabilité civile

Le Bureau d'assurance du Canada a rédigé, en 1984, le projet de *Convention entre assureurs en première ligne et complémentaires relativement au règlement des sinistres de responsabilité civile*. Il s'agissait d'une tentative pour uniformiser les rapports entre assureurs primaires et excédentaires. La convention est entrée en vigueur en 1985². Nous y reviendrons en détail plus loin dans notre discussion. Mais, pour l'instant, qu'il suffise de dire que cette convention établit des lignes directrices devant gouverner les rapports entre assureurs de niveau primaire et excédentaire en ce qui concerne l'exécution de leurs obligations respectives. À titre d'exemple, cette convention contient des dispositions traitant de l'obligation de défendre des assureurs, du règlement des litiges et de l'étendue de l'obligation d'information entre assureurs primaire et excédentaire.

II. Définition

Comme cela a déjà été énoncé, la police d'assurance excédentaire est souscrite directement par l'assuré qui cherche à obtenir une protection supplémentaire à celle que lui fournit son assurance de première ligne³.

Il importe de mentionner que rien ne s'oppose à ce qu'une seule police d'assurance excédentaire s'applique en excédent de plusieurs polices d'assurance primaires. Toutefois, l'assuré souscrit habituellement une police excédentaire distincte pour chaque police primaire. De plus, l'assurance excédentaire peut offrir une couverture moins étendue que la police primaire. Également, il est possible de souscrire plus d'une police excédentaire accessoirement à une seule police primaire, ce qui permet d'avoir

² INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, « Assurance primaire et assurance excédentaire », dans *Conflits en assurance responsabilité*, Mississauga, Insight Press, 1989, p. 1, à la page 8; Paul McCAGUE, « Primary and Excess Insurance », dans *Liability Insurance Coverage Disputes*, Mississauga, Insight Press, 1991, aux pages 6 et 7.

³ Sébastien LANCÔT et Paul A. MELANÇON, « De la nature du contrat et des diverses espèces d'assurance », dans Sébastien LANCÔT et Paul A. MELANÇON (dir.), *Commentaires sur le droit des assurances et textes législatifs et réglementaires*, Montréal, LexisNexis, 2008, p. 9, aux pages 27 et 28.

accès à des limites de couverture très élevées de façon économique. Cette technique est connue sous le nom de « layering »⁴.

A. Distinctions

D'abord, une distinction s'impose entre les polices primaires et excédentaires du point de vue de leur exécution. L'assurance primaire est engagée dès que le risque couvert se réalise, alors que la protection excédentaire n'entre en jeu que si un sinistre cause des dommages qui excèdent les limites de couverture de l'assurance primaire. Il importe de souligner que les deux polices offrent des niveaux de protection distincts et bien établis. Les limites de l'assurance primaire doivent être épuisées avant que l'assuré puisse solliciter l'indemnité à laquelle il a droit en vertu de la police excédentaire⁵.

Il y a également une distinction à faire entre les polices excédentaires classiques et les polices excédentaires de type « umbrella ». En général, la police « umbrella » offre une couverture double. Elle propose une protection excédentaire classique en plus d'une assurance de première ligne pour des risques qui ne seraient pas couverts par la police primaire. Il s'agit en fait d'une police hybride, combinant une protection primaire et une protection excédentaire⁶.

Nous étudierons cet aspect de façon plus exhaustive dans une section ultérieure de la présente analyse. Pour l'instant, considérant le mutisme des lois applicables en cette matière, il importe de référer à certaines règles développées par la jurisprudence.

Dans l'affaire *McKenzie v. Dominion of Canada General Insurance Co.*⁷, l'assuré est titulaire de trois polices d'assurance de responsabilité. Alors qu'il conduit son bateau, il entre en collision avec une autre embarcation. Des poursuites sont intentées contre l'assuré en raison des dommages causés par cet événement. Il s'agit alors de déterminer lequel des assureurs est tenu au paiement de l'indemnité dans l'éventualité où les dommages

⁴ Francis TIERNEY, *A Guide to Effective Insurance*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1992, p. 256.

⁵ *Trenton Cold Storage v. St. Paul Fire & Marine*, [2001] I.L.R. I-3990, par. 24 (Ont. C.A.); *McKenzie v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, 2007 ONCA 480, par. 43.

⁶ *Trenton Cold Storage v. St. Paul Fire & Marine*, préc., note 5, par. 23.

⁷ *McKenzie v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, préc., note 5.

dépassent la limite de couverture de l'assurance propre au bateau. La Cour d'appel décide que deux de ces polices sont de niveau primaire, alors que la troisième est excédentaire. Ce dernier assureur sera donc tenu de verser une indemnité seulement si les limites de garantie des deux assurances primaires sont épuisées⁸. Cette décision récente illustre bien les rôles distincts des assureurs primaires et excédentaires.

B. La législation

Le Québec se démarque par l'absence de législation spécifique concernant les rapports entre assureurs primaires et excédentaires⁹. La situation est semblable dans les provinces de common law. Tel qu'il a déjà été mentionné, afin de remédier à cette situation, le Bureau d'assurance du Canada a élaboré la *Convention entre assureurs en première ligne et complémentaires relativement au règlement des sinistres de responsabilité civile*. Ce « code de conduite » est entré en vigueur en 1985, à la suite de son approbation par la majorité des assureurs faisant affaire au Canada. La convention établit les lignes directrices suivantes :

- 1) L'assureur primaire assume la responsabilité de l'enquête et de la défense ;
- 2) En cas d'insuffisance du montant d'assurance primaire, l'assureur de première ligne avise l'assuré, qui doit informer l'assureur excédentaire susceptible de devoir verser une indemnité ;
- 3) Dans ce cas, l'assureur primaire fournit à l'assureur excédentaire les renseignements pertinents au litige ;
- 4) L'assureur excédentaire peut demander de participer au litige, mais ne peut s'imposer à l'assureur primaire ;
- 5) Dans le cas où l'assureur excédentaire est pleinement à risque, les assureurs peuvent convenir des conditions financières régissant leur collaboration. À défaut d'entente, la participation sera au prorata de la participation de la solution du litige ;

⁸ *Id.*, par. 21.

⁹ INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, préc., note 2, à la page 7.

6) En cas d'appel, la responsabilité de la défense revient toujours à l'assureur primaire. Il a l'obligation d'informer l'assureur excédentaire dans les plus brefs délais de sa décision de ne pas en appeler, afin de lui permettre d'inscrire en appel s'il le souhaite ;

7) En cas de conflit, les assureurs acceptent l'arbitrage ;

8) L'assureur excédentaire ne doit pas inciter l'assureur primaire à accepter un règlement qu'il croit excessif.

Cette convention est toujours en vigueur aujourd'hui. La dernière mise à jour date de mars 1996. L'adhésion y est volontaire et, actuellement, près d'une cinquantaine d'assureurs canadiens sont signataires de cette convention¹⁰.

1. Le *Code civil du Québec*

Par l'effet de l'article 2496 C.c.Q., qui s'applique seulement en assurance de biens, lorsque deux polices d'assurance semblent couvrir le même risque, si l'une d'elles est spécifique et l'autre générale, l'assurance spécifique devient primaire alors que l'assurance générale devient excédentaire. Illustrons ce principe par un exemple. Si le propriétaire d'un immeuble souscrit une police d'assurance de biens générale de même qu'une police d'assurance incendie, l'assurance incendie, plus spécifique, sera considérée comme l'assurance de première ligne en cas d'incendie, alors que l'assurance de biens générale y sera excédentaire. Nous ne retrouvons pas d'équivalent à l'article 2496 C.c.Q. en assurance de responsabilité. Également, cette disposition ne répond d'aucune façon aux interrogations relatives aux rapports entre les assureurs primaire et excédentaire.

2. La législation des provinces de common law

En vertu de l'article 257 de l'*Insurance Act* de l'Ontario¹¹, lorsque l'assuré est couvert par plusieurs polices et qu'au moins une d'entre elles est excédentaire, les assureurs doivent contribuer aux frais de défense de l'assuré en proportion de leur responsabilité respective de l'indemniser. De

¹⁰ BUREAU D'ASSURANCE DU CANADA, *Signatories to Primary and Excess Liability Insurers Agreement (Revised Agreement effective March 1, 1996)*, Bureau d'assurance du Canada, 2009.

¹¹ *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I. 8, art. 257.

plus, puisqu'il peut être difficile de déterminer quelle est la responsabilité respective de chaque compagnie d'assurance, l'assureur excédentaire peut décider d'attendre que le litige soit tranché et que la responsabilité de chaque assureur d'indemniser l'assuré soit clairement établie avant de payer sa part des frais de défense. Cette disposition se lit comme suit :

« 257 (6) Where indemnity is provided to the insured under two or more contracts and one or more of them are excess insurance, the insurers shall, as between themselves, contribute to the payment of expenses, costs and reimbursement for which provision is made in section 245 in accordance with their respective liabilities for damages awarded against the insured. »

Dans plusieurs cas, la législation locale des provinces en matière d'assurance multiple assiste grandement les tribunaux lorsqu'il est question, en cas de pluralité d'assureurs, de répartir les rôles des assureurs primaire et excédentaire.

Examinons d'abord la décision *Baker v. Insurance Corp. of British Columbia*¹². L'assuré, victime d'un accident de la route, était couvert par deux polices d'assurance, alors que l'une d'entre elles contenait une stipulation selon laquelle l'indemnité n'était payable qu'en excédent de tout programme provincial de soins médicaux. De plus, une clause de la même police indiquait que cette assurance était excédentaire à tout montant remboursé par un régime d'assurance maladie gouvernemental ou toute autre assurance. Puisqu'il n'y avait pas de conflit entre la législation provinciale et le contenu des polices, la Cour a donné plein effet à ces stipulations¹³.

Dans une autre décision¹⁴, le Tribunal devait interpréter la législation ontarienne afin de déterminer quel assureur devait être considéré l'assureur primaire et lequel devait être considéré l'assureur excédentaire. La Cour supérieure de l'Ontario a décidé que le paragraphe 6 de l'article 268 de l'*Insurance Act*¹⁵ de l'Ontario, qui fait en sorte que l'assurance automobile est excédentaire à toute autre police d'assurance, n'avait pas d'effet sur une police d'assurance qui était clairement, selon ses propres termes, excédentaire à toute autre police en vigueur et ne pouvait pas servir à

¹² *Baker v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1994] I.L.R. I-3135 (B.C.S.C.).

¹³ *Id.*, par. 6 et 7.

¹⁴ *Travel Insurance Co-Ordinators Ltd. v. ING Halifax Insurance Co.*, [2002] I.L.R. I-4053 (Ont. S.C.J.).

¹⁵ *Insurance Act*, préc., note 11, art. 268(6).

transformer une telle police en police primaire¹⁶. Dans un tel cas, l'assureur automobile pourrait être tenu à titre primaire¹⁷. Ce principe fut réitéré par la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *Axa Insurance v. Dominion of Canada General Insurance Company*¹⁸ et *RBC Travel Insurance Co. v. Aviva Canada Ltd*¹⁹.

La qualification d'une assurance comme excédentaire est essentiellement une question de fait, qui est fonction du libellé de la police. Examinons maintenant les différents types de polices d'assurance excédentaires disponibles sur le marché.

III. Les types de police

Il y a deux principaux types d'assurance excédentaire : l'assurance excédentaire « follow form » et l'assurance excédentaire « umbrella ».

Chaque police d'assurance excédentaire, peu importe la catégorie à laquelle elle appartient, a des caractéristiques particulières. Il est donc important de cerner la couverture offerte et les exclusions de la police excédentaire en cause dans chaque affaire.

A. La police « follow form »

Les polices excédentaires de type « follow-form » offrent la même couverture que l'assurance primaire et reprennent, habituellement, les termes de cette dernière. Elles sont donc généralement sujettes aux mêmes exclusions que la police primaire. Toutefois, ces polices offrent une garantie pour les montants excédant les limites de couverture de l'assurance primaire qui n'est pas disponible avant que les montants payables en vertu de la police primaire ne soient épuisés. En aucun cas, dans une police de type « follow form », l'assureur ne sera tenu de fournir une protection de première ligne²⁰. De plus, l'annulation de la police primaire entraîne, au

¹⁶ *Travel Insurance Co-Ordinators Ltd. v. ING Halifax Insurance Co.*, préc., note 14, par. 10.

¹⁷ *Id.*, par. 10 et 16.

¹⁸ [2005] I.L.R. I-4346, par. 28 (Ont. C.A.).

¹⁹ [2006] I.L.R. I-4545, par. 26, 27, 38, 41, 43-45 (Ont. C.A.).

²⁰ P. McCAGUE, préc., note 2, à la page 17.

même moment, l'annulation de la police excédentaire de type «*follow form*».

B. La police «umbrella»

Le principal intérêt des polices «umbrella» réside dans la couverture plus étendue qu'elles offrent par rapport aux polices excédentaires classiques. En effet, elles offrent non seulement une protection lorsque les limites de la police primaire sont atteintes, comme toutes les polices excédentaires, mais également une couverture pour des aspects qui ne seraient pas couverts par la police primaire. Elles peuvent par exemple couvrir un territoire plus large ou inclure plus de personnes ou d'entités à titre d'assurées.

Par conséquent, les polices «umbrella» jouent le rôle d'une police d'assurance primaire dans certaines circonstances, avec tout ce que cela implique, principalement l'obligation de défendre l'assuré. Ce phénomène est appelé «drop down», faisant référence au fait que la protection de deuxième niveau descend en quelque sorte au niveau de protection de premier rang.

Une autre caractéristique est que ces polices exigent habituellement de l'assuré qu'il maintienne en vigueur une assurance de première ligne. Parfois, la police d'assurance excédentaire fera expressément mention des polices d'assurance primaires que l'assuré doit détenir²¹. En cas de manquement de l'assuré, la police ne sera pas nulle. Par contre, l'assureur excédentaire ne pourra, en aucun cas, être tenu d'assumer les montants qui auraient autrement été couverts par la police primaire. Toutefois, la diminution du montant disponible au titre d'une couverture primaire en raison du paiement d'une indemnité ne constitue pas un manquement à cette condition.

Également, il est possible dans les polices «umbrella» qu'une franchise doive être assumée par l'assuré. Il s'agit de la rétention. Ce ne sera pas le cas lorsque la police excédentaire entre en jeu pour compléter la protection offerte par la police primaire. Par contre, lorsque cette assurance entre en jeu à titre d'assurance de première ligne pour des sinistres qui ne sont pas couverts par la police primaire, l'assuré pourra être tenu d'assumer

²¹ F. TIERNEY, préc., note 4, p. 252.

une rétention par sinistre, c'est-à-dire d'assumer lui-même une première portion des dommages, dont le montant maximal doit être prévu au contrat.

C. Le cas où l'assuré souscrit uniquement une police excédentaire

Dans certains cas, plus rares, l'assuré souscrit une police excédentaire en l'absence d'assurance primaire, et ce, à la connaissance de l'assureur. L'assurance de première ligne est alors remplacée par une tranche d'auto assurance (assumée par l'assuré). Si cette tranche est suffisamment importante et que l'assuré accepte en toute connaissance de cause le fait qu'il devra assumer les obligations qui incombent normalement à l'assureur primaire, l'assureur excédentaire peut agir comme tel. Par exemple, il pourra stipuler l'exclusion de l'obligation de défendre dans la police. Il n'est toutefois pas certain que cette pratique serait reconnue par les tribunaux québécois²². Par contre, si le montant à être assumé par l'assuré est plutôt modeste, il s'agit plutôt d'une franchise. En pareil cas, il est clair que l'assureur ne saurait aussi facilement se soustraire à l'application des règles impératives du Code civil²³.

IV. Les buts et fonctions de l'assurance excédentaire

Les polices excédentaires permettent d'augmenter la protection disponible à l'assuré en cas de sinistre, à un coût bien moindre que ne le serait l'augmentation de la limite de couverture d'une police de première ligne²⁴.

Les couvertures de type « *umbrella* » visent plus particulièrement trois buts²⁵. Elles permettent d'abord, comme toutes les assurances excédentai-

²² *La Prévoyance c. Commission scolaire des écoles catholiques de Montréal*, [1990] R.R.A. 433, par. 13, 14, 16, 19 et 23 (C.A.).

²³ John S. NICHOLL et Nathalie DAVID, « Partage des obligations de défendre et d'indemniser entre assureurs primaires et excédentaires », dans *Partage des obligations de défendre et d'indemniser entre plusieurs assureurs*, Toronto, Insight Press, 1995, p. 157, à la page 161.

²⁴ F. TIERNEY, préc., note 4, p. 252.

²⁵ Rémi MOREAU, « L'assurance de responsabilité civile complémentaire des entreprises », (1989) 57-1 *Assurances* 84, 85.

res, d'avoir accès à des limites de couverture plus élevées. Ensuite, et ce, contrairement aux polices excédentaires classiques, elles peuvent offrir une protection plus large que celle de l'assurance primaire, qui peut alors être sujette à une franchise. Enfin, elles « poursuivent » l'exécution des obligations de l'assureur primaire dans le cas où les limites de sa garantie sont épuisées. Ce type d'assurance offre donc à la fois une couverture verticale, en offrant une protection excédentaire lorsque les limites des assurances sous-jacentes sont atteintes, et une couverture horizontale, en offrant une protection de première ligne lorsqu'aucune assurance primaire ne s'applique²⁶.

V. Les clauses

A. Généralités

Les clauses de la police excédentaire sont habituellement semblables à celles de la police primaire. Toutefois, la police d'assurance excédentaire contient souvent des clauses spécifiques, différentes ou additionnelles, qui reflètent sa nature subsidiaire. Il peut s'agir, entre autres, de clauses exigeant qu'une police d'assurance primaire soit maintenue en vigueur. Également, il pourrait y avoir des clauses relatives à l'obligation de défendre de l'assureur pour l'exclure (ceci n'est pas possible dans tous les systèmes), la limiter ou en établir les paramètres²⁷. De plus, le taux de prime applicable à la police excédentaire tient compte de l'existence et des limites de la police primaire²⁸.

B. Les clauses « autre assurance » dans la police primaire

Certaines polices d'assurance de première ligne contiennent une clause excédentaire, ou « *excess clause* », qui stipule qu'en cas de pluralité d'assurances, toute autre police couvrant le même risque sera considérée primaire, et la police contenant cette clause n'entrera en jeu que si les

²⁶ Craig BROWN et Julio MENEZES, *Insurance Law in Canada*, vol. 2, Scarborough, Carswell, 1999, feuilles mobiles, à jour au 1^{er} décembre 2008, p. 18-26.

²⁷ Stephen A. COZEN, « Rights and duties of primary and excess carriers », dans *Liability Insurance, coverage disputes*, préc., note 2, à la page 6.

²⁸ *Id.*

garanties offertes par la première sont épuisées. Tel que le mentionne une auteure dans un récent ouvrage, ce type de clause « [...] redefines the policy coverage where other insurance is in place for a given loss »²⁹. Essentiellement, ce type de clause vise à transformer la police primaire en police excédentaire dans le cas où l'assuré est couvert par d'autres assurances de première ligne. En assurance de biens, du moins au Québec, les clauses « autre assurance » sont inopposables à l'assuré en raison de l'article 2496 C.c.Q.³⁰ Cette disposition est d'ordre public en vertu de l'article 2414 C.c.Q.

Toutefois, il n'est pas suffisant qu'une police d'assurance contienne une clause excédentaire pour conclure qu'il s'agit réellement d'une assurance excédentaire. Il est impératif d'analyser la police dans son ensemble pour déterminer la nature de la couverture offerte³¹. Également, la clause excédentaire ne trouve application qu'en cas de polices d'assurance concurrentes, plutôt que lorsque l'une des polices vise clairement, dès sa conclusion, une assurance excédentaire³².

Nous ne nous attarderons pas davantage sur cet aspect, qui se rattache plutôt au domaine des assurances multiples.

À ce stade, il est pertinent d'examiner les questionnements et incertitudes soulevés en pratique par les assurances primaires et excédentaires, ainsi que les solutions qui sont proposées.

VI. Application pratique

Les situations impliquant des assurances primaires et des assurances excédentaires ont soulevé de nombreux débats en pratique. Conséquemment, des pistes de solution ont été avancées pour remédier aux problèmes les plus fréquents dans ce domaine.

²⁹ Barbara BILLINGSLEY, *General principles of Canadian Insurance Law*, Markham, LexisNexis, 2008, p. 327.

³⁰ Geneviève COTNAM, « La multiplicité d'assurances : comment s'y reconnaître? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des assurances* (2005), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 81, à la page 93.

³¹ *Trenton Cold Storage v. St. Paul Fire & Marine*, préc., note 5, par. 21.

³² G. COTNAM, préc., note 30, à la page 94.

A. L'obligation de défendre

L'obligation de défendre se traduit en pratique par l'obligation de l'assureur de confier à un avocat le mandat de défendre son assuré de même que de payer ses honoraires. Les frais d'expert nécessaires à la défense de l'assuré sont également à la charge de l'assureur³³.

L'obligation de défendre est distincte de l'obligation d'indemniser. Elle est également plus large que l'obligation d'indemniser³⁴. C'est une problématique importante en matière d'assurance primaire et excédentaire. Alors que l'obligation d'indemniser de l'assureur n'existe que du moment qu'un jugement est rendu contre son assuré, l'obligation de défendre lui est imposée dès le début des procédures³⁵. Afin de bénéficier de l'obligation de défendre, l'assuré doit démontrer que la réclamation est à première vue couverte par la police d'assurance³⁶.

Antérieurement, l'assuré qui souhaitait réclamer l'exécution en nature de l'obligation de défendre utilisait la procédure d'appel en garantie, avec pour inconvénient qu'il était tenu d'avancer ses frais de défense³⁷. Depuis la décision *Compagnie d'assurance Wellington c. M.E.C. Technologie Inc.*³⁸, un recours particulier nommé « requête Wellington » permet d'obtenir plus rapidement l'exécution de l'obligation de défendre d'un assureur récalcitrant. Cette procédure est plus appropriée que l'appel en garantie,

³³ Emmanuelle POUPART, « Des assurances de responsabilité », dans S. LANCÔT et P.A. MELANÇON (dir.), préc., note 3, à la page 210.

³⁴ *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, par. 13, 17 et 21; *Pari-zeau c. Fonds d'assurance responsabilité du Barreau*, [1997] R.J.Q. 2184, par. 12 (C.A.); *Compagnie d'assurances Missisquoi c. Syndicat de la copropriété le Berri-Bonsecours*, 2009 QCCA 653, par. 4; *Bérubé c. Johnston*, 2008 QCCS 4589, par. 70; *Compagnie d'assurances ING du Canada c. Montréal (Ville)*, 2009 QCCS 1711, par. 45; *C (H.) c. Turcotte*, 2009 QCCS 1875, par. 184.

³⁵ E. POUPART, préc., note 33, à la page 211.

³⁶ *Nichols c. American Home Assurance Co.*, préc., note 34, par. 13, 14 et 16; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 29, 55 et 78; *Sansalone c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 R.C.S. 627, par. 5; *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, [2001] 2 R.C.S. 699, par. 1, 2 et 28; *Boréal Assurances inc. c. Réno-Dépôt Inc.*, [1996] R.J.Q. 46, par. 37 et 54 (C.A.).

³⁷ Dominic NAUD et Attieha CHAMAA, « L'obligation de défendre : les tribunaux ont-ils fait le tour du jardin ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des assurances (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 67, à la page 79.

³⁸ *Compagnie d'assurance Wellington c. M.E.C. Technologie Inc.*, [1999] R.R.A. 61 (C.A.).

car elle est adaptée aux particularités de l'obligation de défendre³⁹. Il est important de souligner qu'un assureur excédentaire ne peut pas utiliser la « requête Wellington » pour contraindre l'assureur primaire à s'acquitter de son obligation de défendre. L'assureur ne peut non plus profiter d'une telle requête qui serait dirigée contre lui par l'assuré pour réclamer la contribution d'un autre assureur. La question du partage des frais doit se régler entre les assureurs seulement⁴⁰.

L'obligation de défendre doit être déterminée à la lumière d'une analyse *prima facie*⁴¹ des procédures, des réclamations et des informations qui y sont contenues⁴² et la seule possibilité que la réclamation soit couverte par le contrat d'assurance suffit à donner ouverture à l'obligation de défendre de l'assureur⁴³. La naissance de l'obligation de défendre est fonction des allégations contenues dans les actes de procédure, plutôt que de la décision relative au bien-fondé de la demande en justice au terme d'un procès. Autrement dit, elle repose sur les allégations des procédures plutôt que sur les faits prouvés lors du procès⁴⁴. Par contre, le tribunal ne doit pas se restreindre aux seuls termes employés dans les actes de procédure. Il doit plutôt examiner la « nature véritable de la demande »⁴⁵. Pour ce faire, le tribunal peut avoir recours à certains éléments de preuve extrinsèques mentionnés dans les actes de procédure⁴⁶.

C'est donc dire que dès que l'assureur est susceptible de devoir indemniser son assuré, il est aussi tenu à l'obligation de défendre ce dernier. Donc, en théorie, l'assureur excédentaire serait tenu à l'obligation de défendre du moment que la somme réclamée est supérieure à la limite de couverture de la police primaire et donne ouverture à l'application de l'assurance excédentaire. En pratique, il y a toutefois plusieurs nuances.

³⁹ D. NAUD et A. CHAMAA, préc., note 37, à la page 80.

⁴⁰ *Sweibel c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, [2003] R.R.A. 1365 (C.S.); D. NAUD et A. CHAMAA, préc., note 37, à la page 86.

⁴¹ *Hoyos c. Chubb Insurance Company of Canada*, 2008 QCCA 1296, par. 19 et 27.

⁴² *Compagnie d'assurances Missisquoi c. Syndicat de la copropriété le Berri-Bonsecours*, préc., note 34, par. 5.

⁴³ *Deas c. Maréchal*, 2009 QCCS 248, par 10; *Corriveau c. Powers*, 2009 QCCQ 2448, par. 8.

⁴⁴ *Compagnie d'assurances ING du Canada c. Montréal (Ville)*, préc., note 34, par. 45.

⁴⁵ *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, préc., note 36, par. 50; E. POUPART, préc., note 33, à la page 213.

⁴⁶ *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, préc., note 36, par. 36; E. POUPART, préc., note 33, à la page 214.

L'affaire *Axa Insurance v. Dominion of Canada General Insurance Company*⁴⁷, que nous avons déjà examinée en regard de l'attribution des rôles d'assureur primaire et excédentaire, contient aussi des enseignements pertinents relatifs à l'obligation de défendre. En effet, le juge Macpherson indique que ce n'est qu'à partir du moment où l'assurance primaire est réellement épuisée que l'assureur excédentaire sera responsable d'assumer une part des frais de défense de l'assuré. C'est ce qui découle des termes de la police d'assurance excédentaire, auxquels il y a lieu de donner effet⁴⁸. Le juge prend soin de préciser en *obiter* que, dans certaines circonstances, un assureur primaire pourrait demander à l'assureur excédentaire de contribuer aux frais de défense de l'assuré avant que ses limites de garantie ne soient atteintes. Il cite en exemple le cas où il est évident, dès le début du litige, que la perte encourue épuiserait les limites de garantie de l'assurance primaire⁴⁹.

Toutefois, il faut être vigilant lorsqu'un assureur excédentaire est tenu responsable d'assumer une partie des frais de défense parce qu'il semble manifeste que sa couverture sera nécessaire pour indemniser l'assuré avant que les limites de l'assurance primaire ne soient effectivement épuisées. En effet, la présence de l'assureur excédentaire ne devrait pas altérer l'obligation de défendre à laquelle est tenu l'assureur primaire envers son assuré. De plus, il arrive souvent que le montant initial d'une réclamation soit plus élevé que sa valeur réelle. Par conséquent, il peut à première vue sembler que la police excédentaire sera mise à contribution, alors que cela ne s'avérera finalement pas nécessaire.

L'assureur primaire doit défendre son assuré même si le montant réclamé est supérieur à la limite de garantie de la police. Ni l'assuré ni l'assureur excédentaire ne sont tenus de contribuer à la défense. Toutefois, il est généralement admis que lorsque l'assureur excédentaire a aussi une obligation de défendre, cette dernière entre en jeu à partir du moment où l'assureur primaire a indemnisé l'assuré jusqu'à concurrence de sa limite de couverture⁵⁰. C'est donc dire que l'obligation de défendre de l'assureur primaire prend fin lorsque les limites d'indemnisation sont atteintes et que l'assureur excédentaire prend le relais à partir de ce moment. Néanmoins,

⁴⁷ *Axa Insurance v. Dominion of Canada General Insurance Company*, préc., note 18.

⁴⁸ *Id.*, par. 27 et 28.

⁴⁹ *Id.*, par. 28.

⁵⁰ S.A. COZEN, préc., note 27, à la page 31.

en pratique, rien n'empêche les assureurs de conclure des ententes à ce sujet⁵¹.

Une décision⁵², rendue en 2008 et réitérant les principes établis dans l'arrêt *Nichols v. American Home Assurance Co.*⁵³, est fort pertinente en ce qui concerne le partage de l'obligation de défendre en cas d'épuisement des limites de garantie de l'assurance primaire lorsque l'assuré est aussi couvert par une police d'assurance excédentaire.

Le jugement débute en rappelant que l'existence d'une obligation de défendre dépend de la nature même de la réclamation du demandeur et non du résultat final découlant de la décision du Tribunal. L'obligation de défendre est donc plus large que l'obligation d'indemniser⁵⁴. En common law, il est clair que l'assureur excédentaire n'est pas tenu à l'obligation de défendre, à moins qu'une telle responsabilité ne soit prévue par sa police. Le juge Jenkins réitère ensuite la règle générale voulant que l'assureur excédentaire, même s'il inclut l'obligation de défendre dans sa police, n'a pas d'obligation de contribuer aux frais de défense avant que la limite de couverture de l'assureur primaire soit épuisée. Par contre, si l'assureur primaire refuse de couvrir le sinistre, l'assureur excédentaire tenu à l'obligation de défendre devra assumer cette obligation⁵⁵.

Lorsque l'assureur primaire et l'assureur excédentaire ont tous deux l'obligation de défendre l'assuré, et que le montant de la réclamation met les deux assureurs à risque, ils ont alors tous deux le droit et l'obligation de défendre l'assuré. En pratique, la majorité des polices d'assurance excédentaires excluent l'obligation de défendre. Par exemple, l'assureur excédentaire peut prévoir dans son contrat que l'assuré doit maintenir une assurance de première ligne valide et que l'assureur de première ligne doit assumer l'obligation de défendre l'assuré⁵⁶. L'assureur excédentaire peut toutefois se réserver le droit de défendre l'assuré, en vue de protéger ses intérêts au cas où l'assureur primaire s'acquitterait mal de son devoir⁵⁷.

⁵¹ J.S. NICHOLL et N. DAVID, préc., note 23, à la page 167.

⁵² *Meridian Construction Inc. v. Maintenance Services Ltd.*, 2008 P.E.C.T.D. 9.

⁵³ Préc., note 34, par. 13, 17 et 21.

⁵⁴ *Meridian Construction Inc. v. Maintenance Services Ltd.*, préc., note 52, par. 11.

⁵⁵ *Id.*, par. 18.

⁵⁶ INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, préc., note 2, à la page 19.

⁵⁷ P. MCCAGUE, préc., note 2, à la page 11.

Puisque l'obligation de défendre est une problématique importante en matière d'assurances primaire et excédentaire, nous examinerons plus en détail certains aspects particuliers de cette question.

1. Une décision importante : *Alie v. Bertrand & Frère Construction Co.*

La décision rendue dans l'affaire *Alie*⁵⁸ est relativement complexe et implique une trentaine d'assureurs qui fournissaient une protection primaire ou excédentaire, et même les deux à la fois.

Dans cette affaire, le juge de première instance a décidé, en appliquant les principes de la décision *Broadhurst & Ball*, que l'obligation de défendre concurrente de l'assureur excédentaire, s'il y en a une, entre en vigueur dès qu'il est raisonnable de croire que sa contribution sera nécessaire afin de couvrir le montant de la réclamation⁵⁹. Il doit donc partager les frais de défense avec l'assureur primaire. Le juge a donc décidé de partager les coûts de la façon suivante : il a divisé le total des coûts par le nombre d'années de couverture en jeu (car ici le dommage avait eu lieu sur une période de 7 ans), et a ensuite divisé le montant pour chaque année entre tous les assureurs primaires et excédentaires impliqués pour cette année. En fin de compte, les assureurs excédentaires ont supporté environ 55 % du total des frais de défense⁶⁰.

La Cour d'appel a confirmé, sauf une exception, les conclusions du juge de première instance. La Cour d'appel de l'Ontario reprend les principes énoncés dans l'affaire *Broadhurst & Ball*⁶¹ et énonce que, dans le cas de la police d'assurance excédentaire, on ne saurait présumer l'existence de l'obligation de défendre si elle n'est pas expressément prévue au contrat⁶². Même si c'est le cas, la simple possibilité que l'assureur excédentaire doive indemniser l'assuré au terme du litige n'est pas suffisante pour

⁵⁸ *Alie v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2003] 167 O.A.C. 20.

⁵⁹ *Id.*, par. 169.

⁶⁰ *Id.*, par. 164 et 171.

⁶¹ *Broadhurst & Ball v. American Home Insurance Co.*, (1990) 1 O.R. (3d) 225 (Ont. C.A.).

⁶² *Alie v. Bertrand & Frère Construction Co.*, préc., note 58, par. 174. Il n'est pas certain que ce raisonnement tiendrait la route au Québec, car l'obligation de défendre de l'assureur est d'ordre public en vertu du Code civil. Toutefois, il serait possible de limiter cette obligation dans la police excédentaire si l'assuré souscrivait également une police d'assurance primaire, et que l'obligation de défendre est donc déjà assumée par celle-ci.

que naisse son obligation de défendre. Il faut pour ce faire que l'obligation de défendre de l'assureur excédentaire soit concurrente à celle de l'assureur primaire. Après avoir analysé la police d'assurance excédentaire, la Cour en vient à la conclusion que c'est le cas en l'espèce. L'assureur excédentaire doit donc participer à la défense de l'assuré.

Lorsque la police d'assurance excédentaire fait effectivement état d'une obligation de défendre, cette dernière entre en jeu lorsqu'il y a une possibilité que la réclamation fasse appel à la couverture excédentaire⁶³. Il ne faut pas tenir compte uniquement du montant de la poursuite, mais plutôt évaluer s'il est réaliste de considérer que l'assurance excédentaire sera nécessaire pour indemniser l'assuré. On peut retenir plusieurs enseignements de cette décision. D'abord, il est important pour les assureurs excédentaires qui ne veulent pas être tenus à l'obligation de défendre l'assuré d'inclure une clause claire à cet effet dans leurs polices, afin d'éviter toute incertitude⁶⁴. De plus, l'assureur primaire qui croit que la réclamation présentée par son assuré dépassera les limites de couverture de sa police devra s'informer relativement aux assurances excédentaires disponibles et quant à la possibilité que ces dernières contribuent aux frais de défense. L'assureur excédentaire devra faire de même en ce qui concerne les autres polices excédentaires à la sienne, en cas de pluralité d'assurances excédentaires. De plus, les assureurs excédentaires qui n'excluent pas leur obligation de défendre pourront réviser leurs politiques afin de contrer les effets possibles de cette décision, par exemple en augmentant leurs taux de prime.

En ce qui concerne la répartition des coûts, la Cour reconnaît qu'il s'agit d'une question d'espèce dans chaque cas. Elle fait donc preuve de déférence à l'égard de l'opinion du juge de première instance et maintient sa décision sur cet aspect⁶⁵.

Également, la Cour énonce que l'obligation de payer les dépens est incluse dans l'obligation de défendre, mais n'est toutefois pas automatique dès lors qu'il y a une obligation de défendre. Pour en décider, il faut vérifier le contenu du contrat d'assurance. S'il y a lieu, les dépens seront répar-

⁶³ *Id.*, par. 169 et 194.

⁶⁴ *Id.*, par. 217 et 222.

⁶⁵ *Id.*, par. 235 et 236.

tis entre les assureurs de la même manière que les frais de défense⁶⁶. Les assureurs ne sont toutefois pas tenus de payer les dommages punitifs, qui doivent être assumés par l'assuré.

Finalement, la Cour énonce que lorsque la clause relative à l'obligation de défendre présente dans une police d'assurance peut être analysée de plusieurs façons, il faut privilégier l'interprétation en vertu de laquelle l'assureur a l'obligation de défendre son assuré. C'est une application du principe *contra proferentem*⁶⁷.

Certains auteurs ont critiqué l'usage qu'a fait la Cour d'appel de la doctrine *contra proferentem* pour déterminer le partage de l'obligation de défendre entre les assureurs primaire et excédentaire. En effet, ce principe a pour but de protéger l'assuré en cas d'ambiguïté dans la police. Il n'y a rien qui soutienne son utilisation dans un tel contexte, pour gérer les rapports entre assureurs⁶⁸.

En août 2003, la Cour suprême du Canada a refusé de permettre l'appel de cette décision qui est considérée comme une des décisions récentes les plus importantes en droit des assurances.

Les principes issus de cette décision ont été récemment appliqués par la Cour d'appel de l'Ontario⁶⁹.

2. L'obligation de défendre en droit québécois

Comme nous l'avons déjà énoncé, la situation est particulière au Québec, puisque l'obligation de défendre de l'assureur est d'ordre public en vertu de l'article 2503 C.c.Q., qui remplace les articles 2604 et 2605 C.c.B.C. Toute clause d'une police d'assurance à l'effet contraire est donc nulle⁷⁰. La

⁶⁶ *Id.*, par. 247.

⁶⁷ *Id.*, par. 84.

⁶⁸ Nicholas J. KRNEVIC et Gilbert A. HOURANI, « Alie v. Bertrand & Frères versus Allstate v. Royale: Can these Appeal Court Rulings on Trigger of Coverage and the Excess Layers' Duty to Defend Coexist in Quebec? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des assurances* (2003), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 165, à la page 189.

⁶⁹ *ING Insurance Co. of Canada v. Federated Insurance Co. of Canada*, [2005] 197 O.A.C. 324, par. 23, 24 et 30.

⁷⁰ E. POUPART, préc., note 33, à la page 210.

Cour supérieure du Québec a récemment réaffirmé l'importance de ce principe⁷¹.

Certains auteurs sont d'avis que l'assureur excédentaire n'est pas lié par cette disposition impérative et pourrait valablement exclure l'obligation de défendre par une rédaction appropriée de sa police d'assurance⁷². Toutefois, en l'absence d'exclusion expresse de l'obligation de défendre, il semble qu'il serait tenu à cette obligation. À tout le moins, la question n'est pas, à ce jour, clairement tranchée par la jurisprudence⁷³.

Considérant le fait que la littérature québécoise en matière d'assurances primaires et excédentaires n'est pas abondante, il y a lieu de faire appel aux sources canadiennes et américaines, tout en tenant compte des règles impératives du Code civil⁷⁴.

Alors qu'au Québec l'obligation de défendre de l'assureur est réglementée par le législateur, chez nos voisins du sud et dans les provinces de common law, elle est plutôt régie par le texte même de la police d'assurance. Le fait que l'obligation de défendre de l'assureur soit d'ordre public pourrait d'ailleurs expliquer le fait que les grands assureurs mondiaux hésitent à faire affaire au Québec⁷⁵. Mais quelles sont les limites de cette obligation lorsque nous sommes en présence d'un assureur primaire et d'un assureur excédentaire? Même si les limites de couverture sont atteintes, ce n'est pas dans tous les cas que l'obligation de défendre de l'assureur primaire s'éteindra⁷⁶.

L'affaire *Allstate c. Royale*⁷⁷ est la première décision québécoise importante qui traite des obligations respectives des assureurs primaires et excédentaires, entre autres en ce qui concerne le paiement des frais de défense, des intérêts et des frais judiciaires.

⁷¹ *Bissonnette c. Venturelli*, 2008 QCCS 5012, par. 257.

⁷² John NICHOLL, « L'obligation de défendre : mise à jour », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des assurances* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 107, à la page 121.

⁷³ S. LANÇÔT et P. A. MELANÇON, préc., note 3, à la page 28.

⁷⁴ INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, préc., note 2, à la page 1.

⁷⁵ *Id.*, à la page 3.

⁷⁶ C. BROWN et J. MENEZES, préc., note 26, p. 18-28.

⁷⁷ *Allstate du Canada, Compagnie d'assurance c. L'Assurance Royale du Canada*, [1994] R.J.Q. 2045 (C.S.).

Concernant l'obligation de défendre, le juge décide que l'assureur excédentaire peut valablement s'exonérer de l'application des dispositions du Code civil en insérant les clauses appropriées dans le contrat d'assurance. Dans l'affaire *Allstate*, comme cela a déjà été énoncé, les termes de la police d'assurance excédentaire excluaient clairement l'obligation de défendre. L'assureur primaire fut tenu d'assumer la défense de l'assuré et aurait dû assumer la totalité des frais de défense en l'absence d'assureur excédentaire, que la réclamation ait été comprise dans sa limite de garantie ou non. Cette décision n'aggrave donc pas la situation de l'assureur primaire. Plutôt, elle consacre en droit québécois le droit de l'assureur excédentaire d'exclure l'obligation de défendre de sa police, auquel cas les frais de défense de l'assuré devront être entièrement supportés par l'assureur primaire, comme en l'absence d'assurance excédentaire⁷⁸.

En ce qui concerne les intérêts, le juge Martin a décidé que chaque assureur doit assumer les intérêts applicables à la portion de l'indemnité qu'il est tenu de verser⁷⁹. En ce qui concerne les frais judiciaires, l'assureur primaire doit assumer ceux qui sont relatifs au montant couvert pas sa garantie, alors que l'assureur excédentaire est responsable de l'excédent⁸⁰.

Ce jugement fut confirmé en appel⁸¹ et semble conforme à la décision qui fut par la suite rendue dans l'arrêt *Alie v. Bertrand*, que nous avons déjà examiné. En effet, même s'il a été décidé dans l'affaire *Allstate* que l'assureur primaire est entièrement responsable des frais de défense, alors qu'il y avait eu un partage de ces frais avec certains assureurs excédentaires dans *Alie v. Bertrand*, la police de l'assureur excédentaire dans l'affaire *Allstate* était semblable à celle de l'assureur qui fut exonéré du paiement des frais de défense dans l'affaire *Alie v. Bertrand*.

Toutefois, en 1995, une décision du juge Mercure de la Cour supérieure du Québec⁸² est venue nuancer ces principes en énonçant que la décision rendue dans l'affaire *Allstate c. Royale* ne devait pas être interprétée comme signifiant que des procédures contre l'assureur excédentaire

⁷⁸ *Id.*, par. 104 et 112.

⁷⁹ *Id.*, par. 89 et 90.

⁸⁰ *Id.*, par. 94, 99 et 100.

⁸¹ *Allstate du Canada, Compagnie d'assurance c. L'Assurance Royale du Canada*, [1999] R.J.Q. 2827 (C.A.).

⁸² *Leclerc v. Société de Transport de la Rive-Sud de Montréal*, [1995] n° AZ-95021823 (C.S.).

sont toujours mal fondées. Dans certains cas, il est nécessaire d'entendre la cause au mérite pour établir les obligations respectives des assureurs primaire et excédentaire⁸³. Il faut par contre aborder cette décision avec une certaine réserve, car il semble possible qu'elle ait été basée en grande partie sur la réticence du tribunal à rejeter l'action au stade préliminaire⁸⁴.

Ces décisions circonscrivent les règles applicables au partage de l'obligation de défendre entre les assureurs primaire et excédentaire en première instance. Qu'en est-il toutefois si le jugement mettant un terme au litige est porté en appel?

3. L'obligation de défendre en appel

Il y a quelques années, un litige présenté devant la Cour supérieure du Québec⁸⁵ a permis d'examiner l'étendue de l'obligation de défendre de l'assureur primaire lorsqu'un litige impliquant son assuré est porté en appel.

Le Tribunal a réaffirmé le principe selon lequel, inévitablement, pour qu'il y ait une obligation de défendre, il doit y avoir une obligation d'indemniser, donc une réclamation susceptible d'être couverte par la police d'assurance. De plus, il a rappelé que l'obligation de défendre est distincte et plus large que l'obligation d'indemniser⁸⁶. Les mêmes principes s'appliquent à l'obligation de défendre lorsqu'un jugement est porté en appel⁸⁷. Conséquemment, le juge a indiqué que l'assureur primaire a l'obligation de défendre l'assuré, non seulement en première instance, mais également lorsqu'un dossier se poursuit en Cour d'appel⁸⁸.

Une fois qu'il est établi que l'assureur excédentaire est tenu à l'obligation de défendre l'assuré, il faut se questionner sur les modalités du partage des frais de défense entre les assureurs.

⁸³ *Id.*, par. 14-16 (C.S.).

⁸⁴ Carolena GORDON, « Three recent cases on the duty to defend », (1996) 64-2 *Assurances* 249, 259.

⁸⁵ *Sweibel c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, préc., note 40 (C.S.).

⁸⁶ *Id.*, par. 40.

⁸⁷ *Id.*, par. 41, 43 et 44.

⁸⁸ *Sweibel c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, préc., note 40, par. 52 et 53.

4. L'aspect financier : le partage des frais de défense

Il peut arriver que l'assureur excédentaire, même s'il court un risque de perte, ne souhaite pas participer à la défense de l'assuré. Si les deux assureurs ont, en vertu de leurs polices respectives, l'obligation de défendre l'assuré, l'assureur primaire pourrait obtenir la contribution de l'assureur excédentaire en vertu de la doctrine de la subrogation équitable⁸⁹. Ce principe fut appliqué à quelques reprises par les tribunaux canadiens.

Ainsi, dans l'arrêt *Broadhurst & Ball v. American Home Insurance Co.*⁹⁰, la Cour affirme que l'absence de lien contractuel entre les assureurs de niveau primaire et excédentaire ne doit pas faire obstacle à la possibilité pour le tribunal d'ordonner un partage des frais de défense⁹¹. En l'absence d'un contrat entre les deux assureurs, il y a lieu d'appliquer la théorie de la subrogation équitable pour partager les frais de défense entre eux⁹². Le juge Robins, qui rédige les motifs de la Cour, rejette le mode de répartition des frais de défense au prorata des montants de couverture de chacun des assureurs. Du moins, il juge que ce n'est pas la méthode appropriée à la lumière des faits de cette affaire, et partage les frais en parts égales entre les assureurs⁹³.

Dans la décision *Canadian Indemnity Co. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*⁹⁴, il est question du principe du partage égal des frais de défense lorsque plusieurs assureurs tenus de l'obligation de défendre sont à risque de devoir satisfaire une réclamation et que le montant susceptible d'être octroyé est incertain au début du processus judiciaire⁹⁵. La Cour mentionne que si les assureurs veulent exclure leur obligation de défendre l'assuré, ils doivent le prévoir expressément et dans un langage clair⁹⁶.

⁸⁹ Gordon HILLIKER, *Liability insurance law in Canada*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 2001, p. 85.

⁹⁰ *Broadhurst & Ball v. American Home Insurance Co.*, préc., note 61.

⁹¹ *Id.*, par. 38.

⁹² *Id.*, par. 41 et 42.

⁹³ *Id.*, par. 43.

⁹⁴ *Canadian Indemnity Co. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, (1979) 103 D.L.R. (3d) 485 (N.S.C.A.).

⁹⁵ *Id.*, par. 10 et 11.

⁹⁶ *Id.*, par. 10.

Ces principes ont récemment été appliqués par un tribunal ontarien dans l'affaire *American Home Assurance Co. v. Temple Insurance Co.*⁹⁷. Sans nous attarder aux faits en cause dans ce litige, soulignons les éléments suivants, dont le juge MacDonnell fait mention dans sa décision. D'abord, il rappelle que l'assureur excédentaire qui prévoit l'obligation de défendre dans sa police est tenu à cette obligation de façon concurrente à l'assureur primaire lorsqu'il semble probable que les dommages excéderont les limites de garantie de l'assurance primaire⁹⁸. De plus, il y a lieu en l'espèce de retenir une contribution de l'assureur excédentaire aux frais de défense, puisque ce dernier avait intérêt à faire diminuer le montant d'indemnité payable à la victime. En effet, il serait inéquitable que l'assureur primaire assume seul les frais d'une défense dont bénéficie l'assureur excédentaire⁹⁹. Le juge décide donc que l'assureur excédentaire doit déboursier 50 % des frais de défense engagés¹⁰⁰.

5. Le recours de l'assureur excédentaire

Si l'assureur primaire refuse de s'acquitter de son obligation de défendre l'assuré, l'assureur excédentaire qui assume sa défense sera subrogé dans les droits de l'assuré et pourra ainsi exercer un recours contre l'assureur primaire pour se faire rembourser les coûts de la défense¹⁰¹.

La décision *Aetna Insurance Co. v. Canadian Surety Co.*¹⁰² constitue une illustration de ce principe. À la suite du refus de l'assureur primaire, l'assureur excédentaire assume la défense de l'assuré. Il réclame par la suite de l'assureur primaire le remboursement des frais ainsi engagés. Le juge Rowbotham lui donne raison et ordonne le remboursement de ces sommes¹⁰³. Cette conclusion est confirmée en appel¹⁰⁴.

Nous sommes en accord avec cette décision. En effet, l'assurance excédentaire ne doit pas servir de prétexte à un assureur primaire qui cherche à éluder les obligations dont il est tenu envers son assuré. L'assureur excé-

⁹⁷ [2009] I.L.R. I-4787 (Ont. S.C.J.).

⁹⁸ *Id.*, par. 24 et 61.

⁹⁹ *Id.*, par. 67.

¹⁰⁰ *Id.*, par. 69.

¹⁰¹ J.S. NICHOLL et N. DAVID, préc., note 23, aux pages 168 et 170.

¹⁰² *Aetna Insurance Co. v. Canadian Surety Co.*, [1991] I.L.R. 1-2732 (Alta. Q.B.).

¹⁰³ *Id.*, par. 23, 28 et 35.

¹⁰⁴ *Aetna Insurance Co. v. Canadian Surety Co.*, [1994] A.J. 399 (Alta. C.A.).

dentaire qui, en raison du défaut de l'assureur primaire, engage des dépenses auxquelles il n'aurait normalement pas été tenu, doit pouvoir en réclamer le remboursement.

6. La gouverne de la défense

Il est également possible de rencontrer des cas où les deux assureurs souhaitent assumer la défense de l'assuré.

La décision *Economical Mutual Insurance Co. v. Insurance Corp. of B.C.*¹⁰⁵ est fort instructive à ce sujet. En l'espèce, deux assureurs, un assureur primaire et un assureur excédentaire, souhaitaient assumer la défense de l'assuré. À défaut d'entente entre les assureurs relativement au contrôle de la défense, il revient au tribunal d'en décider. Pour ce faire, le tribunal tente de déterminer qui, de l'assureur primaire ou excédentaire, est susceptible de subir la plus grande perte. Selon la Cour, il appert raisonnable que l'assureur qui court le plus grand risque financier puisse assumer la gouverne de la défense de l'assuré; dans ce cas particulier, il s'agissait de l'assureur excédentaire¹⁰⁶. La Cour a toutefois indiqué qu'il se devait de tenir l'assureur primaire informé du déroulement du dossier¹⁰⁷. Cette décision soutient également l'idée qu'inversement, l'assureur primaire qui contrôle la défense devra tenir l'assureur excédentaire, qui contribue aux frais, informé du déroulement du litige.

Mais qu'en est-il lorsque l'assureur excédentaire souhaite intervenir au litige pour faire valoir certaines prétentions, en l'absence de demande de la part de son assuré ou de l'assureur primaire?

7. L'intervention de l'assureur excédentaire au litige

L'assureur excédentaire, susceptible de verser une indemnité parfois importante à l'issue du procès, peut vouloir intervenir au litige même en l'absence de demande de la part de son assuré, et même lorsque la défense de ce dernier est déjà assumée en totalité par l'assureur primaire.

¹⁰⁵ *Economical Mutual Insurance Co. v. Insurance Corp. of B.C.*, [1986] 44 Alta. L.R. (2d) 242 (Q.B.).

¹⁰⁶ *Id.*, par. 35-37.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 37; G. HILLIKER, préc., note 89, p. 84.

Dans l'affaire *Boiler Inspection and Insurance of Canada*¹⁰⁸, le juge Mongeau de la Cour supérieure du Québec a refusé à l'assureur excédentaire le droit d'intervenir au litige impliquant son assuré. En vertu de l'article 212 C.p.c., l'intérêt de celui qui souhaite intervenir à un litige doit être vraisemblable, juridique, né et actuel¹⁰⁹. En l'espèce, l'assureur excédentaire justifiait son intérêt par le fait qu'il risquait, à l'issue du procès, d'être tenu de verser une indemnité de plusieurs millions de dollars. L'intérêt allégué était donc strictement pécuniaire et la Cour a déclaré que cet intérêt n'était pas suffisant pour satisfaire aux exigences du *Code de procédure civile*, lequel exige un intérêt juridique¹¹⁰. Le Tribunal a également tenu compte de la tardiveté du recours de l'assureur excédentaire qui a eu lieu 11 ans après qu'il ait eu connaissance de la possibilité de devoir indemniser l'assuré¹¹¹. Finalement, l'assureur excédentaire en l'espèce n'avait aucune obligation de défendre aux termes de son contrat et la défense de l'assuré était déjà assumée par l'assureur primaire¹¹². La demande a été rejetée.

De plus, selon la Cour, puisqu'une partie ne peut être représentée que par un seul cabinet, même si la demande d'intervention de l'assureur excédentaire est accordée, son procureur pourrait voir son rôle limité à celui d'avocat-conseil¹¹³. À notre avis, cette remarque ainsi que les conclusions du Tribunal relatives à l'intérêt strictement pécuniaire seraient fort probablement applicables dans un cas où le recours ne serait pas aussi tardif. Toutefois, tout est fonction des circonstances propres à chaque affaire.

Dans la décision *Site R. Labrecque Inc. c. Poulin*¹¹⁴, la juge Blondin a accordé la demande d'intervention conservatoire de l'assureur excédentaire. Elle a distingué ce jugement de celui qui fut rendu dans l'affaire *Boiler Inspection*, que nous avons examiné précédemment. Dans le cas en l'espèce, la qualification « excédentaire » de l'assureur n'était pas claire. De

¹⁰⁸ *Boiler Inspection and Insurance of Canada c. St-Louis de France (Corp. municipale de la paroisse)*, 2002 CanLII 39407 (QC C.S.).

¹⁰⁹ *Id.*, par. 21 et 22.

¹¹⁰ *Id.*, par. 26-28.

¹¹¹ *Id.*, par. 36.

¹¹² *Id.*, par. 29.

¹¹³ *Id.*, par. 30 et 32.

¹¹⁴ *Site R. Labrecque Inc. c. Poulin*, [2004] R.R.A. 1017 (C.S.).

plus, sa demande était présentée dans un délai très court. Finalement, l'assureur excédentaire était ici tenu à l'obligation de défendre l'assuré¹¹⁵.

8. Fin de l'obligation de défendre

L'un des premiers jugements ayant analysé cette question est *Les mines d'Amiante Bell Ltée c. Federal Insurance Company*¹¹⁶. Dans sa décision, le juge De Blois conclut que l'obligation de défendre s'étend seulement aux risques indiqués à la police d'assurance, et ce, jusqu'à concurrence du montant de couverture offert. Par conséquent, l'obligation de défendre de l'assureur prendrait fin lorsque l'indemnité versée atteint la limite de garantie totale de la police, qu'il y ait ou non une assurance excédentaire¹¹⁷. Toutefois, cette décision portait sur des faits survenus avant 1976, alors que les articles du *Code civil du Québec* relatifs à l'obligation de défendre n'étaient pas encore entrés en vigueur¹¹⁸. Il faut donc se questionner quant à l'issue d'un litige semblable qui surviendrait aujourd'hui. Cela n'a pas empêché l'insertion, dans les polices d'assurance, de clauses restreignant l'obligation de défendre. Lorsque l'assureur primaire indique clairement et de façon non équivoque que l'obligation de défendre prend fin à partir du moment où le montant de couverture est atteint, il semble qu'il faut donner effet à cette clause, du moins dans les provinces de common law¹¹⁹.

La question a été abordée dans un contexte de common law par le juge Croll de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Boreal Insurance Inc.*¹²⁰. Le juge souligne qu'il est bien établi qu'un assureur n'a pas l'obligation de fournir une défense si aucune indemnité n'est susceptible d'être versée alors que la réclamation n'est pas couverte par les termes de la police d'assurance. De même, il n'y a pas d'obligation de défendre lorsque les limites de la couverture d'assurance sont épuisées, donc lorsqu'aucune indemnité n'est plus susceptible d'être payée¹²¹. Il n'y a donc aucune raison de penser qu'un assureur primaire ayant atteint ses limites de garantie

¹¹⁵ *Id.*, par. 7-14.

¹¹⁶ *Les Mines d'amiante Bell Ltée c. Federal Insurance Co.*, [1985] C.S. 1096.

¹¹⁷ *Id.*, par. 21, 35, 36, 39 et 44-46.

¹¹⁸ INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, préc., note 2, à la page 4.

¹¹⁹ Robert KLIGMAN, « The duty to defend in Canada », (1991-1992) *Canadian Insurance Law* 23, 29; C. BROWN et J. MENEZES, préc., note 26, p. 18-28.

¹²⁰ *Boreal Insurance Inc. v. Lafarge Canada Inc.*, [2004] I.L.R. I-4305 (Ont. S.C.J.).

¹²¹ *Id.*, par. 35, 37, 38 et 43.

devrait continuer de contribuer à la défense de l'assuré. On considère que la limite de couverture est atteinte lorsqu'un jugement ordonne le versement d'un montant excédant la somme assurée¹²². Le raisonnement du juge l'amène à conclure que les obligations des assureurs primaires sont éteintes et que la responsabilité d'assumer la défense de l'assuré incombe désormais aux assureurs excédentaires qui ont, selon les termes de leur police, une obligation de défendre l'assuré¹²³.

9. L'obligation de bonne foi de l'assureur primaire et le règlement du litige

Il est bien admis que l'obligation de défendre inclut, pour l'assureur, le droit de régler la réclamation à l'amiable. Bien entendu, l'assuré et l'assureur excédentaire, le cas échéant, ont intérêt à ce que l'assureur primaire règle pour une somme inférieure à la limite de couverture de la police primaire. Si l'assureur primaire fait défaut de négocier un règlement en toute bonne foi et sans négligence, il peut engager sa responsabilité envers l'assuré. Il est présentement clair que l'assureur primaire a également un devoir de bonne foi envers l'assureur excédentaire, incluant le devoir d'accepter les offres de règlement raisonnables qui se situent à l'intérieur des limites de la police primaire. C'est donc dire que lorsque l'assureur négocie une entente, il doit tenir compte autant des intérêts de l'assuré que des siens¹²⁴, ainsi que des intérêts de l'assureur excédentaire (tout comme il le ferait pour son assuré)¹²⁵. L'assureur excédentaire bénéficie donc d'un recours en cas de manquement à ce devoir de bonne foi¹²⁶.

Ce sera notamment le cas lorsqu'un jugement accorde un montant qui excède la limite de garantie de la police primaire, alors que l'assureur primaire avait eu la possibilité de régler pour un montant inférieur à son seuil de couverture. En principe, il n'y a pas de lien contractuel entre les assureurs primaires et excédentaires, donc aucune obligation entre eux. Toutefois, les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le devoir de bonne foi de l'assureur envers l'assuré, dans le cadre du contrôle de la

¹²² *Id.*, par. 46.

¹²³ *Id.*, par. 45 et 49.

¹²⁴ C. BROWN et J. MENEZES, préc., note 26, p. 18-33.

¹²⁵ J.S. NICHOLL et N. DAVID, préc., note 23, à la page 171.

¹²⁶ Stephen A. COZEN, « The duty to defend and the coordination of indemnification », dans *Liability Insurance coverage disputes*, préc., note 2, à la page 32.

défense plus particulièrement. Les assureurs excédentaires ont invoqué le fait que leur position est semblable à celle de l'assuré puisqu'ils sont susceptibles d'être affectés par la façon dont l'assureur primaire assume la défense de l'assuré¹²⁷.

Considérant le peu d'autorités canadiennes relatives à l'assurance primaire et excédentaire, certains auteurs proposent de s'inspirer des jugements rendus en cette matière aux États-Unis afin d'anticiper les orientations des tribunaux canadiens.

Évidemment, les tribunaux québécois ne sauraient être liés par ces précédents, mais ces mêmes précédents pourront certes leur servir de guide, de modèles dont ils pourront s'inspirer. En matière d'assurance, il semble que nos instances puisent régulièrement au sein de la jurisprudence américaine¹²⁸. Deux théories ressortent du lot, pour tenter de justifier cette obligation de l'assureur primaire envers l'assureur excédentaire, et ce, en l'absence d'un quelconque lien contractuel.

D'abord, la théorie du «fiduciary duty» ou «direct duty». Selon ce concept, l'assureur primaire est tenu d'une obligation de bonne foi directe envers l'assureur excédentaire, soit la même dont il est tenu envers l'assuré¹²⁹. Cette théorie n'est toutefois pas uniformément acceptée. En fait, la jurisprudence américaine majoritaire rejette l'hypothèse d'un lien de droit direct entre l'assureur primaire et l'assureur excédentaire.

La seconde théorie est celle de la subrogation équitable. C'est le principe majoritairement utilisé. Comme point de départ, il faut comprendre qu'en l'absence d'assureur excédentaire, c'est en quelque sorte l'assuré qui devient son propre assureur excédentaire, car il doit assumer les montants des dommages qui excèdent la limite de couverture de la police primaire. L'existence d'une assurance excédentaire ne libère pas l'assureur primaire de son devoir d'accepter les offres de règlement raisonnables. Selon la doctrine de la subrogation équitable, à partir du moment où l'assureur excédentaire verse une indemnité en raison de l'insuffisance de la couverture primaire, il est subrogé dans les droits de l'assuré et dans son recours contre l'assureur primaire qui, en ne suivant pas les principes de bonne

¹²⁷ P. McCAGUE, préc., note 2, à la page 3.

¹²⁸ *Id.*, à la page 2.

¹²⁹ S.A. COZEN, préc., note 126, à la page 33.

foi, n'a pas accepté un règlement pour une somme couverte par la police primaire.

Actuellement, il semble que les tribunaux canadiens se fondent sur la doctrine de la subrogation équitable pour justifier le devoir de bonne foi de l'assureur primaire envers l'assureur excédentaire dans le cadre du règlement d'un litige¹³⁰.

Il est à présent clair que l'assureur primaire a un devoir de bonne foi envers l'assureur excédentaire et que ce dernier dispose d'un recours si l'assureur primaire a fait preuve de mauvaise foi en refusant de régler un litige à l'intérieur des limites de sa couverture. Cependant, l'assureur excédentaire ne peut avoir plus de droits que l'assuré¹³¹. Par conséquent, il n'aura pas de recours si, par exemple, l'assuré a indiqué à l'assureur primaire qu'il ne voulait pas de règlement.

Il y a toutefois une controverse quant à savoir quel est le test à appliquer pour décider si l'assureur primaire a manqué à ses obligations dans le cadre d'un règlement. Les tribunaux ont appliqué le test de la «raisonnabilité», de la bonne foi, de la négligence, ou encore une combinaison de bonne foi et de négligence, partant de la prémisse que l'assureur primaire doit tenir compte des intérêts de l'assureur excédentaire¹³². Il semble qu'en cette matière, chaque situation représente un cas d'espèce et doit être traitée comme telle.

Sous réserve de ce que nous avons déjà mentionné, l'assureur primaire n'a pas, en vertu de cette obligation de bonne foi, le devoir d'informer l'assureur excédentaire du déroulement du litige. Dans les faits, l'assureur primaire ignorera souvent l'existence de la police excédentaire. C'est le devoir de l'assuré d'informer son assureur excédentaire de l'existence d'une réclamation¹³³.

¹³⁰ Rick TWINING, *The roles and duties of an excess insurer*, Canadian Litigation Counsel Coverage Law Specialty Group Seminar, September 12, 2002, p. 13. Il semble que les tribunaux ont rejeté l'hypothèse selon laquelle l'assureur excédentaire aurait une obligation de la plus haute bonne foi directement envers l'assureur excédentaire.

¹³¹ P. McCAGUE, préc., note 2, à la page 13.

¹³² S.A. COZEN, préc., note 27, à la page 12.

¹³³ P. McCAGUE, préc., note 2, à la page 6.

Il est en pratique rare, du moins au Québec, qu'un assuré ou un assureur excédentaire poursuive l'assureur primaire en raison de son défaut de régler dans les limites de couverture de la police primaire¹³⁴.

Finalement, bien que l'assureur primaire soit responsable de négocier un règlement, s'il est clair que la police excédentaire sera mise à contribution, l'assureur excédentaire pourra s'impliquer dans les négociations et offrir de contribuer au règlement. En fait, lorsque la réclamation est si importante qu'il est évident à première vue que l'assureur excédentaire devra y participer, il a intérêt à prendre le contrôle du règlement du litige¹³⁵. Par contre, l'assureur primaire ne devrait jamais requérir de l'assureur excédentaire qu'il contribue au règlement avant que les limites de sa propre couverture ne soient épuisées. Un tel acte pourrait constituer de la mauvaise foi¹³⁶.

Toujours dans le contexte de la présence d'un assureur primaire et d'un assureur excédentaire, l'obligation de défendre soulève d'autres questions qui ne sont toujours pas résolues. Dans l'éventualité où une réclamation se situe d'abord à l'intérieur des limites de la police primaire, mais est, par la suite, amendée de façon à potentiellement mettre à contribution la police excédentaire, la question se pose de savoir si l'assureur excédentaire doit partager les frais de défense à compter du début du litige ou à compter de l'amendement? Est-ce que le partage doit être fait en fonction du montant de la réclamation ou du montant du règlement ou du jugement final? Doit-on tenir compte du fait que, généralement, l'assureur excédentaire est moins à risque de voir sa couverture sollicitée que l'assureur primaire¹³⁷? Voilà autant de questions qui demeurent, pour le moment, sans réponse jurisprudentielle ou doctrinale.

En ce qui concerne le partage des frais de défense, nous soutenons que ces questions peuvent être résolues par l'application des principes de base relatifs à la naissance de l'obligation de défendre. C'est donc dire que l'assureur excédentaire doit assumer une part des frais à partir du moment où il est tenu de l'obligation de défendre et que le calcul du partage devrait être effectué en fonction des montants en jeu à ce moment. Plus précisément,

¹³⁴ INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, préc., note 2, à la page 14.

¹³⁵ P. McCAGUE, préc., note 2, à la page 12.

¹³⁶ S.A. COZEN, préc., note 27, à la page 43.

¹³⁷ J.S. NICHOLL et N. DAVID, préc., note 23, à la page 169.

advenant un amendement à la suite duquel l'obligation de défendre de l'assureur excédentaire entre en jeu, ce dernier devrait assumer sa part des frais à compter de l'amendement. D'autre part, nous croyons que le partage des frais doit être fonction du montant initial de la réclamation plutôt que du montant accordé par le jugement, car il est un principe bien établi que l'obligation de défendre n'est pas fonction du jugement, mais bien de la réclamation. Finalement, nous ne croyons pas qu'il est nécessaire de tenir compte du risque moindre auquel est exposé l'assureur excédentaire dans le partage des frais de défense. En effet, il est loisible à l'assureur excédentaire d'exclure l'obligation de défendre de la protection offerte. S'il choisit de l'assumer, la question est réglée. De toute façon, nous pouvons difficilement concevoir une méthode concrète pour tenir compte de cet élément dans le partage des frais.

B. La faillite de l'assureur primaire

1. Les obligations de l'assureur excédentaire en cas de faillite ou d'insolvabilité de l'assureur primaire

Pour déterminer le rôle de l'assureur excédentaire en cas de faillite de l'assureur primaire, il est primordial d'examiner le contenu des polices d'assurance en cause. Si une police contient une clause, nommée clause de substitution ou « drop down », qui prévoit clairement la teneur des obligations de l'assureur excédentaire en cas de faillite de l'assureur primaire, le tribunal lui donnera habituellement effet. Les complications surviennent lorsque la police ne contient aucune clause relative à cet aspect ou contient une clause ambiguë.

Dans plusieurs décisions, lorsque les polices d'assurance étaient ambiguës, les tribunaux ont appliqué la règle *contra proferentem* et déclaré que l'assureur excédentaire devait assumer les obligations de l'assureur primaire. La police sera ambiguë lorsqu'elle exprimera, par exemple, deux positions différentes relativement au même aspect ou lorsqu'elle utilisera une formulation très large. Ce sera le cas, par exemple, de la police qui prévoit que les garanties sont en excédent pour les sinistres « indemnisables » par l'assureur primaire, car il est difficile de savoir si cette formulation tient compte de la possibilité de faillite de l'assureur primaire.

Dans l'ensemble, il faut retenir que les assureurs excédentaires qui ne souhaitent pas être tenus responsables des obligations de l'assureur primaire en cas de faillite ou d'insolvabilité de ce dernier devraient ajouter dans leurs polices une clause claire et non équivoque à cet effet. En voici un exemple :

« Faillite ou insolvabilité de l'assureur primaire »

Advenant la faillite ou l'insolvabilité de l'assureur primaire, la garantie d'excédent accordée par le présent contrat n'a pas pour but de remplacer celle accordée par l'assureur primaire. La garantie d'excédent s'applique uniquement dans les circonstances où une assurance primaire est valide et recouvrable, sauf dans le cas d'un sinistre couvert ayant réduit ou épuisé les limites primaires consenties, tel que formulé au présent contrat.»¹³⁸

On peut résumer ainsi les recours de l'assuré : l'assuré aurait un recours lorsque la police contient une clause de substitution ambiguë et n'aurait pas de recours si la police excédentaire ne contient aucune clause de substitution ou qu'il y en a une, mais qu'elle exclut expressément l'insolvabilité de l'assureur primaire.

Soulignons que le droit français reconnaît les « assurances par lignes », qui rappellent les assurances primaires et excédentaires en ce que, dans cette situation, chaque contrat offre un niveau de garantie déterminé, en fonction d'une valeur plancher et d'une valeur plafond de sinistre. Ces assurances sont distinctes et autonomes et chaque assureur ne pourra être tenu d'intervenir que pour sa tranche de garantie, peu importe que les assureurs des niveaux inférieurs s'acquittent ou non de ces obligations¹³⁹. En d'autres termes : « Les contrats de première ligne constituent une franchise absolue pour les suivantes »¹⁴⁰. Il nous semble donc que l'assureur excédentaire n'aurait pas à s'inquiéter de la faillite de l'assureur primaire. Cette solution est semblable à celle adoptée par les tribunaux québécois.

Avec l'affaire *Tamper Corporation c. Kansa General Insurance Co.*¹⁴¹, on assiste à la première décision québécoise à traiter des obligations de l'assu-

¹³⁸ Rémi MOREAU, « L'insolvabilité de l'assureur primaire : les obligations de l'assureur de responsabilité excédentaire », (1991) 58-4 *Assurances* 547, 557.

¹³⁹ Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Laurent LEVENEUR, *Droit des assurances*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 541, p. 407 et 408.

¹⁴⁰ *Id.*, n° 541, p. 408.

¹⁴¹ *Tamper Corporation c. Kansa General Insurance Co.*, [1990] R.J.Q. 1090 (C.S.).

reur excédentaire en cas de faillite de l'assureur primaire. Le juge a décidé que l'assureur excédentaire n'est pas tenu de se substituer à l'assureur primaire qui a fait défaut d'assumer ses obligations en raison de son insolvabilité¹⁴². L'assurance excédentaire ne peut pas devenir une assurance de première ligne, à moins que la police ne le stipule clairement¹⁴³. Après la faillite de l'assureur primaire, rien ne laisse croire que l'intention des parties est que l'assureur excédentaire soit responsable des obligations de l'assureur primaire. Si telle est la volonté des parties, elles doivent clairement l'indiquer à la police d'assurance excédentaire¹⁴⁴. Cette partie de la décision a été confirmée en appel¹⁴⁵. Cependant, l'assureur excédentaire demeure tenu d'assumer les montants d'indemnité excédant les limites de la couverture primaire, comme cela aurait été le cas n'eut été de la faillite de l'assureur primaire¹⁴⁶.

2. Le «drop down»

En cas de faillite ou d'insolvabilité de l'assureur primaire, les tribunaux américains appliquent la théorie du «drop down» afin de tenir l'assureur excédentaire responsable des obligations de l'assureur primaire, sous réserve du libellé de la police. Néanmoins, au Québec, cette théorie fut clairement rejetée dans l'affaire *Tamper Corporation c. Kansa General Insurance Co.*¹⁴⁷.

Ce principe a par la suite été réitéré dans la décision ontarienne *Plaza Fiberglass Manufacturing Ltd. v. Cardinal Insurance Co.*¹⁴⁸. Selon le juge Robins, une couverture excédentaire entre en jeu lorsque la protection primaire est épuisée. L'assureur excédentaire étant moins à risque de recevoir des réclamations, ses primes sont nécessairement inférieures à celles exigées pour une assurance primaire¹⁴⁹. En cas de faillite ou d'insolvabilité de l'assureur primaire, la protection primaire n'est pas épuisée, elle est inexistante. Le raisonnement contraire, soit l'application de la théorie du «drop down», aurait pour effet de forcer l'assureur excédentaire à garantir la sol-

¹⁴² *Id.*, par. 22.

¹⁴³ *Id.*, par. 23.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 22 et 23.

¹⁴⁵ *Tamper Corp. c. Kansa General Insurance Co.*, [1998] R.J.Q. 405, par. 56 (C.A.).

¹⁴⁶ *Tamper Corporation c. Kansa General Insurance Co.*, préc., note 141, par. 24.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 22-24; J.S. NICHOLL et N. DAVID, préc., note 23, à la page 172.

¹⁴⁸ *Plaza Fiberglass Manufacturing Ltd. v. Cardinal Insurance Co.*, [1994] 72 O.A.C. 66.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 32.

vabilité de l'assureur primaire, sans que cela soit prévu par les termes de la police¹⁵⁰. Il semble donc que la théorie du « drop down » ne trouve pas application en droit canadien. Toutefois, rien n'empêche l'assureur excédentaire d'inclure une clause de substitution ou une clause de « drop down » dans sa police et d'exiger de l'assuré des primes correspondant à cet engagement.

L'obligation de défendre et la faillite ne sont pas les seuls aspects problématiques des assurances primaires et excédentaires. L'assuré devra aussi être vigilant en ce qui concerne la période de couverture de ses polices d'assurance, afin de bénéficier en tout temps d'une protection complète.

C. Période de couverture

Des problèmes peuvent survenir lorsque les assurances primaire et excédentaire ne s'appliquent pas à la même période de couverture. Pour éviter ces inconvénients, l'idéal est de souscrire les deux polices à la même date ou de prévoir, dans la police excédentaire, une protection pour l'assuré en cas de conflit.

Des problèmes peuvent survenir, en assurance de responsabilité, si l'une des polices est souscrite sur une base réclamation¹⁵¹ et l'autre sur une base événement¹⁵². Dans certains cas, l'assuré pourrait souffrir de ce décalage des polices et subir ce que l'on appelle un « coverage gap », car il est possible que sa réclamation ne soit couverte que par une des polices.

Dans la décision *Rio Algom Ltd. v. Liberty Mutual Insurance Co.*¹⁵³, la Cour d'appel de l'Ontario doit déterminer si une assurance excédentaire est sur une base événement ou sur une base réclamation. En interprétant les termes de la police, le juge tient compte du fait que la couverture excé-

¹⁵⁰ *Id.*, par. 35.

¹⁵¹ C'est-à-dire qu'elle couvre les réclamations présentées pendant la période d'assurance, peu importe à quel moment est survenu l'événement engageant la responsabilité: *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, [2006] 1 R.C.S. 744, par. 23; S. LANCÔT et P. A. MELANÇON, préc., note 3, aux pages 28 et 29.

¹⁵² L'assurance couvre alors les réclamations résultant d'événements survenus pendant la période d'assurance, sans égard au moment où la réclamation est présentée: *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, préc., note 151, par. 23; S. LANCÔT et P. A. MELANÇON, préc., note 3, aux pages 28 et 29.

¹⁵³ *Rio Algom Ltd. v. Liberty Mutual Insurance Co.*, (2007) ONCA 818.

dentaire n'entre en jeu que si le risque est également couvert par une assurance primaire valide. Il est donc logique que les polices primaire et excédentaire soient sur la même base¹⁵⁴.

D. Les rapports entre les intervenants

1. La tardiveté d'une déclaration de sinistre à l'assureur excédentaire

Dans la décision *Hawkesbury (Town) v. Kansa General International*¹⁵⁵, le juge Roland Durand de la Cour supérieure du Québec nous rappelle qu'un principe fondamental de l'assurance est que l'assuré doit aviser son assureur, dans les plus brefs délais, qu'un sinistre est survenu ou est sur le point de se produire. En l'espèce, l'assureur excédentaire ne fut avisé d'un incendie que quatre ans et demi après sa survenance¹⁵⁶. Il est clair que cette situation va à l'encontre des obligations imposées à l'assuré. Le Tribunal indique que l'assureur excédentaire a subi un réel préjudice à la suite de ce défaut et est justifié de refuser d'indemniser l'assuré pour cause de déclaration tardive¹⁵⁷.

2. La clause d'exclusion dans la police primaire

Les polices d'assurance contiennent presque toujours des clauses d'exclusion. Parfois, la police d'assurance primaire contient des exclusions qui ne se retrouvent pas dans la police excédentaire.

Dans l'arrêt *Wisebrod v. American Home Assurance Company*¹⁵⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que, puisque la police primaire contenait une clause d'exclusion spécifique à cet effet, l'assureur primaire n'avait pas d'obligation de défendre ni d'indemniser son assuré accusé de fraude¹⁵⁹. Toutefois, la police excédentaire incluait non seulement une obligation de défendre, mais, de plus, la clause d'exclusion en cas de fraude n'entrait en jeu que lorsqu'un jugement reconnaissait l'assuré coupable de fraude. La Cour a décidé que, si un jugement constatant la fraude était rendu, l'assu-

¹⁵⁴ *Id.*, par. 9-11.

¹⁵⁵ *Hawkesbury (Town) v. Kansa General International*, [2001] Q.J. No. 4051 (C.S.) (Q/LN).

¹⁵⁶ *Id.*, par. 15 et 23.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 62 et 67.

¹⁵⁸ *Wisebrod v. American Home Assurance Company*, (1997) 104 O.A.C. 229.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 2 et 3.

reur excédentaire n'aurait pas l'obligation d'indemniser, mais qu'il devait assumer son obligation de défendre l'assuré jusqu'à ce moment¹⁶⁰. L'assureur excédentaire a donc dû assumer la totalité des frais de défense. Le juge s'est basé sur la règle *contra proferentem* et sur l'attente raisonnable de l'assuré pour ordonner le remboursement des frais de défense engagés par l'assuré¹⁶¹. Nous sommes toutefois d'avis que cette décision est principalement due aux particularités de la police excédentaire en cause.

Une situation semblable s'est présentée dans l'affaire *Insurance Corporation of British Columbia v. Swiss Reinsurance*¹⁶². Le juge Williamson affirme d'abord que la police excédentaire garantit les sommes à être versées en sus des limites de couverture de l'assureur primaire. Nulle part dans la police excédentaire n'est-il question d'une possibilité de substitution en cas d'indisponibilité de la police primaire. Le Tribunal en vient donc à la conclusion que le fait qu'un assuré soit déchu de son droit à l'indemnité en vertu de la police primaire ne devrait pas faire en sorte que l'on impose une nouvelle responsabilité à l'assureur excédentaire, à moins d'une stipulation claire à cet effet¹⁶³. Cette situation rappelle les cas de faillite de l'assureur primaire¹⁶⁴.

Cette question avait déjà été examinée dans l'affaire *Leeson v. Canadian Northern Shield Insurance Co.*¹⁶⁵. L'assureur excédentaire refuse de couvrir la réclamation présentée par son assuré en raison d'une clause d'exclusion de la police. Le tiers victime intente donc un recours direct contre l'assureur excédentaire pour récupérer l'indemnité payable en vertu de sa police, soit les montants en sus de l'indemnité déjà versée par l'assureur primaire. Le juge Harvey rejette ce recours. En effet, lorsqu'un assureur fournit une couverture excédentaire au montant d'assurance minimal exigé par la loi, il peut invoquer en défense contre le réclamant toute clause de la police qu'il aurait pu opposer à son assuré¹⁶⁶.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 7-9.

¹⁶¹ *Id.*, par. 9.

¹⁶² *Insurance Corporation of British Columbia v. Swiss Reinsurance*, [2003] I.L.R. I-4213 (B.C.S.C.).

¹⁶³ « The fact that an insured breaches a term of his primary coverage should not impose liability on the excess insurer absent clear contractual language to the contrary. » : *Id.*, par. 22.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 15-22.

¹⁶⁵ *Leeson v. Canadian Northern Shield Insurance Co.*, 2002 BCSC 1490.

¹⁶⁶ *Id.*, par. 44 et 45.

En l'espèce, la police excédentaire contenait une clause d'exclusion pour les accidents survenus alors que le conducteur du véhicule n'était pas en droit de conduire. Le fait que l'assuré ne détenait pas un permis de conduire valide au moment du sinistre est donc un motif suffisant pour refuser de verser l'indemnité prévue et la clause d'exclusion peut être opposée à la victime¹⁶⁷.

*
* *

Bien que les situations impliquant une assurance primaire et une assurance excédentaire soient de plus en plus répandues, le législateur québécois ne semble pas préoccupé par cette réalité. Cela pose problème, en raison du fait que le contrat d'assurance est un contrat nommé au *Code civil du Québec* et est assujéti à certaines règles impératives. Toutefois, un doute subsiste en ce qui concerne les règles applicables à l'assureur excédentaire¹⁶⁸. À titre d'exemple, la question de savoir si un tiers victime peut exercer un recours direct contre l'assureur excédentaire, en application de l'article 2501 C.c.Q., reste à résoudre puisqu'elle n'a pas, à ce jour, été tranchée par la jurisprudence québécoise¹⁶⁹. Nous soutenons que l'affaire *Leeson v. Canadian Northern Shield Insurance Co.* règle la question en common law et sommes d'avis que les principes qui y sont énoncés pourraient être appliqués en droit québécois. Si c'était le cas, l'article 2501 C.c.Q. ne s'appliquerait pas à l'assureur excédentaire de responsabilité qui serait à l'abri d'un recours direct de la victime.

La situation est plus simple lorsque les différentes polices définissent clairement le rôle et les obligations de chaque assureur. Dans ces circonstances, il est bien admis que l'assureur primaire est assujéti aux dispositions du Code civil, alors qu'en ce qui concerne l'assureur excédentaire, c'est le contrat qui fait loi. Pensons, à titre d'exemple, au fait que l'obligation de défendre est souvent expressément exclue des polices d'assurance excédentaire¹⁷⁰.

¹⁶⁷ *Id.*, par. 16-20.

¹⁶⁸ J.S. NICHOLL et N. DAVID, préc., note 23, aux pages 165 et 166.

¹⁶⁹ *Id.*, à la page 164.

¹⁷⁰ *Id.*, à la page 160.

Certains problèmes particuliers peuvent se poser en assurance primaire et excédentaire. C'est par exemple le cas lorsque l'assuré détient une assurance primaire et une assurance excédentaire, mais que l'une des polices est sur une base réclamation et l'autre sur une base événement. En effet, l'assuré s'expose alors dans certaines circonstances à devoir assumer lui-même une partie de la réclamation.

Un autre problème est celui du partage de l'obligation de défendre entre plusieurs assureurs excédentaires qui y sont tenus en vertu de leur police respective¹⁷¹.

Au Québec et ailleurs au Canada, le peu de littérature concernant les rapports entre assureur primaire et assureur excédentaire pourrait, selon certains, s'expliquer par un certain malaise relatif à ce sujet au sein de la communauté des assurances¹⁷².

Enfin, qu'en est-il aujourd'hui de la *Convention entre assureurs en première ligne et complémentaires relativement au règlement des sinistres de responsabilité civile*? Elle a été mise à jour en 1996, est toujours en vigueur et de nombreux assureurs canadiens en sont signataires. Toutefois, l'application de cette convention permet-elle de résoudre tous les problèmes découlant des rapports entre assureur primaire et assureur excédentaire? Visiblement non, si l'on considère le grand nombre de litiges soumis aux tribunaux dans ce domaine. Également, l'adhésion à cette convention est volontaire et les assureurs ne peuvent être contraints de s'y soumettre. Elle ne peut donc pas être utilisée pour résoudre un litige impliquant un ou des assureurs qui n'y ont pas adhéré.

L'assurance excédentaire comporte de nombreux avantages. Principalement, elle permet aux assurés d'avoir accès à des garanties assurancielles importantes, souvent à un coût moindre que la souscription d'une police d'assurance primaire concurrente ou l'augmentation du plafond de garantie d'une assurance primaire existante. Dans certains cas, l'assurance excédentaire est le seul moyen d'obtenir la protection désirée.

Toutefois, l'assurance excédentaire soulève de nombreux questionnements en ce qui concerne son application. Malheureusement, en cas de litige, ce sont trop souvent les assurés qui souffrent le plus des consé-

¹⁷¹ S.A. COZEN, préc., note 126, aux pages 36 et 37.

¹⁷² INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, préc., note 2, à la page 1.

quences de ces incertitudes. Il serait souhaitable que le législateur élabore des règles particulières applicables à ce domaine, puisque l'assurance excédentaire est d'une grande importance en pratique et s'avérera tout aussi, sinon plus importante dans les années à venir.