

## Le secret professionnel et l'application du test du « *dominant purpose* » dans des dossiers d'assurance

Par Alain Olivier



Un dossier d'assurance suit typiquement un long cheminement à partir de la réclamation initiale, qui peut aboutir dans un procès. En effet, suite à la réclamation, l'assureur mandate un expert pour faire enquête sur les circonstances entourant le sinistre. À la lumière du ou des rapports de l'expert, l'assureur décidera de couvrir tout ou partie de la réclamation ou de nier couverture. L'assureur peut également se référer à ses avocats si le dossier semble poser des problèmes particuliers de nature juridique.

Il est aussi possible que ce soit l'avocat de l'assureur qui retienne lui-même les services d'un expert en sinistre pour faire enquête sur la perte. Le ou les rapports sont ensuite remis à l'avocat pour l'aider à faire sa recommandation à l'assureur concernant le paiement (ou le non-paiement) de la réclamation.

Tel qu'on peut le constater, le (ou les) rapport(s) de l'expert en sinistre et les opinions juridiques rendues au sujet de la couverture, sont d'importance capitale dans la gestion d'un dossier d'assurance. Il est donc impératif de savoir dans quelle mesure ces documents bénéficient d'un caractère privilégié.

Au Québec, les tribunaux accordent une importance considérable à la protection du secret professionnel, surtout dans le contexte d'un dossier litigieux. Certains développements récents dans la jurisprudence des tribunaux de *common law* suggèrent que cette protection ne devrait pas s'appliquer aux rapports et documents qui ont été préparés pour des fins d'enquête mais non pour les fins d'un litige. Cette approche devrait-elle être adoptée par les tribunaux québécois?

L'avocat s'étend à toute communication écrite du client (ou d'un tiers dont il a retenu les services) qui est préparée à l'intention de son avocat ou à sa demande.<sup>2</sup>

On comprendra donc qu'un rapport de vérification préparé par les autorités fiscales afin de déterminer l'impôt payable par un contribuable<sup>3</sup> ou qu'un rapport préparé par le chef inspecteur en gaz et plomberie d'une municipalité peu après un incendie<sup>4</sup> ne sont pas des documents ayant été faits principalement dans l'optique d'un litige. Pour ces raisons, les tribunaux québécois ne leur reconnaissent pas un caractère privilégié.<sup>5</sup>

### Le test du « *dominant purpose* »

Ainsi, les tribunaux québécois reprennent le raisonnement des autorités de *common law* et notamment de la Chambre des lords d'Angleterre dans l'affaire *Waugh c. British Railways Board*.<sup>6</sup> Cette décision traite de

### Le principe général de l'admissibilité de la preuve

D'après l'article 2857 du *Code civil du Québec* (ci-après le « CCQ »), la preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens.

Cependant, le secret professionnel de l'avocat protège certains documents en les soustrayant à la règle générale.<sup>1</sup> Ainsi, l'immunité du secret professionnel de



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

<sup>1</sup> En effet, l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* confère une protection de nature "quasi-constitutionnelle" au secret professionnel (voir aussi *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821).

<sup>2</sup> L. Ducharme, *L'administration de la preuve*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2001 aux pp. 103-104.

<sup>3</sup> *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fava*, [1984] C.A. 639 (ci-après *Fava*).

<sup>4</sup> *Federal Insurance Co. c. Cité de LaSalle*, [1985] R.D.J. 230 (C.A.) (ci-après *Cité de LaSalle*).

<sup>5</sup> A noter que nos tribunaux ont appliqué la théorie du "dominant purpose" après les décisions de principe rendues dans *Fava* et *Cité de LaSalle*. Voir les jugements suivants: *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada*, [1991] R.J.Q. 637 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, le 12 septembre 1991; *Gerling Global cie d'assurance générale c. Sanguinet Express inc.*, [1989] R.D.J. 93 (C.A.) (ci-après *Sanguinet Express*), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, le 1<sup>er</sup> juin 1989.

<sup>6</sup> [1980] A.C. 521 (ci-après *Waugh*).

l'admissibilité en preuve d'un rapport préparé par des préposés d'une commission ferroviaire deux jours après un accident. Lord Wilberforce fait les remarques suivantes sur cette question de preuve :

**« It appears to me that unless the purpose of submission to the legal adviser in view of litigation is at least the dominant purpose for which the relevant document was prepared, the reasons which require privilege to be extended to it cannot apply. »** <sup>7</sup> [nos soulignements]

Ce raisonnement s'insère dans le cadre de l'« *anticipation of litigation privilege* », qui protège les rapports et documents qui ont été rédigés pour les fins d'un litige existant ou anticipé.

### **La décision *Davies c. American Home Assurance***

La Cour supérieure de justice de l'Ontario semble avoir restreint la portée du secret professionnel de l'avocat dans la récente affaire *Davies c. American Home Assurance Co.*<sup>8</sup> Cette cause traitait de la réclamation du demandeur contre son assureur aux termes d'une police d'assurance pour mort accidentelle et mutilation. L'assureur a

refusé de verser l'indemnité d'assurance à son assuré au motif que la perte de ce dernier découlait d'un geste intentionnel. L'assuré soutenait que l'assureur avait dérogé à ses obligations contractuelles et avait fait preuve de mauvaise foi dans le traitement de sa réclamation. Parce qu'il plaidait la mauvaise foi, l'assuré cherchait à obtenir copie du dossier de l'expert en sinistre qui avait enquêté sur son dossier, ainsi que des opinions juridiques préparées par l'avocat de l'assureur avant que celui-ci décide de nier couverture.

À prime abord, le dossier de l'expert ne semblait pas bénéficier d'un caractère privilégié parce que son enquête n'avait pas été menée dans l'optique d'un litige. Par application du test du « *dominant purpose* », rien ne permettait d'empêcher la communication de ces rapports même s'ils ont par la suite été remis à l'avocat de l'assureur, qui « contrôlait le dossier ».

Le tribunal s'est ensuite penché sur la question de savoir si les opinions juridiques, rédigées par l'avocat de l'assureur afin de l'éclairer dans sa décision de payer ou non la réclamation, étaient protégées par le secret professionnel. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a répondu par la négative. En effet, le demandeur se devait de consulter ces lettres d'opinion afin de soutenir ses prétentions à l'effet que l'assureur avait agi de mauvaise foi dans sa conduite du dossier. Le juge Kiteley s'est prononcé de manière éloquente sur la question :

**« The information available to the insurer upon which it decided whether or not to pay the claim is critical. Client-solicitor privilege cannot be raised to protect communications during the investigation, evaluation, assessment and decision stages. If legal opinions were protected by client-solicitor privilege where "the investigation was controlled by counsel" instead of by the insurer, whose duty it is to act in good faith toward the insured, then that would encourage insurers to delegate such responsibility to counsel. »** <sup>9</sup> [nos soulignements]

La Cour a donc ordonné la production en preuve des rapports de l'expert en sinistre ainsi que des opinions juridiques rédigées par l'avocat avant la date à laquelle l'assureur a décidé de refuser la réclamation de l'assuré.

A noter que permission d'en appeler a été accordée à l'assureur dans ce dossier.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> *Ibid.* à la p. 533.

<sup>8</sup> (2001), 27 C.C.L.I. (3d) 194, motifs additionnels inclus dans (2001), 27 C.C.L.I. (3d) 207 (ci-après *Davies*).

<sup>9</sup> *Ibid.* aux pp. 206-207.

<sup>10</sup> (2001), 30 C.C.L.I. (3d) 58.

Alain Olivier est membre du Barreau du Québec depuis 1995 et se spécialise en droit des assurances



## Les suites possibles en droit québécois

Dans un litige portant sur les mêmes faits, est-ce qu'un tribunal québécois aurait rendu la même décision que la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Davies*? Comme nous l'avons souligné, l'application du test du « *dominant purpose* » en droit québécois ne prête pas à controverse. Cependant, étant donné le texte de l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et sa protection large du secret professionnel, il est possible qu'un tribunal québécois aurait considéré qu'une opinion juridique préparée par un avocat à l'intention de son client assureur est privilégiée même si elle n'a pas été préparée dans la perspective immédiate d'un litige.

Ce fut d'ailleurs le cas dans l'affaire *Sanguinet Express*,<sup>11</sup> décidée par la Cour d'appel en 1989. Dans cette cause, la Cour a distingué les affaires *Fava* et *Cité de LaSalle* pour considérer que le rapport préparé par l'expert en sinistre à l'intention de l'assureur, qui en avait communiqué une copie à son avocat, était de nature confidentielle. En effet, ce rapport pouvait contenir des informations sur la valeur morale d'un ou plusieurs individus

et qui guideraient l'avocat dans les recommandations qu'il ferait à son client au sujet de la couverture d'assurance.

Malgré cela, à la lumière du jugement *Davies*, nous souhaitons sensibiliser les assureurs au fait que les rapports d'experts en sinistre et les opinions juridiques préparées au cours du processus d'enquête (et *avant* que la décision sur la couverture ne soit prise) ne bénéficient pas nécessairement d'un caractère privilégié.

Alain Olivier

<sup>11</sup> *Supra* note 5.

**Vous pouvez communiquer avec les membres suivants du groupe Assurance générale et de dommages pour toute question relative à ce bulletin.**

**à nos bureaux de Montréal**

Edouard Baudry  
Anne Bélanger  
Jean Bélanger  
Anthime Bergeron  
Julie-Anne Brien  
Marie-Claude Cantin  
Michel Caron  
Paul Cartier  
Isabelle Casavant  
Jean-Pierre Casavant  
Louise Cérat  
Louis Charette  
Julie Cousineau  
Daniel Alain Dagenais  
François Duprat  
Nicolas Gagnon  
Sylvain Gagnon  
Sébastien Guénette  
Jean Hébert  
Odette Jobin-Laberge  
Bernard Larocque  
Jean-François Lepage  
Robert W. Mason  
Pamela McGovern  
Jacques Nols  
J. Vincent O'Donnell

Janet Oh  
Alain Olivier  
Dina Raphaël  
André René  
Ian Rose  
Jean Saint-Onge  
Évelyne Verrier  
Dominique Vézina  
Richard Wagner

**à nos bureaux de Québec**

Pierre Cantin  
Philippe Cantin  
Pierre F. Carter  
Frederic Delaunay  
Pierre Gourdeau  
Claude M. Jarry  
Claude Larose  
Jean-François Pichette  
Marie-Élaine Racine

**à nos bureaux d'Ottawa**

Brian Elkin  
Patricia Lawson  
Alexandra LeBlanc

**Montréal**

Bureau 4000  
1, Place Ville Marie  
Montréal (Québec)  
H3B 4M4

Téléphone :  
(514) 871-1522  
Télécopieur :  
(514) 871-8977

**Québec**

Bureau 500  
925, chemin Saint-Louis  
Québec (Québec)  
G1S 1C1

Téléphone :  
(418) 688-5000  
Télécopieur :  
(418) 688-3458

**Laval**

Bureau 500  
3080, boul. Le Carrefour  
Laval (Québec)  
H7T 2R5

Téléphone :  
(450) 978-8100  
Télécopieur :  
(450) 978-8111

**Ottawa**

Bureau 1810  
360, rue Albert  
Ottawa (Ontario)  
K1R 7X7

Téléphone :  
(613) 594-4936  
Télécopieur :  
(613) 594-8783

**Site Web**

[www.laverydebilly.com](http://www.laverydebilly.com)

Droit de reproduction réservé. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.