

Double mandat mais un seul devoir de loyauté

Par Odette Jobin-Laberge

Dans Kansa (en liquidation) c. Groupe DMR Inc. (500-09-012340-022, le 18 août 2003) la Cour d'appel a rendu une importante décision quant à la portée du secret professionnel de l'avocat retenu par l'assureur et son devoir de loyauté envers l'assuré qu'il représente. La Cour confirme également l'impossibilité déontologique de se prononcer à la fois sur des questions de couverture et de responsabilité après que l'avocat retenu par l'assureur ait comparu pour l'assuré.

Les faits

Les faits sont complexes et, en cours de route, il y a eu substitution des premiers avocats retenus par l'assureur.

L'assuré de Kansa, DMR, a fourni à Promutuel un système informatique dont celle-ci s'est déclarée insatisfaite par mise en demeure en 1987.

DMR a alors donné à Kansa un avis de sinistre. Un expert est choisi par l'assureur mais un avocat n'est retenu qu'en mars 1988 après que l'action en dommages de Promutuel contre DMR, au montant de 4 M\$, ait été intentée. DMR pour sa part, avait retenu ses propres avocats lors de la mise en demeure.

Le premier avocat retenu par Kansa ne comparait officiellement que le 25 octobre 1989. Ce délai est dû au refus des avocats de DMR de se retirer du dossier tant que la négociation sur le partage des frais de défense encourus jusqu'à cette date n'était pas réglée.



En octobre 1993, DMR appelle Kansa en garantie.

En avril 1999, DMR règle avec Promutuel pour 1,5 M\$.

Le litige entre DMR et Kansa est continué en vertu de la *Loi sur les liquidations* et DMR réclame maintenant 4 M\$ pour couvrir l'indemnité versée, les frais encourus et le remboursement de ses frais extrajudiciaires en raison de la conduite abusive de Kansa.

En mai et juin 2002, dans le cadre de ce litige, le premier juge (J. Roland Durand) avait accueilli deux objections à la preuve fondée sur le secret professionnel lors de l'interrogatoire du second avocat retenu par Kansa et du représentant de cette dernière, Claude Fauré. DMR voulait obtenir la correspondance échangée entre le premier avocat et Kansa et celle entre le second et Kansa sur les questions de couverture de même que le rapport de l'expert retenu par Kansa lors de l'avis donné suite à la mise en demeure.

En novembre 1990, un second procureur remplace le premier et une entente sur le partage des frais est conclue.

En mars 1993, Promutuel amende sa déclaration et produit un rapport comptable évaluant maintenant ses dommages à 6 M\$.

Le 7 mai 1993, le second avocat avise DMR qu'en raison de « faits nouveaux » et de « la modification profonde » apportée à la déclaration, Kansa n'entend plus couvrir et se retire de la défense.

Position des parties

DMR soutient que c'est l'assuré qui est le bénéficiaire du secret professionnel et que l'assureur ne peut lui interdire l'accès aux rapports émanant de son propre avocat et, dans un second temps, que l'assureur qui se retire du dossier en cours de route, renonce à la confidentialité puisque l'assuré doit alors pouvoir faire la preuve de sa connaissance réelle des faits pour démontrer qu'il ne s'agissait pas de faits nouveaux.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

Kansa plaide que l'assureur est le seul « client » de l'avocat sur les questions de couverture et que l'assuré n'a aucun droit à quelque renseignement portant sur cette relation. Quant au second moyen de DMR, elle ajoute qu'il n'y a pas eu renonciation et que la seule allégation de mauvaise foi ne peut suffire à priver l'assureur de la confidentialité de ses relations avec son avocat.

Analyse de la Cour d'appel

Après avoir revu la jurisprudence traitant du « double mandat » du procureur retenu par l'assureur pour assumer la défense d'un assuré (*Nobert c. Lavoie*¹; *Zurich c. Renaud & Jacob*²; *Boréal Assurances Inc. c. Rénodépôt*³; *Ville de Fermont c. Pelletier*⁴), le juge Chamberland, appuyé par les juges Nuss et Grenier, reprend un passage du juge LeBel dans l'affaire *Renaud & Jacob* :

« (...) L'assuré accepte que son avocat détienne une forme de double mandat. À l'intérieur de celui-ci, il (l'avocat) reste tenu envers l'assuré de toutes les obligations déontologiques normales. »

Rappelant aussi que l'assuré jouit de tous les droits se rattachant à la relation client-avocat (voir l'affaire *Citadel c. Wolofsky*⁵), il déclare :

« 57. (...) Toutefois, la possibilité même de double mandat s'évanouit quand les intérêts de l'assureur et de l'assuré divergent, par exemple quand l'assureur veut régler l'affaire alors que l'assuré tient à se rendre à procès « pour défendre sa réputation », quand l'assureur refuse d'engager la totalité de la couverture

d'assurance dans un règlement que l'assuré sait possible et souhaite ou encore, quand l'assureur sollicite l'avis de l'avocat concernant la garantie d'assurance. L'avocat est alors placé au cœur d'un insoluble conflit de loyauté et la poursuite du double mandat n'est tout simplement plus possible. »

En conséquence, l'assuré a droit à tous les documents qui concerne l'affaire dans laquelle l'avocat agit pour lui (par. 58) mais pas à ceux où l'avocat n'avait pas encore agi pour lui et qui concerneraient la couverture d'assurance.

Le juge rappelle que la pratique actuelle de confier le mandat sur la couverture à un autre avocat et de l'abstention de l'avocat de l'assuré de se prononcer sur des questions de couverture permet d'éviter ces conflits de loyauté mais il ajoute des propos très sévères :

« 64. La loyauté dont l'avocat doit faire preuve envers son client lui interdit absolument de servir en même temps deux maîtres ayant des intérêts contraires ou potentiellement contraires. Lorsqu'un avocat devient, à la demande d'un assureur responsabilité, le procureur *ad litem* d'un assuré, il devient, à tous égards, l'avocat de ce dernier. Il lui doit une loyauté absolue.

65. Lorsque ce même avocat transgresse son devoir de loyauté en conseillant un deuxième maître – en l'espèce, l'assureur – sur un point au sujet duquel celui-ci a des intérêts contraires à ceux de l'assuré – par exemple, au sujet de l'application et de la portée de la garantie d'assurance, - il n'y a pas de secret professionnel qui puisse s'appliquer. L'assureur de responsabilité ne peut tout simplement pas être le client de cet avocat quand le sujet abordé par celui-ci en est un au sujet duquel l'assureur et l'assuré ont des intérêts contraires ou potentiellement contraires. Il importe peu, à mon avis, que la transgression du devoir de loyauté soit le fait d'une négligence de la part de l'avocat ou le fait d'une action concertée de ce dernier et de l'assureur. »

En conclusion, la Cour ne permet pas la communication des lettres du premier avocat envoyées à l'assureur avant sa comparution mais il donne accès aux lettres subséquentes et ce même s'il advenait que ces lettres traitent de questions de couverture. Il donne également accès à toute la correspondance entre le deuxième avocat et Kansa après la comparution de celui-ci suite à la substitution en novembre 1990.

¹ *Nobert c. Lavoie* [1990] R.J.Q. 55 (C.A.)

² *Zurich c. Renaud & Jacob* [1996] R.J.Q. 2160 (C.A.)

³ *Boréal Assurances Inc. c. Rénodépôt* [1996] R.J.Q. 46 (C.A.)

⁴ *Ville de Fermont c. Pelletier* [1998] R.J.Q. 736 (C.A.)

⁵ *Citadel c. Wolofsky* [1984] C.A. 277



Odette Jobin-Laberge est
membre du Barreau du
Québec et se spécialise en
droit des assurances

Quant au second argument de DMR, à savoir qu'en se retirant du dossier et en forçant DMR à la poursuivre, Kansa a renoncé au secret professionnel particulièrement si sa bonne foi est en cause, le juge Chamberland donne en partie raison à DMR. Il est d'avis que lorsque l'assureur affirme qu'il n'avait pas connaissance de certains faits pour justifier un revirement de sa part, « l'état de sa connaissance » à cette date devient l'objet du litige et la partie adverse a le droit à la preuve lui permettant de vérifier le bien fondé de cette allégation. Il donne donc accès à tous les rapports de l'expert en sinistre puisque ceux-ci font partie des renseignements dont Kansa disposait au moment où elle a décidé d'assumer la défense de DMR entre 1990 et 1993 mais il est d'avis que cela ne constitue pas une renonciation suffisante au secret professionnel pour permettre l'accès aux lettres envoyées à Kansa par les procureurs qu'elle avait retenus avant qu'ils ne comparaissent à titre de procureurs *ad litem*.

Enfin, il rejette l'argument de DMR voulant qu'indépendamment de toute renonciation, l'assuré puisse avoir accès à tout le dossier d'enquête de l'assureur dès qu'il y a allégation que l'assureur a agi de mauvaise foi au motif que si l'assureur nie cette allégation et prétend avoir agi de bonne foi, il serait *incongru* que la confidentialité d'un document en possession d'une partie – fut-elle un assureur de responsabilité; - dépende d'une simple allégation de mauvaise foi avancée par l'autre partie.

Commentaires

Cette décision sur l'obligation de loyauté de l'avocat envers l'assuré dont l'assureur lui a confié la défense s'inscrit dans une évolution constante de la jurisprudence de la Cour d'appel sur cette question depuis l'affaire *Wolofsky* en 1984. Le double mandat existe mais il a aussi des limites particulières en ce qui concerne les relations avec chacun des mandants.

Un avocat retenu par l'assureur peut toujours se prononcer sur la couverture d'assurance tant qu'il n'a pas comparu pour l'assuré et, si couverture il y a ou que celle-ci n'est pas mise en doute, il peut ensuite agir à titre de procureur *ad litem*. Ce qu'il ne pourrait faire, c'est se prononcer sur la couverture en cas de faits nouveaux depuis sa comparution puisque son devoir de loyauté s'est alors déplacé envers le seul assuré. S'il le fait, sa correspondance avec l'assureur sur cet aspect du dossier ne sera pas protégée par le secret professionnel qui pourrait exister autrement entre l'assureur et l'avocat retenu à titre de représentant de l'assureur.

Cette décision laisse toutefois ouvertes toutes les questions relatives à la conduite de l'avocat et à la gestion des problèmes de couverture lorsque ceux-ci surviennent en cours de procès...

Le délai pour demander une autorisation de se pourvoir à la Cour suprême expire le 17 octobre 2003.

À suivre !

Odette Jobin-Laberge
(514) 877-2919
ojobberge@lavery.qc.ca

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

à nos bureaux de Montréal

Edouard Baudry
Anne Bélanger
Jean Bélanger
Anthime Bergeron, c.r.
Maryse Boucher
Marie-Claude Cantin
Michel Caron
Paul Cartier
Isabelle Casavant
Jean-Pierre Casavant
Louise Cérat
Louis Charette
Julie Cousineau
Daniel Alain Dagenais
Catherine Dumas
Nicolas Gagnon

Sébastien Guénette
Jean Hébert
Odette Jobin-Laberge
Bernard Larocque
Jean-François Lepage
Robert W. Mason
Pamela McGovern
Jacques Nols
J. Vincent O'Donnell
Jacques Perron
Dina Raphaël
André René
Ian Rose
Jean Saint-Onge
Évelyne Verrier
Richard Wagner

à nos bureaux de Québec

Pierre Cantin
Philippe Cantin
Frédéric Delaunay

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

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.