

***Mémoire sur le projet de Règlement sur les catégories
de contrats d'assurance et d'assurés pouvant déroger aux règles
des articles 2500 et 2503 du Code civil***

Présenté à
Monsieur Eric Girard
Ministre des Finances
Gouvernement du Québec

Octobre 2021

Le Bureau d'assurance du Canada est l'association qui représente les sociétés privées d'assurance de dommages. L'industrie de l'assurance de dommages joue un rôle de premier plan dans l'économie québécoise en permettant à la population de se prémunir contre des sinistres pouvant avoir un impact important sur sa sécurité financière en protégeant son patrimoine.

Pour mener à bien sa mission, le BAC :

- maintient des relations suivies avec le gouvernement, les consommateurs et toute autre partie concernée;
- intervient dans des dossiers règlementaires et législatifs;
- fait équipe avec le gouvernement et avec divers intervenants dans des initiatives de prévention;
- informe le grand public en matière d'assurance, tant dans le quotidien qu'en situation de crise;
- élabore des campagnes d'éducation et de sensibilisation à l'intention des consommateurs.

Le BAC est non seulement le porte-parole de l'industrie, mais aussi un précieux partenaire pour les gouvernements, les intervenants du milieu de l'assurance de dommages et les consommateurs.

Bureau d'assurance du Canada

1981, avenue McGill College, bureau 620
Tour BNP Paribas
Montréal (Québec) H3A 2Y1

Octobre 2021

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---------------------------------------|----------|
| INTRODUCTION | 4 |
| COMMENTAIRES GÉNÉRAUX | 4 |
| COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES | 5 |
| ARTICLES 1, 2 ET 3 | 5 |
| ARTICLE 5 | 7 |
| ARTICLE 6 | 7 |
| ARTICLE 7 | 7 |
| ARTICLE 8 | 8 |
| CONCLUSION | 9 |

INTRODUCTION

L'obligation de défendre, découlant des articles 2500 et 2503 du *Code civil du Québec* (C.c.Q), est un enjeu majeur au Québec en assurance des entreprises. Dès 2019, le Bureau d'assurance du Canada (BAC) a soulevé cette problématique auprès du ministère des Finances et recommandait de modifier ces dispositions qui ne répondaient plus aux besoins des entreprises québécoises et qui rendaient le marché québécois de l'assurance responsabilité beaucoup moins attrayant. D'ailleurs, plusieurs entreprises ont fait le même constat et ont sommé le gouvernement d'agir dans les meilleurs délais.

Le BAC réitère l'importance, voire l'urgence, d'agir afin de rétablir un environnement concurrentiel équitable et harmonisé avec le reste du Canada et les autres marchés d'assurance. Le resserrement du marché actuel et la pandémie ont accentué les conséquences négatives de ces articles sur le marché québécois et ont démontré le besoin de modifier la situation rapidement.

Le BAC a salué le projet de loi n° 82 qui est venu modifier ces articles et habiliter le gouvernement à adopter un règlement permettant à certaines catégories de contrats et d'assurés d'être exemptés des règles des articles 2500 et 2503. Le BAC constate que les enjeux et les préoccupations identifiés tant par l'industrie de l'assurance que par les assurés ont été considérés dans l'élaboration du projet de *Règlement sur les catégories de contrats d'assurance et d'assurés pouvant déroger aux règles des articles 2500 et 2503 du Code civil* (Projet de règlement). Par ailleurs, comme mentionné dans les commentaires qui suivent, certains ajustements seront nécessaires pour que les nouvelles règles soient effectives et efficaces.

Malheureusement, le BAC constate qu'une disposition du Projet de règlement pourrait mettre en péril son application.

COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Pour que le Projet de règlement ait des répercussions positives sur le marché du Québec, il est nécessaire de briser l'isolement du Québec créé par les articles 2500 et 2503 du C.c.Q. L'approche privilégiée par les provinces du *common law* du Canada et les États-Unis est la liberté contractuelle. Nous réitérons que cette approche aurait également dû être celle retenue par le législateur québécois pour les risques des entreprises.

Nous comprenons que le législateur ait plutôt choisi de cibler certaines catégories d'assurance et d'assurés pour régler les problématiques les plus criantes, bien que d'autres entreprises qui présentent des risques importants ou difficiles à quantifier pourraient tirer avantage des exemptions prévues dans le règlement.

Les modifications apportées à l'article 2503 du C.c.Q ont notamment pour objectif d'accroître la liberté contractuelle des entreprises, de leur donner de la flexibilité dans la gestion du risque et de leur faciliter l'accès à l'assurance. Le législateur a limité l'application du Projet de règlement à certains assurés qui, dans la majorité des cas, sont des entreprises d'envergure et suffisamment sophistiquées pour évaluer leurs risques et prendre des décisions à cet égard, et ce, en fonction de leurs besoins. Le BAC est d'avis que, dans ce cadre, certaines restrictions imposées par le règlement, notamment par l'article 8 alinéa 1, ne sont pas nécessaires. Au surplus, elles seront inapplicables en pratique et créeront un régime marginal d'indemnisation qui maintiendra le marché de l'assurance québécois isolé.

Pour que le Projet de règlement ait l'effet escompté, il doit permettre deux choses : une meilleure prévisibilité des risques et une certitude règlementaire, procurées par un libellé sans ambiguïté quant à l'application des règles qu'il édicte. Les articles 4, 6 et 8 alinéa 1 n'offrent ni l'une ni l'autre.

Ces articles imposent des défis logistiques importants dans le cadre de la gestion des réclamations et diminuent trop fortement la prévisibilité des risques qui permet à l'assureur d'établir des réserves suffisantes, afin d'offrir des produits adaptés aux besoins des assurés. Le maintien de ces articles aura pour effet de perpétuer l'isolement du Québec ainsi que les enjeux d'accès à l'assurance pour les entreprises québécoises. Rappelons

qu'un élément clé pour assurer la réussite de cette réforme est de miser sur des règles d'application simples tant pour l'assureur que pour l'assuré. Des mécanismes complexes et peu adaptés aux pratiques de l'assurance, comme ceux proposés aux articles 4, 6 et 8, alinéa 1, favoriseront les litiges et l'incertitude, ce qui freinera l'utilisation des exemptions proposées par le règlement.

COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES

Articles 1, 2 et 3

Le contrat d'assurance couvre l'assuré désigné et, dans plusieurs cas, des assurés additionnels nommés ou innomés. La dérogation doit s'appliquer à tous ces assurés. Comme libellé, les articles 1, 2 et 3 peuvent créer une ambiguïté quant aux assurés visés par les dérogations, puisqu'ils indiquent : « l'assuré qui remplit l'une des conditions (...) peut être visé par un contrat qui déroge (...) ». Afin d'éviter des enjeux d'interprétation, le BAC recommande de préciser que c'est l'assuré visé dans l'article qui doit remplir les conditions énoncées aux articles 1, 2 et 3.

Aussi, les conditions requises pour pouvoir déroger aux règles des articles 2500 et 2503 peuvent changer pendant la durée du contrat d'assurance, comme une entreprise qui cesse d'être considérée comme une grande entreprise ou qui interrompt ses activités à l'extérieur du Canada. Pour plus de certitude, le BAC recommande de préciser que l'assuré doit remplir l'une des conditions énumérées au moment de la souscription ou du renouvellement.

Conséquemment, le BAC recommande de modifier les articles 1, 2 et 3 comme suit :

Article 1

Pour tout contrat d'assurance de responsabilité civile, lorsque l'assuré qui remplit l'une des conditions suivantes au moment de la souscription ou du renouvellement, il peut souscrire ~~peut être visé par~~ un contrat qui déroge aux règles prévues à l'article 2500 et aux premier et deuxième alinéas de l'article 2503 du Code civil.

(...)

~~3° Il est Un~~ administrateur, un dirigeant ou un fiduciaire de quiconque est visé aux paragraphes 1 ou 2 peut également souscrire à un tel contrat même si ce dernier n'est pas assuré par un tel contrat.

Article 2

Pour tout contrat d'assurance de responsabilité civile, lorsque l'assuré qui n'est pas visé à l'article 1 et remplit l'une des conditions suivantes au moment de la souscription ou du renouvellement, il peut souscrire ~~être visé par~~ un contrat qui déroge aux règles prévues à l'article 2500 et aux premier et deuxième alinéas de l'article 2503 du Code civil ~~lorsque la couverture totale de tous les contrats d'assurance responsabilité civile qu'il a souscrits est d'au moins 5 000 000 \$.~~

(...)

~~5° Il est Un~~ administrateur, un dirigeant ou un fiduciaire de quiconque est visé à l'un des paragraphes 1° à 4° peut également souscrire un tel contrat même si ce dernier n'est pas assuré par un tel contrat.

Article 3

Pour tout contrat d'assurance de responsabilité civile, lorsque l'assuré qui n'est pas visé à l'article 1 ou 2 et remplit l'une des conditions suivantes au moment de la souscription ou du renouvellement,

~~il peut souscrire être visé par~~ un contrat qui déroge aux règles prévues à l'article 2500 et au deuxième alinéa de l'article 2503 du Code civil.

(...)

~~2° Il est Un~~ administrateur, un dirigeant ou un fiduciaire de quiconque est visé au paragraphe 1° peut également souscrire à un tel contrat même si ce dernier n'est pas assuré par un tel contrat.

Quant à l'article 2 alinéa 2, pour qu'un assuré puisse souscrire un contrat d'assurance responsabilité qui déroge aux règles des articles 2500 et 2503 en vertu de l'article 2, il doit remplir deux conditions :

- 1- Faire partie des catégories d'assurés énumérées en fonction de sa taille, de sa forme juridique ou de ses activités;
- 2- Détenir une couverture totale d'au moins 5 000 000 \$ en assurance de responsabilité civile.

Le BAC est d'avis que cette deuxième condition n'est pas nécessaire dans un objectif de protection et qu'elle est très difficile d'application. En effet, elle limite la gestion du risque par les entreprises auxquelles l'on voulait spécifiquement donner cette latitude pour favoriser leur accès à l'assurance dans un contexte où elles avaient la capacité de le faire. Quant à son application, il est important de rappeler que la souscription des polices d'assurance responsabilité peut se faire auprès de plusieurs assureurs par l'entremise de plusieurs courtiers et se fait en fonction de la capacité des assureurs et de leur appétit du risque. Cette condition ajoute donc un défi logistique au niveau de la souscription de l'assureur qui devra connaître le montant des autres polices d'assurance responsabilité que son assuré a souscrit, avant de lui proposer des conditions pour savoir s'il peut bénéficier de l'exemption. D'autant plus que les contrats d'assurance n'ont pas tous la même date d'entrée en vigueur.

Finalement, cette mesure n'est pas équitable envers les entreprises, dans la mesure où le montant d'assurance souscrit a pour objectif de couvrir les risques qui découlent de ses activités. Ainsi, une entreprise qui exerce des activités avec des risques plus élevés qu'une autre entreprise remplira plus facilement cette condition et pourra bénéficier d'une plus grande liberté contractuelle.

De ce fait, le BAC recommande de retirer la deuxième condition, afin de simplifier la souscription et de rendre équitables les conditions d'application du règlement à toutes les entreprises exerçant dans le même secteur ou sous une même forme juridique.

Article 2 alinéa 1 paragraphe 4 et article 4

En vertu de l'article 4 du Projet de règlement, le contrat de l'assuré visé par le paragraphe 4 de l'article 2 peut déroger aux articles 2500 et 2503, mais seulement pour les activités qu'exerce l'assuré à l'extérieur du Canada. Nous comprenons que l'objectif du législateur est de continuer à protéger les tiers lésés au Québec, même si l'entreprise a des activités à l'étranger. Cependant, ainsi libellé, cet article crée de l'incertitude quant à la portée des dérogations permises. Par exemple, dans un litige concernant la qualité d'un produit fabriqué au Québec, mais exporté aux États-Unis, quelle serait l'application de la police si un dommage est causé à un résident des États-Unis, considérant l'article 3128 du C.c.Q ?

De plus, l'article 4 crée des enjeux importants au niveau de la gestion des réclamations pour les assureurs. Il faut se rappeler que l'assuré peut faire face à de multiples réclamations découlant d'un même événement, comme dans le cas d'une action collective déposée au nom d'un groupe dont les demandeurs peuvent résider dans plusieurs juridictions. Or, la défense sera identique pour tous les demandeurs, ce qui rendra impossible la répartition des frais de défense.

Puisque l'article 4 n'offre ni la certitude réglementaire ni la prévisibilité nécessaire à son utilisation, le BAC recommande son retrait.

Par ailleurs, afin de répondre à l'objectif de protection des victimes québécoises de façon cohérente avec les règles qui concernent les autres entreprises visées à l'article 2, le BAC recommande de modifier l'article 2 paragraphe 4 comme suit :

4° il exerce une activité à l'extérieur du Canada et en retire un revenu brut d'au moins 1 000 000 \$ en dollars canadiens;

On s'assure ainsi que la taille de l'entreprise est suffisante pour gérer son risque adéquatement et l'on atteint l'objectif de prévisibilité pour les activités qui ont lieu à l'extérieur du Canada.

Article 5

Le BAC est en accord avec l'objectif de cet article, soit d'exclure les activités de l'administrateur, du dirigeant ou du fiduciaire à titre de membre d'un comité de retraite des exemptions accordées par le Règlement. **Le BAC recommande toutefois de modifier le libellé, puisque, dans la majorité des cas, les personnes visées par cet article seront assurées à même le contrat d'une entreprise qui pourrait être exemptée en vertu du Règlement. Pour éviter la souscription d'un contrat séparé, le BAC recommande de modifier l'article comme suit :**

Lorsque l'administrateur, le dirigeant ou le fiduciaire visé au paragraphe 3° de l'article 1, au paragraphe 5° de l'article 2 ou au paragraphe 2° de l'article 3 exerce également des activités à titre de membres d'un comité de retraite, ces activités doivent faire l'objet d'une couverture ~~prévue à un contrat~~ prévue à un contrat qui ne déroge pas aux règles prévues à l'article 2500 et aux premier et deuxième alinéas de l'article 2503 du Code civil.

Article 6

Malgré ses représentations précédentes voulant que les assurances de type excédentaires devaient pouvoir exclure les frais de défense, puisque l'assuré bénéficie déjà d'une protection à travers sa police d'assurance primaire, le BAC recommande le retrait de l'article 6.

Une analyse exhaustive des répercussions que pourrait avoir une telle disposition permet de conclure que les impacts négatifs seraient plus importants que les positifs. En effet, l'assureur primaire subirait un effet indu puisqu'on peut déduire de l'article que la charge d'assumer les frais de défense revient en entier à l'assureur primaire jusqu'à l'expiration de l'ensemble des limites d'assurance primaires et excédentaires souscrites. Dans la pratique, il est courant que les assureurs primaires et excédentaires négocient un partage des frais de défense. Encore ici, l'absence de prévisibilité forcerait certains assureurs primaires à délaisser des marchés d'assurance pour lesquels ils avaient de l'appétit.

Article 7

L'article 7 a pour objectif d'attribuer le contrôle de la défense à l'assuré lorsque le contrat d'assurance déroge à l'article 2503 alinéa 1 du C.c.Q., donc uniquement lorsque l'assureur n'a pas une obligation de défendre. Le BAC souligne que dans toutes les autres circonstances, l'assureur doit pouvoir contrôler la défense, car il s'agit du corolaire de l'obligation de défendre. Lorsqu'un assuré souscrit une police d'assurance de responsabilité qui lui donne le contrôle de sa défense, la collaboration entre l'assuré et l'assureur est primordiale tout au long des procédures. Or, le BAC est d'avis que l'obligation de l'assuré de collaborer ne ressort pas clairement du libellé actuel de l'article. **Conséquemment, le BAC recommande de modifier l'article 7 comme suit :**

Lorsqu'un contrat d'assurance de responsabilité civile déroge aux règles prévues au premier alinéa de l'article 2503 du Code civil, il doit prévoir que l'assuré peut, le cas échéant et après consultation de l'assureur, choisir son avocat. L'assuré doit collaborer avec l'assureur,

notamment qu'il doit tenir l'assureur l'informer du déroulement des procédures, obtenir son consentement avant d'engager des frais de défense, et lui permettre de participer à la défense et obtenir son consentement avant de conclure une transaction.

Article 8

Alinéa 1

Le BAC recommande de retirer complètement l'alinéa 1 de l'article 8, sans quoi les modifications au Code civil apportées par le gouvernement auront été inutiles ou leur impact sera marginal.

Comme mentionné en introduction, l'article 8 alinéa 1 crée beaucoup d'incertitudes contrairement à l'objectif des modifications d'exempter certains contrats d'assurance de l'obligation illimitée des assureurs d'assumer les frais de défense. En plus de ne pas offrir une meilleure prévisibilité actuarielle, les conditions d'application de l'article sont complexes, propices au litige avec l'assuré et ne sont pas conciliables avec les pratiques des assureurs. La limite du 50 % pour les frais de défense impose aux assureurs qui veulent déroger aux articles 2500 et 2503 de développer un modèle actuariel sans données empiriques sur l'application de cet article.

Bien que l'article 8 alinéa 1 s'inspire de l'article 71 du *New York Code Title 11 Insurance*, il est important de noter que la portée de ces deux articles est aux antipodes. L'article 71, par le biais de la règle du 50 %, vise à offrir une protection pour les petites entreprises et les personnes qu'elles pourraient léser et ne s'applique pas aux lignes spécialisées ni aux risques commerciaux d'envergure qui bénéficient d'une complète liberté contractuelle. De son côté, l'article 8 alinéa 1, qui prévoit la règle du 50 %, s'applique principalement aux lignes spécialisées et aux risques d'envergure, alors que pour les plus petites entreprises qui ne peuvent déroger aux articles 2500 et 2503, c'est 100 % de la limite qui est réservée aux tiers lésés et 100 % des frais de défense qui sont assumés par l'assureur.

L'article 8 alinéa 1 requiert, pour une police d'assurance avec un montant d'assurance de 1 000 000 \$, qu'un montant de 500 000 \$ soit réservé pour les tiers lésés. L'article 8 alinéa 1 cible uniquement l'obligation de paiement de l'assureur et non son obligation de défendre, qui découle de l'article 2503 alinéa 1 du C.c.Q. Or, l'assureur ne saura pas quand son obligation de défendre se terminera, dans la mesure où la possibilité d'utiliser la limite d'assurance à des fins autres que le paiement aux tiers lésés sera connue uniquement lorsque l'assuré sera déclaré non responsable par le tribunal ou que celui-ci établira le montant dû à la victime ou encore, lorsqu'on saura que le paiement au tiers lésé n'atteint pas 50 % de la limite à la suite d'un règlement.

L'obligation prévue à l'article 8 alinéa 1 est problématique, notamment pour les raisons suivantes :

- Elle présume qu'un litige se règle toujours après avoir déterminé la responsabilité d'une partie. Or, la majorité des litiges se règle hors cours sans admission de responsabilité. C'est souvent le cas dans les dossiers impliquant la responsabilité d'un dirigeant ou d'un administrateur;
- Un contrat d'assurance peut offrir une couverture d'assurance à plusieurs assurés. C'est le cas notamment pour la police d'assurance des dirigeants et des administrateurs, à qui l'on peut attribuer un pourcentage de responsabilité différent lors d'un litige;
- Le contrat d'assurance peut prévoir un montant d'assurance par événement et une limite cumulative pour la période de couverture. Par exemple, l'assuré a un montant d'assurance de 1 000 000 \$ par événement jusqu'à concurrence d'un montant de 2 000 000 \$ pendant la période de couverture. Ces litiges ne sont pas simultanés et sont indépendants. Comment s'appliquera le 50 % pour deux litiges couverts par la police?
- Si la décision est portée en appel, la responsabilité et le montant des dommages peuvent être modifiés par le tribunal plusieurs années plus tard.

L'article 8 alinéa 1 a pour objectif d'affecter un montant d'assurance exclusif aux tiers lésés. Or, rappelons que dans la majorité des cas, un assuré n'a pas l'obligation de détenir un contrat d'assurance pour garantir un montant d'indemnisation à un tiers lésé. L'objectif premier d'un contrat d'assurance responsabilité est de protéger le patrimoine de l'assuré de poursuites d'un tiers. Il existe d'autres mécanismes que l'assurance pour garantir l'indemnisation de la victime, comme des cautionnements ou une obligation de détenir une police d'assurance responsabilité.

Finalement, le BAC insiste sur le fait qu'il n'y a pas de problématique liée à l'indemnisation des tiers dans les juridictions où cette règle du 50 % n'existe pas. Les entreprises gèrent leurs risques adéquatement et dans les cas exceptionnels où prévalent des enjeux de solvabilité, les mécanismes judiciaires existants permettent de protéger les victimes.

Alinéa 2

Le BAC est d'accord avec l'objectif de l'article 8 alinéa 2 du Projet de règlement de s'assurer que le montant d'assurance responsabilité minimal que doit maintenir en vigueur une personne pour exercer ses activités en vertu de la loi soit réservée aux tiers lésés. Les lois qui imposent une telle obligation ont pour objectif de protéger le public. C'est le cas par exemple de la *Loi sur l'assurance automobile*, du *Code des professions*, ou du *Règlement sur la certification des résidences privées pour aînés*¹.

CONCLUSION

Le BAC remercie le gouvernement de son intérêt et de son écoute à l'égard des enjeux soumis par l'industrie en lien avec les règles relatives aux frais de défense. Nous sommes convaincus que cette ouverture ayant mené à la modification de l'article 2503 du C.c.Q. permettra d'améliorer l'accès à l'assurance des entreprises visées par le Projet de règlement. Une harmonisation avec l'encadrement des autres juridictions dans le monde assurera la compétitivité des entreprises québécoises et évitera qu'elles choisissent d'autres juridictions pour assurer leur croissance. Le marché québécois ne sera plus isolé au bénéfice de tous.

Par ailleurs, comme exposé précédemment, les conditions proposées par l'article 8 alinéa 1 du Projet de règlement auront pour effet de perpétuer l'isolement du Québec et conséquemment, les enjeux d'accès à l'assurance pour les entreprises québécoises. Le BAC est persuadé que le retrait de cette disposition n'aura pas pour effet de léser les consommateurs et les petites entreprises qui sont protégés autrement, soit par les nouvelles règles relatives aux frais de défense ou par d'autres mécanismes législatifs.

Nous sommes certains que les discussions suscitées par la présente consultation permettront de finaliser le Projet de règlement de manière à rencontrer les impératifs d'affaire des entreprises québécoises sans compromettre la protection du public.

– Fin du document –

¹ C. S -4.2, r.0.01