

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-021886-114
(700-17-007427-106)

DATE : 6 MARS 2012

**CORAM : LES HONORABLES ANDRÉ FORGET, J.C.A.
FRANCE THIBAUT, J.C.A.
JACQUES R. FOURNIER, J.C.A.**

L'UNION CANADIENNE, COMPAGNIE D'ASSURANCE
APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉJEAN ST-PIERRE

et

9118-0471 QUÉBEC INC.

INTIMÉS - Demandeurs

et

UNICOUR ASSURANCES INC.

et

YVES THERRIEN

INTIMÉS - Défendeurs

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre un jugement rendu le 30 juin 2011 par la Cour supérieure, district de Terrebonne (l'honorable André Prévost), qui a rejeté ses objections à la preuve formulées à l'occasion d'interrogatoires après défense.

[2] Pour les motifs de la juge Thibault, auxquels souscrivent les juges Forget et Fournier, **LA COUR** :

- [3] **ACCUEILLE** l'appel;
- [4] **INFIRME** le jugement de première instance;
- [5] **ACCUEILLE** les objections à la preuve formulées par l'appelante quant aux objections 2 et 5 de l'interrogatoire d'Alain Lepage, du 18 février 2011, et les objections 3, 15, 16, 19, 22, 23 et l'objection à l'engagement 37 de l'interrogatoire de Victor DiNunzio, du 1^{er} avril 2011;
- [6] Avec dépens, tant en première instance qu'en appel.

ANDRÉ FORGET, J.C.A.

FRANCE THIBAUT, J.C.A.

JACQUES R. FOURNIER, J.C.A.

M^e Jean-François Pichette
Langlois Kronström Desjardins
Pour l'appelante

M^e Marie-Claude Cantin
Lavery De Billy
Pour les intimés Réjean St-Pierre et 9118-0471 Québec Inc.

M^e Laurent Nahmiash et M^e Aurélie Lompré
Fraser Milner Casgrain
Pour les intimés Unicour Assurances inc. et Yves Therrien

Date d'audience : 3 février 2012

MOTIFS DE LA JUGE THIBAULT

[7] L'appelante, une société d'assurance, se pourvoit contre un jugement rendu le 30 juin 2011 par la Cour supérieure, district de Terrebonne (l'honorable André Prévost), qui a rejeté ses objections à la preuve formulées à l'occasion d'interrogatoires après défense.

[8] L'appelante s'est opposée à la communication du rapport d'une agence d'investigation et à celle de rapports d'experts en sinistre dont elle a requis la confection à la suite de la demande d'indemnisation faite par ses assurés, les intimés St-Pierre et 9118-0471 Québec inc., en vertu d'une police d'assurance délivrée en leur faveur.

1- Les faits

[9] L'intimé Réjean St-Pierre est un producteur agricole. Il est le seul actionnaire et administrateur de l'intimée 9118-0471 Québec inc. qui exploite une ferme.

[10] Le 26 janvier 2010, une police d'assurance est délivrée par l'appelante en faveur des intimés pour trois propriétés situées à St-Placide, soit la résidence personnelle de l'intimé St-Pierre, une autre résidence louée au fils de celui-ci ainsi qu'un ensemble de bâtiments et de dépendances agricoles.

[11] Le 29 janvier 2010, quelques jours après la délivrance de la police d'assurance, un des bâtiments formant l'ensemble immobilier agricole est détruit par un incendie. Les équipements agricoles qui s'y trouvaient ont également été endommagés.

[12] Le 24 septembre 2010, soit environ 8 mois après le sinistre, l'appelante informe les intimés de son refus de les indemniser. Elle annule la police d'assurance *ab initio* parce qu'elle estime que ces derniers ont omis de déclarer leur véritable situation financière lors de la souscription à la police d'assurance. Même si la police avait été valide, l'appelante déclare qu'elle aurait tout de même refusé la réclamation pour le motif que l'intimé St-Pierre a fait des déclarations mensongères à l'occasion de sa réclamation et aussi parce que l'incendie résulte d'un acte intentionnel.

[13] Le 14 octobre 2010, les intimés déposent une requête introductive d'instance contre l'appelante. Ils réclament 2 254 000 \$ pour les dommages subis à la suite du sinistre, 250 000 \$ à titre de dommages punitifs et 100 000 \$ à titre de dommages moraux.

[14] La réclamation pour dommages punitifs des intimés est associée à leur prétention selon laquelle l'appelante aurait eu à leur endroit une « conduite arbitraire et déraisonnable » de même qu'une « attitude téméraire et hostile ». Les allégations qui

supportent la proposition sont détaillées aux paragraphes 22 à 32 de la requête introductive d'instance amendée. Globalement, les intimés reprochent à l'appelante le long délai mis pour les informer de sa décision d'annuler la police *ab initio*. Il est de huit mois depuis le sinistre et de quatre mois depuis l'interrogatoire statutaire. Les intimés critiquent aussi l'appelante pour avoir continué à prélever les primes d'assurance pendant cette période. Je note que, dans sa défense, l'appelante a offert le remboursement des primes.

[15] De façon subsidiaire, les intimés réclament 2 254 000 \$ à la société de courtage Unicours Assurances inc. et à son employé Yves Therrien pour le motif que ces derniers auraient renouvelé, sans les consulter, leur couverture d'assurances avec l'appelante, un assureur différent de celui avec qui ils faisaient affaire depuis 1980.

[16] Le 18 janvier 2011, l'appelante produit sa défense. Les 18 février et 1^{er} avril 2011, les avocats des intimés interrogent après défense MM. Alain Lepage et Victor DiNunzio, deux représentants de l'appelante, qui travaillent respectivement dans ses services des souscriptions et des sinistres. Lors de ces interrogatoires, les intimés demandent la communication d'un rapport confectionné par l'Agence d'investigation Sebec et celle des rapports confectionnés par les experts en sinistre de Lagüe, Vary et Associés. L'appelante s'y oppose. Les objections sont déferées à un juge pour qu'elles soient tranchées.

2- Le jugement de première instance

[17] Le jugement a été rendu oralement. Le juge souligne que le recours des intimés comporte deux reproches : le refus de l'appelante de les indemniser à la suite du sinistre et le long délai écoulé¹ avant de les informer de sa décision d'annuler *ab initio* la police d'assurance.

[18] Dans ce contexte, le juge estime qu'il y a lieu de permettre la communication des rapports d'experts. Selon lui, cette communication ne vise pas à établir la véracité des informations qui y sont contenues, mais plutôt à connaître le moment où elles ont été portées à la connaissance de l'appelante. Cette donnée servira à évaluer la responsabilité de l'appelante notamment au regard du reproche qui lui est fait d'avoir tardé à faire connaître sa décision quant à la validité de la police d'assurance.

[19] Pour cette raison, le juge déclare qu'il y a lieu d'écarter la jurisprudence relative au caractère privilégié de ces rapports.

3- Les questions en litige

[20] L'appel pose une seule question : le juge de première instance a-t-il eu raison de rejeter les objections de l'appelante? Les arguments des parties requièrent l'examen de quatre sous-questions reliées 1) à l'existence du secret professionnel et du privilège

¹ On sait que le délai est de huit mois.

relatif au litige, 2) à la renonciation à ces droits, 3) à la satisfaction des conditions de l'article 398 *C.p.c.* et 4) au droit d'obtenir les rapports complets.

4- L'analyse

[21] Les principes qui gouvernent le droit à la communication ou à la production de documents sont connus. Une partie à un litige peut exiger la communication ou la production d'un document pertinent en possession de l'autre partie ou d'un tiers, sauf si ce document bénéficie d'une immunité de divulgation en justice, notamment le secret professionnel ou encore le privilège relatif au litige². C'est dans l'application des règles entourant ces concepts que certaines zones d'ombre se dessinent.

Le secret professionnel

[22] L'appelante allègue que les documents dont les intimés veulent obtenir la communication sont protégés par le secret professionnel et aussi par le privilège relatif au litige. Commençons par le secret professionnel.

[23] D'entrée de jeu, il y a lieu de rappeler que, selon les enseignements de la Cour suprême dans *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*³, le privilège relatif au litige, en tant qu'exception à la communication forcée, a été distingué de l'exception du secret professionnel entre l'avocat et son client, notamment quant à sa portée :

1 Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à établir pour la première fois une distinction entre deux exceptions à la communication forcée qui sont connexes, mais distinctes sur le plan conceptuel : le *privilège du secret professionnel de l'avocat (solicitor-client privilege)* et le *privilège relatif au litige (litigation privilege)*. Ces privilèges coexistent souvent et on utilise parfois à tort le nom de l'un pour désigner l'autre, mais leur portée, leur durée et leur signification ne coïncident pas.

[...]

7 Compte tenu de leur portée, de leur objet et de leur fondement différents, j'estime qu'il serait préférable de reconnaître qu'il s'agit en l'occurrence de concepts distincts, et non de deux composantes d'un même concept. Par conséquent, dans les présents motifs, j'utiliserai l'expression « secret professionnel de l'avocat » comme s'entendant exclusivement du privilège de la consultation juridique et, à moins d'indication contraire, j'emploierai les deux expressions — secret professionnel de l'avocat et privilège de la consultation juridique — comme des synonymes interchangeables.⁴

² Art. 311 *C.p.c.* Voir également Léo Ducharme, *L'administration de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 101 et 102.

³ 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319.

⁴ *Ibid.*, paragr. 1 et 7.

[24] Ainsi, il faut éviter de confondre ces deux exceptions à la communication forcée de la preuve, notamment à cause de la portée beaucoup plus large de celle relative au secret professionnel.

[25] Dans *Société d'énergie Foster Wheeler Itée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*⁵, la Cour suprême explique que toute étude du secret professionnel, de son étendue et de son application nécessite l'examen du cadre législatif mis en place par le législateur. La disposition-clé en matière de secret professionnel se retrouve à l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ :

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

[26] Ensuite, le *Code des professions*⁷ impose le respect du secret professionnel à tous les membres des ordres professionnels qu'il régit :

60.4. Le professionnel doit respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle qui vient à sa connaissance dans l'exercice de sa profession.

Il ne peut être relevé du secret professionnel qu'avec l'autorisation de son client ou lorsque la loi l'ordonne ou l'autorise par une disposition expresse.

Le professionnel peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, le professionnel ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. Le professionnel ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

[27] L'article 2858 C.c.Q. renforce l'obligation de respecter le secret professionnel en disposant que le juge doit d'office soulever toute violation du secret professionnel :

2858. Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

⁵ 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, paragr. 19.

⁶ L.R.Q., c. C-12.

⁷ L.R.Q., c. C-26, art. 60.4.

Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au respect du secret professionnel.

[28] Dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, la Cour suprême énonce les conditions qui doivent être satisfaites pour que la profession exercée par une personne soit visée par le secret professionnel. Il s'agissait dans cette affaire du journaliste. Elle fait sien l'énoncé du professeur Ducharme lorsqu'il décrit les conditions nécessaires pour qu'une personne soit tenue au secret professionnel :

[37] De plus, le journalisme ne correspond pas au type de profession habituellement visé par le secret professionnel. Le professeur Ducharme a décrit les deux conditions auxquelles il faut satisfaire avant qu'un professionnel ne soit tenu au secret professionnel :

Il faut, d'une part, qu'une loi vienne imposer à une personne une obligation au silence et, d'autre part, que cette obligation prenne sa source dans une relation d'aide. Seuls, à notre avis, les membres des ordres professionnels régies par le Code des professions sont en mesure de satisfaire à cette double condition.

[Le soulignement provient de l'original]

(L'administration de la preuve (3e éd. 2001), p. 94)

La deuxième condition — soit que l'obligation au silence doit résulter d'une relation où le bénéficiaire du privilège demande l'aide du professionnel — est importante. Autrement dit, l'obligation de confidentialité vise l'information obtenue « dans l'intérêt exclusif de celui qui l'a communiquée et dans le cadre d'une relation d'aide » (Ducharme, p. 97). Compte tenu de l'accent mis sur la notion de « relation d'aide » et du fait que 45 professions sont déjà visées par l'art. 9 en application de diverses lois, le professeur Ducharme estime qu'« aucun membre d'une autre profession ne satisfait à cette double condition » (p. 97).⁸

[29] Qu'en est-il du titulaire d'un permis d'agence d'investigation et de l'expert en sinistre? Sont-ils tenus au secret professionnel? L'appelante soutient que c'est le cas.

[30] La *Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité* prévoit une obligation de confidentialité pour les titulaires de permis comme l'Agence Sebec :

⁸ 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, paragr. 37.

9. À moins qu'une loi ne les y oblige, le titulaire d'un permis d'agence et ses employés ne doivent pas divulguer à des personnes autres que leur employeur ou commettant ou à leurs représentants autorisés une information recueillie à l'occasion de leurs fonctions.⁹

[31] L'expert en sinistre est lui aussi tenu à un devoir de confidentialité en vertu de son *Code de déontologie* :

22. L'expert en sinistre doit respecter la confidentialité de tous renseignements personnels qu'il obtient concernant un client et les utiliser aux fins pour lesquelles il les obtient, à moins qu'une disposition d'une loi ou d'une ordonnance d'un tribunal compétent ne le relève de cette obligation.

23. L'expert en sinistre ne doit pas divulguer, autrement que conformément à la loi, les renseignements personnels ou de nature confidentielle qu'il a obtenus ni les utiliser au préjudice d'une partie en cause ou en vue d'obtenir un avantage pour lui-même ou pour une autre personne.¹⁰

[32] Suivant ces deux dispositions, le titulaire d'un permis d'agence d'investigation et l'expert en sinistre sont tous deux tenus à une obligation de confidentialité. Cela signifie qu'ils ne peuvent divulguer l'information recueillie à l'occasion de leurs fonctions, sauf à leur commettant. Cette obligation de confidentialité implique-t-elle que ces personnes sont tenues au secret professionnel?

[33] Le professeur Ducharme, dont je partage l'opinion, écrit que ce n'est pas le cas. En effet, tel que l'a décidé la Cour suprême dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*¹¹, il est de l'essence du secret professionnel que l'information transmise ait un caractère confidentiel, ce qui ne peut avoir lieu qu'à l'occasion d'une relation d'aide. Une relation d'aide implique que la transmission d'informations soit faite « dans l'intérêt primordial de permettre au confident de bien connaître les besoins de celui qui se confie, de façon à ce qu'il soit en mesure d'y satisfaire »¹².

[34] La Cour suprême conclut dans *Globe and Mail* précité que le secret professionnel se limite aux 45 ordres professionnels régis par le *Code des professions* :

⁹ *Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité*, L.R.Q., c. A-8, art. 9. Cette loi a été remplacée depuis le 3 mars 2010 par *Loi sur la sécurité privée*, L.R.Q., c. S-3.5. Depuis, l'obligation de confidentialité est reprise à l'article 8 du *Règlement sur les normes de comportement des titulaires de permis d'agent qui exercent une activité de sécurité privée*, R.R.Q., c. S-3.5, r. 3.

¹⁰ *Code de déontologie des experts en sinistre*, R.R.Q., c. D-9.2, r. 4, art. 22 et 23.

¹¹ *Supra*, note 8, paragr. 35 à 39.

¹² L. Ducharme, *supra*, note 2, p.133.

[...]

Le secret professionnel s'applique seulement aux professionnels qui y sont tenus par la loi et son application se limite actuellement aux 45 ordres professionnels régis par le Code des professions, L.R.Q., ch. C 26 (voir, p. ex., N. Vallières, « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec » (1985), 26 C. de D. 1019, p. 1022-1023). Cette liste de professions ne vise pas les journalistes, puisque même si leur inclusion avait été envisagée, elle a finalement été rejetée par l'Assemblée nationale (voir Journal des débats : Commissions parlementaires, 3e sess., 30e lég., no 6, 22 janvier 1975, p. B 322; Ministère de la justice, La justice contemporaine, par J. Choquette (1975), p. 261-263). Ainsi, le secret professionnel ne peut justifier la reconnaissance d'un droit quasi constitutionnel à la protection des sources des journalistes.¹³

[35] L'expert en sinistre et le titulaire d'un permis d'agence d'investigation ne sont pas tenus au secret professionnel, car les renseignements recueillis pour confectionner leurs rapports ne l'ont pas été à l'occasion d'une « relation d'aide ». Aucune de ces personnes n'a recueilli de l'information pour connaître les besoins du confident et pour les satisfaire. L'expert en sinistre et le titulaire d'un permis d'agence d'investigation collectent et colligent de l'information provenant de tiers; ils en font l'analyse et ils communiquent leurs observations à l'assureur pour permettre à ce dernier de prendre position sur la réclamation de son assuré. Il n'est donc pas question d'aider le confident, mais il s'agit plutôt d'éclairer leur commettant.

Le privilège relatif au litige

[36] J'examinerai maintenant les contours du privilège relatif au litige pour décider si les rapports de l'agence d'investigation et de l'expert en sinistre commandés par l'appelante peuvent en bénéficier.

[37] Selon les principes de l'arrêt *Blank* précité, l'objet de ce privilège est de créer une « zone de confidentialité » à l'occasion ou en prévision d'un litige :

27 Par ailleurs, le privilège relatif au litige n'a pas pour cible, et encore moins pour cible unique, les communications entre un avocat et son client. Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d'une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. Il a pour objet d'assurer l'efficacité du processus contradictoire et non de favoriser la relation entre l'avocat et son client. Or, pour atteindre cet objectif, les parties au litige, représentées ou non, doivent avoir la possibilité de préparer leurs arguments en privé, sans ingérence de la partie adverse et sans crainte d'une communication prématurée.

[...]

¹³ *Supra*, note 8, paragr. 35.

34 L'objet du privilège relatif au litige est, je le répète, de créer une « zone de confidentialité » à l'occasion ou en prévision d'un litige.¹⁴

[Je souligne]

[38] Ce privilège est interprété de façon restrictive puisqu'il « constitue un obstacle à la liberté de la preuve et à la découverte de la vérité »¹⁵. C'est pour cette raison que, dans l'arrêt *Blank* précité, la Cour suprême en a restreint l'application aux documents préparés « principalement » en vue d'un litige :

59 La question s'est posée de savoir si le privilège relatif au litige devrait s'attacher aux documents dont un objet important, l'objet principal ou le seul objet est la préparation du litige. Parmi ces possibilités, la Chambre des lords a opté pour le critère de l'objet principal dans *Waugh c. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169. Ce critère a également été retenu dans notre pays : *Davies c. Harrington* (1980), 115 D.L.R. (3d) 347 (C.A.N.-É.); *Voth Bros. Construction (1974) Ltd. c. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114 (C.A.); *McCaig c. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724 (C.A.N.-B.); *Nova, an Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755 (C.A. Alb.); *Ed Miller Sales & Rentals; Chrusz; Lifford; Mitsui; College of Physicians; Gower*.

60 Je ne vois aucune raison de déroger au critère de l'objet principal. Bien qu'il confère une protection plus limitée que ne le ferait le critère de l'objet important, il me semble conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. Le critère de l'objet principal est davantage compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue. Comme l'a souligné Royer, il n'est guère surprenant que la législation et la jurisprudence modernes

portent de plus en plus atteinte au caractère purement accusatoire et contradictoire du procès civil, tendent à limiter la portée de ce privilège [soit le privilège relatif au litige]. [p. 869]

Ou, pour reprendre les termes utilisés par le juge Carthy dans *Chrusz* :

[TRADUCTION] La tendance moderne favorise une divulgation complète et il n'existe aucune raison apparente de freiner cette tendance dans la mesure où l'avocat continue à jouir d'une souplesse suffisante pour servir adéquatement son client qui est partie à un litige. [p. 331]

61 Tandis que le secret professionnel de l'avocat a été renforcé, réaffirmé et relevé au cours des dernières années, le privilège relatif au litige a dû être

¹⁴ *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, *supra*, note 3, paragr. 27 et 34.

¹⁵ Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 1015.

adapté à la tendance favorable à la divulgation mutuelle et réciproque qui caractérise le processus judiciaire. Dans ce contexte, il serait incongru de renverser cette tendance et de revenir au critère de l'objet important.¹⁶

[39] Dans le contexte particulier du droit civil québécois, la Cour a affirmé à quelques reprises que les rapports d'enquête d'une agence d'investigation et de l'expert en sinistre remis à l'avocat d'un assureur sont protégés par le privilège relatif au litige lorsqu'ils lui servent d'outil dans la conduite de sa cause, à moins que l'assureur y renonce :

[20] À mon avis, le rapport d'enquête d'une agence d'investigation ou d'un expert en sinistre constitue un document à caractère confidentiel et privilégié qui n'a pas à être dévoilé à la partie adverse sauf si la partie a renoncé à sa confidentialité. Un tel rapport d'enquête, payé par la partie qui a jugé à propos d'en requérir un, lui appartient. C'est un outil qui lui sert dans la conduite de sa cause. La partie adverse ne peut, à l'aveuglette, demander que le contenu du document lui soit dévoilé. D'autant plus que de tels documents renferment bien souvent des informations confidentielles sur la valeur morale des déclarants ou encore soulèvent des soupçons sur des personnes visées par l'enquête¹⁷.

[Je souligne]

[40] Le professeur Ducharme note que, règle générale, le rapport factuel rédigé sur l'initiative d'une partie ne bénéficie pas du caractère confidentiel du simple fait de sa remise à son avocat. Il fait cependant état du régime d'exception applicable dans le cas du rapport d'un expert en sinistre :

Selon la Cour d'appel, l'argument selon lequel le rapport n'était pas un document privilégié, parce qu'il avait été préparé pour l'assureur, et non pour les avocats, ne pouvait être retenu du fait qu'une copie de ce rapport était en la possession des avocats et leur avait été fournie aux fins de la défense à la présente action et que de tels documents sont privilégiés, selon la jurisprudence. Suite à ces deux décisions, la jurisprudence, sans tenir compte du fait qu'elles avaient été rendues dans le cadre d'un litige entre un assuré et un assureur, a tenu pour définitivement arrêté, qu'un expert en sinistre doit être réputé, dans tous les cas, un agent de l'assureur qui a requis ses services et qu'un rapport d'un expert en sinistre doit être présumé confidentiel du seul fait qu'il a été transmis à un avocat aux fins d'un litige.¹⁸

[Je souligne]

¹⁶ *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, *supra*, note 3, paragr. 59 à 61.

¹⁷ *Fortier Auto (Montréal) ltée c. Brizard*, J.E. 2000-177, paragr. 20 (C.A.). Voir également *Axa Assurances inc. c. Pageau*, 2009 QCCA 1494; *Guerling Global, Cie d'assurance générale c. Sanguinet Express Inc.*, [1989] R.D.J. 93 (C.A.); *Prévoyance (La) Cie d'assurance c. Construction du fleuve Ltée*, [1982] C.A. 532.

¹⁸ L. Ducharme, *supra*, note 2, p. 152.

[41] Les conditions du privilège relatif au litige sont réunies que ce soit sur la base de l'arrêt *Blank* précité ou en application des règles du droit civil. Les rapports ont été communiqués par l'appelante à son avocat « exclusivement ou principalement en vue d'un litige »¹⁹. Le fait qu'ils ont vraisemblablement été préparés avant la décision d'annuler la police²⁰ ou de refuser la réclamation n'est pas déterminant. Ils ont été commandés par l'appelante pour décider du droit à l'indemnisation des intimés et, en cas de réponse négative, pour supporter sa position dans un litige. Le litige dont il est question n'a pas à exister au stade de la préparation du rapport pour que le privilège s'applique. Sa prévisibilité suffit comme le précise la Cour suprême dans l'arrêt *Blank* précité. Il serait déraisonnable d'exiger d'un assureur qu'il refuse d'emblée la réclamation de son assuré – et ainsi de « créer » un litige – avant de faire l'enquête. Ici, les rapports ont été obtenus et communiqués aux avocats de l'appelante dans le seul but de les aider dans la conduite du litige avec les intimés. Par conséquent, je suis d'avis que les rapports d'investigation et des experts en sinistre sont couverts par le privilège relatif au litige.

La renonciation au privilège relatif au litige

[42] Une partie peut renoncer à un privilège qui lui est accordé. Cela peut être le cas lorsqu'une partie produit le rapport d'expertise privilégié²¹, lorsque l'avocat de l'assureur interroge l'expert sur le contenu de son rapport²², lorsqu'une partie en divulgue des éléments qui lui sont favorables²³, ou encore, lorsqu'elle allègue l'existence et le contenu de ce rapport dans ses actes de procédures²⁴.

[43] Les intimés affirment que l'appelante a renoncé au caractère confidentiel des rapports vu le caractère vague des allégations de la défense, les témoignages de ses préposés à l'occasion des interrogatoires au préalable et en raison de l'utilisation du courriel IFH-1. Voyons ce qu'il en est.

[44] Tel qu'il appert de sa défense, l'appelante a refusé la réclamation des intimés pour trois motifs. D'abord, elle allègue la nullité *ab initio* de la police d'assurance en raison des informations insuffisantes données lors de la souscription. Ensuite, elle invoque que le sinistre résulte de la faute intentionnelle de l'intimé St-Pierre et que celui-

¹⁹ J.-C. Royer et S. Lavallée, *supra*, note 15, p. 1011.

²⁰ Le rapport Sebec a été rédigé le 1^{er} mars 2010: Correspondance des procureurs de l'Union Canadienne en date du 6 septembre 2011 concernant la date du rapport Sebec, E.I., onglet 8. De plus, le rapport des experts en sinistre a vraisemblablement été communiqué à l'appelante avant le 8 avril 2010 puisqu'un courriel transmis à cette date y fait référence : Courriel de François Houle à Alain Lepage daté du 8 avril 2010 concernant la transmission de deux extraits de rapport des experts en sinistre Lagüe, Vary, pièce IFH-1.

²¹ *Centre Marcel-Boivin inc. c. Société immobilière du Québec*, 2007 QCCA 749.

²² L. Ducharme, *supra*, note 2, p. 154.

²³ *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Corporation Nortel Networks*, 2007 QCCA 1208, paragr. 62.

²⁴ *Fortier Auto (Montréal) ltée c. Brizard*, *supra*, note 17, paragr. 32 (C.A.).

ci a fait des déclarations mensongères relativement aux circonstances entourant l'incendie. Les allégations pertinentes de la défense amendée sont les suivantes :

29. De plus, il n'a pas été démontré que l'événement survenu le ou vers le 29 janvier 2010 constituait un sinistre au sens de la police d'assurance et des articles 2463 C.c.Q. et suivants i.e. un accident, ou l'exposition continue ou répétée à des risques essentiellement de même nature.

L'incendie relève plutôt de la faute intentionnelle de l'assuré St-Pierre et/ou un dirigeant de la compagnie 9118-0471 Québec inc. et/ou d'une personne agissant pour le compte de ces derniers.

30. Finalement, tel qu'il le sera démontré lors de l'enquête et audition au mérite, l'assuré Réjean St-Pierre, également représentant de l'assurée 9118-0471 Québec inc., a effectué des déclarations mensongères portant sur les circonstances entourant l'événement du 29 janvier 2010 et sa découverte et sur la situation financière de l'entreprise au moment de l'événement et au cours des mois précédents, le tout entraînant la déchéance du droit à l'indemnisation;

[le soulignement provient de l'original]

[45] Ces allégations ne précisent pas le fondement des reproches de l'appelante²⁵. À ce titre, les rapports convoités par les intimés seraient sans doute utiles, mais cela ne constitue pas un motif pour les priver de leur caractère privilégié. Le *Code de procédure civile* aménage différents moyens pour permettre à une partie d'obtenir les précisions auxquelles elle a droit²⁶. L'obtention des rapports d'enquête ne fait pas partie de ces moyens. En conséquence, je suis d'avis que le caractère vague d'une pièce de procédure ne permet pas d'inférer que son auteur a, de ce fait, renoncé au caractère privilégié des rapports de l'agence d'investigation et de l'expert en sinistre.

[46] Les intimés affirment que la communication de la pièce IFH-1 peut constituer une forme de renonciation tacite. Ce courriel de M. Robert Rochon (du service Assistance et Indemnisation de l'appelante) est adressé à François Houle qui est aussi à l'emploi de l'appelante. M. Rochon demande à son collègue quelle est sa position sur l'acceptation du risque vu les faits consignés dans un « Portrait du risque assuré » et dans une page du rapport de l'expert. Le courriel est rédigé de la façon suivante :

Bonjour François,

Le but de ce courriel est de vous présenter le risque moral et physique de l'assuré et principalement son crédit et ses saisis des biens assurés lors de la souscription de ce risque. Entre autres, au moment de la prise de police en

²⁵ Contrairement aux allégations relatives à la situation financière des intimés au moment de la souscription du risque qui sont bien étoffées.

²⁶ D'ailleurs, l'avocat de l'appelante s'est engagé à préciser ces allégations et de nombreuses informations ont été données notamment dans une lettre du 29 juin 2011.

janvier 2010, il y avait un bref de saisie contre l'entreprise de l'assuré de plus de 200,000\$.

La police est effective du 26 janvier 2010-2011 et la perte est survenue le 29 janvier suivant soit 3 jours après la date en vigueur.

Aucun paiement n'a été fait à ce jour. Nous avons fouillé l'aspect moral et crédit de l'assuré et à cet effet je te joint un document de 4 pages qui résume bien la situation de ce côté ainsi que la page 15 du rapport de l'expert qui implique la disparition de 180 bœufs dont l'assureur du propriétaire des boeuf doute fortement l'assuré. Ce dernier avait entre autre comme activité d'engraisser pour le compte de d'autres agriculteurs leurs animaux pour fin de revente par la suite.

Comme il s'agit d'une perte de plus de 1,7 millions et qu'il s'agit d'un risque de ferme j'ai pensé que tu pouvais être mis à contribution dans ce dossier afin de nous donner la position de souscription et si vous auriez connu ces faits, auriez-vous acceptez ce risque tel que connu maintenant.

N'hésite pas à communiquer avec moi ou Victor pour de plus amples informations et si jamais tu préfère une discussion en personne ou en visio, nous serions disponible sur simple demande.

Merci et bonne journée

(See attached file: Portrait du risque assuré.pdf) (See attached file: Page 15 du rapport de l'expert.pdf)

[reproduction intégrale]

[47] Dans son interrogatoire, M. François Houle précise qu'on lui avait soumis des informations pour vérifier avec lui s'il accepterait ce risque. Quant à M. Lepage, il a dit la même chose, le département des sinistres avait fourni de l'information qui permettait de douter du bien-fondé de l'acceptation du risque.

[48] Contrairement à ce qu'avancent les intimés, l'appelante n'a jamais justifié ses décisions ou sa bonne foi en s'abritant derrière un des rapports obtenus. Elle a plutôt fait valoir qu'une enquête avait révélé des faits qui lui permettaient de contester la validité de la police, de soutenir que les intimés avaient fait des déclarations mensongères lors de leur réclamation et que l'incendie était intentionnel. À mon avis, il n'est pas possible d'inférer une renonciation du fait que les témoins ont référé à ce courriel durant leur témoignage. Les intimés ont certes le droit strict de connaître les faits qui ont mené à la décision de l'appelante et ainsi de faire valoir leurs droits, mais ils n'ont pas droit d'obtenir la communication de rapports confidentiels et privilégiés, à moins de renonciation.

[49] D'une façon plus globale, les intimés estiment que les références par les représentants de l'appelante, Alain Lepage et de Victor DiNunzio, aux rapports dans

leur témoignage constituent une renonciation tacite à la confidentialité de ces rapports. Ils ont tort. Le seul fait que ces témoins ont soulevé l'existence des rapports n'est pas suffisant pour valoir renonciation, tel que l'a affirmé la Cour dans *Fortier Auto (Montréal) ltée c. Brizard* :

[28] Les plaideurs qui bénéficient de tels rapports seraient bien avisés de ne pas soulever, dans leurs actes de procédure, le contenu de ceux-ci pour justifier la position de leur client.

[29] Par ailleurs, je dois dire que je conçois mal qu'on puisse exiger d'une partie qu'elle produise un rapport d'enquête adressé à son procureur du simple fait qu'elle soulève son existence. C'est uniquement si la partie qui a obtenu le rapport invoque son contenu pour justifier sa bonne foi ou sa décision que le Tribunal, après avoir analysé avec beaucoup de circonspection les actes de procédure et les témoignages, pourra conclure à une renonciation implicite au secret professionnel.²⁷

[Je souligne]

[50] Les propos du juge Forget dans *Saint-Alban (Municipalité) c. Récupération Portneuf inc.* sont au même effet :

À cet égard, si l'on ne retrouvait dans les procédures que la simple allégation de mauvaise foi par la demanderesse, cette prétention ne suffirait pas à justifier une tentative de communication des opinions. Toutefois, il est acquis que, si important que soit ce droit, il conserve un caractère relatif et que l'on peut y renoncer, comme le décidait la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Frenette c. La Metropolitan compagnie d'assurance*, [1992] 1 R.C.S. 647, à propos d'une question de confidentialité des dossiers médicaux et hospitaliers. Il suffit que la renonciation soit suffisamment claire et précise (voir J.-C. Royer, *La preuve civile*, 2e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995, p. 661).²⁸

[51] L'appelante n'a pas renoncé au privilège. Une renonciation peut être tacite, mais, faut-il le rappeler, elle doit être « volontaire, claire et évidente »²⁹, ce qui n'est pas le cas ici.

Les conditions de l'article 398 C.p.c.

[52] Dans *Commercial Union Assurance Co. of Canada c. Nacan Products Ltd*, la Cour a affirmé que, pour se qualifier en tant qu'écrit se rapportant au litige au sens de l'article 398 C.p.c., le document dont une partie souhaite obtenir communication doit « faire preuve en soi » :

²⁷ *Fortier Auto (Montréal) ltée c. Brizard*, supra, note 17, paragr. 28 et 29 (C.A.).

²⁸ *Saint-Alban (Municipalité) c. Récupération Portneuf inc.*, [1999] R.J.Q. 2268, 2271 (C.A.).

²⁹ *Commission des normes du travail c. Corporation de sécurité Garda World*, 2005 QCCA 960, paragr. 8.

Lorsqu'on aborde le cas de l'article 398 et pour donner dans la pratique une suite logique à sa raison d'être, il est clair qu'il **doit être appliqué avec libéralité**. À mon avis, **toute preuve, qu'elle découle d'une question posée ou d'un document dont on veut prendre connaissance, est recevable lors de l'interrogatoire après défense à la condition :**

1. **qu'au moins a priori elle paraisse se rapporter au litige;**
2. **que sa divulgation soit de nature à faire progresser le débat en mettant à la portée de celui qui interroge des faits ou des écrits dont il n'a pas déjà connaissance personnelle (faits) ou une possession actuelle (écrits);**
3. **que les questions posées et les documents dont on demande la divulgation soient suffisamment précis et adéquatement circonscrits pour éviter que la recherche de la preuve ne dégénère en une "expédition de pêche";**
4. **dans le cas d'un écrit, qu'il fasse preuve en soi.³⁰**

[Je souligne]

[53] **Lorsqu'un document bénéficie d'une immunité de divulgation, tel que le privilège relatif au litige, il ne peut bien sûr être communiqué en vertu de 398 C.p.c.** Même si les rapports ne bénéficiaient pas d'une telle immunité, ils ne font pas preuve par eux-mêmes des faits qui y sont relatés. La preuve de ces faits devra être faite par les témoins pertinents ou par la production de la preuve documentaire. En conséquence, les rapports ne constituent pas un élément de preuve admissible pour prouver leur contenu³¹.

Le droit d'obtenir les rapports complets

[54] Selon les intimés, la conduite répréhensible³² de l'appelante dans le traitement de leur réclamation justifie la communication des rapports convoités. Cette proposition ne repose sur aucun fondement juridique. Une conduite répréhensible est susceptible d'être compensée par des dommages, mais elle ne peut justifier que des éléments de preuve autrement confidentiels soient dévoilés à l'autre partie à titre de « sanction ».

[55] Ici, le juge d'instance a ordonné la communication des rapports puisqu'ils permettraient aux intimés de savoir à quel moment l'appelante a pris connaissance des faits qui l'ont amenée à annuler la police d'assurance et à rejeter leur réclamation :

³⁰ *Commercial Union Assurance Co. of Canada c. Nacan Products Ltd.*, [1991] R.D.J. 399, 403 (C.A.).

³¹ *CIBC Mellon Trust Company c. Stolzenberg* 2006 QCCA 10.

³² Il est question ici des modifications à la police d'assurance entre le sinistre et son annulation, de la perception des primes d'assurance durant cette période et même après l'annulation de la police et le délai entre le sinistre et l'annulation de la police.

L'action reproche non seulement le fait que la compagnie d'assurances refuse de couvrir le sinistre parce que les demandeurs n'auraient pas fourni des informations de nature financières qui auraient été essentielles et que, si elles avaient été fournies auraient fait en sorte que l'assureur n'aurait pas couvert le risque, mais l'action reproche un peu à l'assureur d'avoir attendu jusqu'en septembre deux mille dix (2010) avant de lui communiquer une lettre l'informant que la police était annulée «ab initio» et que c'était la position que prenait alors l'assureur.

D'ailleurs, les demandeurs réclament à cet égard-là des dommages punitifs alléguant la mauvaise foi de l'Union Canadienne, la compagnie d'assurances, et elle réserve aussi son droit à des dommages qui découlent du fait de ce délai d'environ neuf (9) mois à prendre position et à ensuite informer l'assuré, qu'il considérait que la police était nulle «ab initio».

[...]

Le Tribunal reconnaît que les rapports des experts en sinistre, dans certaines circonstances, sont protégés par le secret professionnel. Cependant, il faut analyser le contexte dans lequel la demande de ces documents est effectuée. Et ici, le contexte de cette demande n'est pas tant pour faire valoir la véracité des renseignements qui auraient pu être obtenus, mais précisément le moment où ils ont été obtenus pour notamment évaluer la responsabilité de l'Union Canadienne à l'égard d'un retard ou du délai qu'ils auraient pris à informer l'assuré de la position qu'ils prenaient et des dommages que les demandeurs réclament à cette fin.

[56] Avec les plus grands égards, le juge d'instance a commis une erreur en ordonnant que les rapports soient communiqués pour cette raison. Une fois l'existence du privilège établi, celui-ci doit être sanctionné, même si la divulgation de l'information qu'il contient peut être utile à une partie. Conclure autrement aurait comme effet de nier la portée du privilège.

[57] L'absence de communication des rapports n'empêche pas les intimés d'obtenir toutes les précisions et les informations relativement aux allégations de la défense de l'appelante, y compris la date des rapports.

[58] La méprise des intimés résulte d'une lecture hors contexte des arrêts rendus par la Cour dans *Marcoux c. Union commerciale du Canada*³³ et dans *Groupe DMR Inc. c. Kansa General International Insurance Company Ltd.*³⁴. Avec beaucoup d'égards, ces arrêts n'ont pas la portée que leur prêtent les intimés. Selon eux, dès que la bonne foi d'un assureur est mise en doute par un assuré, ce dernier aurait droit d'obtenir la communication des rapports d'enquête. Ce n'est pas ce que la Cour a décidé dans les affaires sur lesquelles les intimés prennent appui.

³³ [1993] R.J.Q. 2034 (C.A.).

³⁴ [2003] R.R.A. 1087 (C.A.).

[59] Dans *DMR* précité, le juge Chamberland écrit :

[77] Je suis d'accord. Une partie ne peut pas affirmer avoir eu connaissance, ou ne pas avoir eu connaissance, de quelque chose sans permettre à l'autre de vérifier le bien-fondé de cette allégation dont elle a choisi de faire un objet du débat judiciaire[6]. L'état de sa connaissance devient alors un fait dont l'autre partie a le droit absolu de vérifier la véracité; cette allégation entraîne implicitement la renonciation à la confidentialité des documents qui sont en sa possession et qui permettent d'étayer ou de réfuter ce fait.³⁵

[60] Dans *Marcoux* précité, le juge Gendreau écrit :

En effet, le recours en arrière-garantie exercé par l'Union Commerciale allègue la responsabilité contractuelle de son courtier. Pour réussir, l'assureur devra donc démontrer que la violation d'une obligation préexistante lui a causé préjudice. Or elle estime que ce tort lui résulte de son incapacité de faire une enquête complète lui permettant une pleine défense à l'action des demandeurs Gaudreault. À ce sujet, il lui manquerait des déclarations pertinentes ou suffisamment précises et des photographies montrant les lieux au moment de l'accident. Elle ne peut se contenter de l'affirmer sans permettre au défendeur en arrière-garantie de la vérifier par la production de ce qu'elle détient si et quand on en lui fait la demande. Ces documents ne feront pas preuve de leur contenu dans l'action en dommages mais, dans le cadre du litige entre Marcoux et Union Commerciale, celui qui seul nous intéresse ici, ils permettront de constater et contrôler l'étendue des informations détenues au regard de celles nécessaires à la défense de l'action principale par rapport à celles qui auraient pu avoir été obtenues plus tôt. Ainsi, se mesurera l'ampleur du préjudice attribuable au retard à faire enquête, l'un des éléments pertinents du préjudice attribuable au retard à faire enquête, l'un des éléments pertinents du recours de l'assureur contre son courtier. La situation qui prévaut ici ne peut donc être assimilée à celle d'un assureur qui, ayant pris fait et cause pour son assuré, a constitué un dossier pour contrer l'action dirigée contre celui-ci [...]³⁶

[61] Pour ces motifs, je propose d'accueillir l'appel avec dépens, d'infirmier le jugement de première instance et d'accueillir les objections à la preuve formulées par l'appelante.

FRANCE THIBAUT, J.C.A.

³⁵ *Ibid.*, paragr. 77.

³⁶ *Supra*, note 33, p. 2037.