

Le rôle de l'agent et du courtier en assurance

André J. Clermont

Volume 60, numéro 3, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1104904ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1104904ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (imprimé)

2817-3465 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Clermont, A. (1992). Le rôle de l'agent et du courtier en assurance. *Assurances*, 60(3), 399–423. <https://doi.org/10.7202/1104904ar>

Résumé de l'article

Courts are placing a greater burden of responsibility on insurance agents and brokers, with respect to potential liability. First, the author discusses the difference between the terms "agent" and "broker" from a legal standpoint, then he analyzes current issues such as the true role of the agent as an intermediary, the "two hat syndrome" of insurance agents and brokers and, lastly, their emerging new duties.

Le rôle de l'agent et du courtier en assurance*

par

André J. Clermont**

Courts are placing a greater burden of responsibility on insurance agents and brokers, with respect to potential liability. First, the author discusses the difference between the terms "agent" and "broker" from a legal standpoint, then he analyzes current issues such as the true role of the agent as an intermediary, the "two hat syndrome" of insurance agents and brokers and, lastly, their emerging new duties.

399



Problème d'identification : agents vs courtier

Avant d'entrer dans le vif du sujet pour tenter de clarifier quel est, entre l'assuré et l'assureur, celui qui agit comme intermédiaire, il nous semble utile de distinguer auparavant le rôle de l'agent d'assurance et celui du courtier d'assurance et ce, plus particulièrement, au niveau de la souscription des risques.

Plusieurs études exhaustives ont déjà été faites sur la question de la nature du mandat détenu par l'agent et le courtier. En présumant que les notions juridiques de base vous sont connues, nous nous bornerons donc à souligner certains aspects particuliers du rôle de l'agent et du courtier dans le contexte du nouveau droit civil québécois.

Comme vous le savez, le rôle d'agent tout comme celui de courtier d'assurance en tant qu'intermédiaires, puise sa source dans le mandat. Bien que l'ancien article 1701 C.c., ne faisait pas

* Texte abrégé et remanié de l'exposé prononcé par Me André J. Clermont, c.r., lors de la conférence du Canadian Institute qui a eu lieu à Montréal le 27 mai 1992.

** L'auteur est membre et associé du cabinet Martineau, Walker, avocats.

spécifiquement mention du domaine de l'assurance comme tel, cet article a toujours été invoqué pour définir les droits et les obligations de l'agent et du courtier en cas de conflit entre assureur et assuré et même parfois entre assureur, agent et courtier.

L'ancien article 1701 C.c., ou devrions-nous dire « l'actuel » article 1701 C.c., qui sera prochainement remplacé par le nouvel article 2130 C.c.Q., se lit textuellement comme suit:

400

Article 1701 C.c. (ancien)

Le mandat est un contrat par lequel une personne, qu'on appelle le mandant, confie la gestion d'une affaire licite à une autre personne qu'on appelle mandataire, et qui, par le fait de son acceptation, s'oblige de l'exécuter.

L'acceptation peut s'inférer des actes du mandataire, et même de son silence en certains cas.

En regard de l'article 1701 C.c., précité, le nouvel article 2130 C.c.Q., se lit de la façon suivante:

Article 2130 C.c.Q. (nouveau)

Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer.

Ce pouvoir et, le cas échéant, l'écrit qui le constate, s'appellent aussi procuration.

Alors que sous l'ancien régime, l'article 1701.1 C.c., précisait que l'objet du mandat pouvait être l'accomplissement de toute espèce d'acte juridique se rapportant aux affaires du mandant, le nouvel article 2130 C.c.Q., semble prendre pour acquis qu'ipso facto, le simple fait par le mandataire d'accepter le mandat, lui confère les mêmes capacités que possède le

mandant et, en quelque sorte, l'investit des mêmes pouvoirs vis-à-vis de l'autre partie contractante.

Ce n'est pas notre intention de faire ici l'étude analytique des conséquences que pourrait avoir ce changement dans la rédaction de ce nouveau texte. Chose certaine, il est à prévoir que les nombreux changements dans les articles que contient le Chapitre Quinzième « Des Assurances » du nouveau Code civil, donneront lieu à d'intéressants débats judiciaires, justement en raison des nouvelles notions introduites par le législateur.

Ceci est d'autant plus vrai que la pertinence de nos références au passé ainsi qu'aux précédents judiciaires (*stare decisis*) pourra toujours être remise en cause justement en raison des différences de textes contenus dans l'ancienne et la nouvelle législation.

401

Pour en revenir au sujet qui nous préoccupe, ce qui importe de retenir est que tant sous l'ancien que sous le nouveau régime, l'agent tout comme le courtier d'assurance puise à l'origine ses pouvoirs dans le mandat qu'il reçoit de son mandant, qu'il soit l'assuré, l'assureur ou les deux à la fois.

« Les deux à la fois » car, en vertu du texte de l'article 1735 C.c., le courtier et l'agent de commerce pouvaient être le mandataire des deux parties et par leurs actes les obliger toutes deux relativement à l'affaire pour laquelle elles les employaient.

Il est intéressant de souligner ici que, sous le nouveau régime qui entrera en vigueur prochainement, tout le chapitre V « Courtiers, facteurs et autres agents de commerce » du titre VIII du « Mandat » est disparu et, pour autant que nous le sachions, l'équivalent comme tel ne se retrouve pas dans le texte du nouveau Code civil.

Cette carence ne devrait cependant pas remettre en question la possibilité pour l'agent et le courtier de représenter en même temps l'assureur et l'assuré comme cela était le cas auparavant sous l'empire de l'ancien article 1735 C.c.

Il nous apparaît indéniable que ce droit du courtier existe, indépendamment de l'ancien article 1735 C.c., ne serait-ce qu'en vertu des dispositions de la *Loi sur les intermédiaires de marchés*¹.

402 Au sujet de cette loi, qui est relativement récente, nous croyons très important d'ouvrir ici une parenthèse pour souligner un élément nouveau qui vient modifier certains concepts que nous avons jusqu'ici sur le rôle de l'agent par rapport à celui du courtier. Dans un but manifeste de clarification d'une situation ambiguë où le commun des mortels et même les spécialistes en la matière utilisaient sans distinction les termes « agent d'assurance » et « courtier d'assurance », le législateur dans l'article de la *Loi sur les intermédiaires de marchés*, précise de façon l'on ne peut plus claire, ce que signifient maintenant ces deux expressions. Voyons ces définitions :

« *Agent en assurance* » : La personne qui offre directement au public des produits d'assurance de personnes ou de dommages *pour le compte d'un seul assureur ou qui est lié par contrat d'exclusivité à un assureur* ;

« *Courtier en assurance* » : La personne qui offre directement au public ou à d'autres intermédiaires de marchés en assurance des produits d'assurance de personnes ou de dommages *de plus d'un assureur et qui n'est pas liée par contrat d'exclusivité à l'un de ces assureurs*.

(Soulignés de l'auteur)

À la lecture de ces deux définitions, nous réalisons qu'il existe dorénavant une véritable distinction de base entre le rôle de l'agent et celui du courtier et qui n'est pas uniquement une question de sémantique. L'agent représente exclusivement un seul assureur, ce qui n'est pas le cas pour le courtier.

Ceci dit, nous pouvons maintenant prendre pour acquis que, dans le cas de l'agent, celui-ci sera par définition mandataire de

¹L.R.Q. c. 1-15.1.

l'assureur qu'il représente en exclusivité et dont il est le porte-parole, ce qui n'est pas le cas pour le courtier qui peut représenter à la fois plusieurs assureurs à qui il n'est lié par aucun contrat d'exclusivité.

Cependant, ceci n'empêchera pas le courtier d'avoir un mandat spécifique d'un assureur pour négocier, en son nom, la vente d'un de ses produits d'assurance avec comme résultat qu'il deviendra alors l'intermédiaire entre l'éventuel assuré et l'assureur en question.

Pour éviter toute confusion à ce sujet, nous utiliserons sciemment l'ancienne expression bien connue « agent d'assurance » plutôt que celle de « agent en assurance » que tout puriste devrait dans l'avenir apprendre à se servir et également l'expression « courtier d'assurance » plutôt que celle de « courtier en assurance » qui est maintenant officielle en vertu de la loi.

Cependant, dans l'un et l'autre cas, le lecteur devra s'en remettre aux définitions précitées qui donnent à ces deux expressions la signification très précise que leur confère la loi. Pour connaître les devoirs et obligations respectifs de l'agent et du courtier envers le public et leurs clients, le lecteur devra également se référer aux deux décrets pertinents adoptés en vertu de la *Loi sur les intermédiaires de marchés*, à savoir les décrets 1015-91 et 1017-91 du 17 juillet 1991.

Nonobstant tous les changements apportés par l'adoption du texte du nouveau Code civil, l'essentiel de la doctrine sur le sujet des mandats des agents et courtiers d'assurance demeurera inchangé. Il nous apparaît donc superflu d'analyser ici en détail les modifications que nous devrions apporter à notre schème de pensée sur la notion du mandat ainsi que sur celle de l'agent et du courtier d'assurance. Il faut d'ailleurs souligner que les agents et les courtiers d'assurance continuent évidemment d'être régis par les lois spécifiques qui leur sont applicables telles que la *Loi sur les assurances*² ainsi que la *Loi sur les intermédiaires de*

²S.R. chapitre A-32.

*marchés*³, adoptée le 21 juin 1989 et entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1991, laquelle a abrogé et remplacé la *Loi sur les courtiers d'assurances*⁴.

404 De crainte d'être accusé de plagiat en empruntant certaines idées exposées par Me Nicholl, nous préférons vous référer au texte de son allocution prononcée dans le cadre d'un séminaire organisé par la Faculté de droit de l'Université McGill sous le thème « Le rôle du courtier : nouvelles tendances et responsabilités⁵ » dans lequel ce dernier a couvert judicieusement le sujet. Cependant, comme nous l'avons exprimé plus tôt, il faudra maintenant tenir compte de la nouvelle législation qui définit expressément le rôle de l'agent en assurance par rapport au rôle du courtier, pour faire la part des choses, lorsque l'on parlera de l'un et de l'autre intermédiaire de marchés.

Cette étude, qui est bien documentée, distingue le rôle du courtier de celui de l'agent d'assurance lorsque ceux-ci agissent comme « agent double » portant les deux chapeaux à la fois (*the two hat syndrome*), lorsque ceux-ci engagent la responsabilité de leur mandant et lorsque, dans certains cas, ceux-ci se retrouvent l'un face à l'autre à titre d'intermédiaires entre l'assureur et l'assuré.

Tout ceci étant dit, qui a-t-il de vraiment changé sur le plan théorique dans la situation des agents et courtiers d'assurance, telle qu'elle existait auparavant ? À vrai dire, pas grand chose si ce n'est que les notions de base que l'on retrouve au titre des obligations devront être repensées dans le contexte d'un code civil nouveau dont la formulation donnera lieu, il est possible, à une interprétation nouvelle par nos tribunaux. Plus que jamais l'expression *le droit en voie de se faire* sera d'actualité et il faut s'attendre à ce que la mise en vigueur du nouveau Code civil du Québec, qu'on le veuille ou non, générera de multiples problèmes d'application de règles de droit non encore éprouvées

³S.R. chapitre 1-15.1, voir article 250.

⁴S.R. chapitre C-74.

⁵Cf. *Assurances*, 56^e année, Montréal, juillet 1988, N° 2, p. 221.

par l'expérience du temps. Une nouvelle jurisprudence, pas nécessairement inspirée de l'ancienne, naîtra certainement au cours des prochaines années. Le moins que l'on puisse dire est que nous sommes à l'aube d'une ère nouvelle.

Sur le plan pratique, nous sommes d'avis que depuis un certain temps déjà nos tribunaux ont donné des signaux « clairs, précis et concordants » à tous les membres de l'industrie de l'assurance à l'effet que les assureurs ne peuvent plus espérer trouver d'échappatoires à leurs obligations contractuelles à moins de situations qui leur sont totalement favorables. Un bon exemple de ce virage idéologique survenu au début des années '80 se retrouve dans les jugements rendus par la Cour suprême du Canada dans la cause de *Consolidated-Bathurst Export Ltd. c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Company*⁶ et, quelque temps avant, dans la cause de *Commerce & Industry Insurance Company et al c. West-End Investment Company*⁷.

405

Il ne faudrait pas croire que la disparition dans le Chapitre Quinzième « Des Assurances » du nouveau Code civil de la règle « *contra proferentem* », édictée dans l'ancien article 2499 C.c. de façon expresse pour le contrat d'assurance crée un réel changement à la situation. Cette règle se retrouve maintenant englobée tout simplement dans le texte général traitant de l'interprétation des contrats. Le nouvel article 1432 C.c., contient la même règle d'interprétation favorable à l'assuré dans des mots quelque peu différents, à savoir :

Article 1432 C.c.Q. (nouveau)

Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.

⁶[1980], 1 R.C.S., p. 888.

⁷[1977], 2 S.C.R., p. 1036.

Comme vous êtes à même de le constater, il nous faudra un certain temps pour nous familiariser avec la « géographie » du nouveau Code civil, *a priori* un peu déroutante.

Ceci nous amène maintenant à répondre succinctement et ce de façon non exhaustive aux interrogations suivantes :

Quelques questions toujours d'actualité

a) L'agent est-il un simple Intermédiaire?

406

Parler du rôle de l'agent, c'est nécessairement devoir parler du rôle qu'il est appelé à jouer en vertu de son mandat. Il faut donc, *a priori*, établir par qui l'agent est mandaté et la nature du mandat qu'il a ainsi reçu de son mandant.

L'on se souviendra que, dans l'affaire *Fine's Flowers Ltd. c. General Accident Assurance Company of Canada Ltd.*⁸, l'Honorable juge Wilson, J.A., alors de la Cour d'appel de l'Ontario, a fait grand état du rôle de l'agent d'assurance mieux désigné par le juge Haines dans l'affaire *Lahey c. Hartford Fire Insurance Company*⁹ comme *the intelligent insurance agent*.

À titre de rappel, nous croyons devoir citer ici un extrait du commentaire fait par l'Honorable juge Wilson nous permettant de mieux saisir le cheminement subséquent de sa pensée et ce après qu'elle soit devenue juge à la Cour suprême du Canada :

The main ground of appeal from the judgment of the learned trial Judge is that he put far too broad and sweeping a duty of insurance agents. They are not insurers. It is not part of their duty to know everything about their clients' businesses so as to be in a position to anticipate every conceivable form of loss to which they might be subject. The agent's duty, counsel submits, is "to exercise a reasonable degree of skill and care to obtain policies in the

⁸[1978], 81 D.L.R. (3d), p. 139.

⁹[1968], 1 O.R., 729, 67 D.L.R. (2d) 506, voir p. 508.

terms bargained for and to service those policies as circumstances might require”.

I take no issue with counsel's statement of the scope of the insurance agent's duty except to add that the agent also has a duty to advise his principal if he is unable to obtain the policies bargained for so that his principal may take such further steps to protect himself as he deems desirable. The operative words, however, in counsel's definition of the scope of the agent's duty, are “policies in the terms bargained for”.

407

In many instances, an insurance agent will be asked to obtain a specific type of coverage and his duty in those circumstances will be to use a reasonable degree of skill and care in doing so or, if he is unable to do so, “to inform the principal promptly in order to prevent him from suffering loss through relying upon the successful completion of the transaction by the agent”: Ivamy, *General Principles of Insurance Law*, 2nd ed (1970), at p. 464.

But there are other cases, and in my view this is one of them, in which the client gives no such specific instructions but rather relies upon his agent to see that he is protected and, if the agent agrees to do business with him on those terms, then he cannot afterwards, when an uninsured loss arises, shrug off the responsibility he has assumed. If this requires him to inform himself about his client's business in order to assess the foreseeable risks and insure his client against them, then this he must do. It goes without saying that an agent who does not have the requisite skills to understand the nature of his client's business and assess the risks that should be insured against should not be offering this kind of service. As Mr. Justice Haines said in *Lahey v. Hartford Fire Ins. Co.* (1968) 2 O.R. 727 at p. 729, 67 D.L.R. (2d) 506 at p. 508; varied (1969) 2 O.R. 883, 7 D.L.R. (3d) 315 :

The solution lies in the intelligent insurance agent who inspects the risks when he insures them, knows what

his insurer is providing, discovers the areas that may give rise to dispute and either arranges for the coverage or makes certain the purchaser is aware of the exclusion.

I do not think this is too high a standard to impose upon an agent who knows that his client is relying upon him to see that he is protected against all foreseeable, insurable risks.

408

La force de ce texte fera certes frémir certains agents et courtiers d'assurance. Il fait appel non seulement au degré de leur intelligence mais également à l'ampleur de leur tâche lorsque leur mandat n'est pas limitatif.

Cette décision a de plus le mérite d'établir justement la règle de définir le mandat. L'obligation de l'agent est donc d'établir, sans ambiguïté aucune, ce qu'attend exactement de lui son client : « *In terms bargained for and to service those policies as circumstances might require* » dit l'Honorable juge Wilson.

À la lumière de ce jugement, l'on serait porté à croire que chaque situation est un cas d'espèce, l'obligation de l'agent et du courtier dépendant de l'étendue plus ou moins précise de leur mandat, sans jamais oublier également de qui provient ce mandat, de l'assureur ou de l'assuré « potentiel » ou des deux à la fois.

Douze ans après avoir participé à la décision rendue dans l'affaire *Fine's Flowers Ltd.*¹⁰, l'Honorable juge Wilson profitait de l'occasion qui lui était donnée dans la cause *Fletcher c. Manitoba Public Insurance Company*¹¹ pour ajouter une nouvelle dimension à toute la question du rôle de l'agent et du courtier et des relations pouvant exister entre l'assureur et l'assuré.

Même s'il s'agissait en l'occurrence d'un plan (U.M.C.) d'assurance appartenant et opéré par une compagnie publique (M.P.I.C.), nous soumettons que cette décision récente a une

¹⁰Cf. *supra*.

¹¹[1991], 74 D.L.R. (4th) 636.

extrême importance pour définir le rôle de l'agent et du courtier lorsque ceux-ci chaussent les souliers de l'assureur, comme c'est le cas dans la majorité des situations.

Depuis la décision rendue dans l'affaire *Fine's Flowers Ltd.*¹², nous savions que les agents et courtiers d'assurance avaient l'*obligation d'informer* leurs clients de la nature de la couverture d'assurance offerte en fonction de certains besoins exprimés, s'il s'agissait d'un mandat « restrictif » ou de tous ses besoins prévisibles (*all foreseeable risks*) s'il s'agissait d'un mandat « non restrictif ».

409

Jusque là, le critère pour juger l'exécution ou non du mandat reposait en quelque sorte sur la demande faite par l'assuré à son agent ou à son courtier, laquelle qualifiait ses besoins d'assurance.

L'affaire *Fletcher*¹³ vient, selon nous, ajouter un élément de plus au rôle déjà important des agents et des courtiers qui sont tenus maintenant non seulement d'informer leurs clients mais de les aviser et de les conseiller de façon intelligible pour leur permettre de prendre une décision réfléchie et éclairée. Il s'agit évidemment d'un service personnalisé.

Pour bien saisir la pensée de l'Honorable juge Wilson, rien de mieux que de lire attentivement l'extrait suivant de son jugement dans l'affaire *Fletcher* traitant cette question:

(i) The duty on private agents and brokers

In my view, *Fine's Flowers* stands for the proposition that private insurance agents owe a duty to their customers to provide not only information about available coverage, but also advice about which forms of coverage they require in order to meet their needs. I note that Professor H. Snow has summarized the effect of *Fine's Flowers* in "Liability of Insurance Agents for Failure to Obtain Effective Coverage:

¹²*Cf. supra.*

¹³*Cf. supra*, p. 653, (i) « The duty on private agents and brokers ».

Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co." (1979), 9 Man. L.J. 165, in the following terms (at p. 169):

410

The implication of this case and many others like it in recent years seems clear. Consumers who place their faith in insurance agents holding themselves out as competent and find their faith misplaced, will frequently be able to find recourse against the agent...The extent of the duty owed by an insurance agent, both in placing insurance and in indicating to the insured which risks are covered and which are not, as set out in this case, is a fairly stringent one for the agent. moreover, given the general situation of the principal relying very heavily on the expertise of the agent, it does not seem to be an unreasonable burden for an insurance agent to bear.

The duty of care owed by an insurance agent was further elaborated in *G.K.N. Keller Canada Ltd. v. Hartford Fire Insurance Co.* (1983), 1 C.C.L.I. 34, «1983» I.L.R. 1-1656 (Ont. H.C.) (confirmed on appeal (1984), 4 C.C.L.I. xxxvii (Ont. C.A.)). It was held in that case that there where the customer adequately describes the nature of his or her business to the agent, the onus is then on the agent to review the insurance needs of the customer and provide the full coverage requested. Should an uninsured loss occur, the agent will be liable unless he or she has pointed out the gaps in coverage to the customer and advised him or her how to protect against those gaps.

It is clear that within the insurance industry, as also within the courts, private insurance agents and brokers are viewed as more than mere salespeople. The Continuing Legal Education Society of British Columbia's 1985 Seminar on Insurance Law focused on the services they provide (at p. 6.1.03):

The services of a competent agent or broker will include, in addition to advice on insurance, and the brokering or placing of insurance on behalf of the

client, an active interest and involvement in loss prevention and a claims supervisory service to assist your client in the satisfactory settlement of the claim.

In my view, it is entirely appropriate to hold private insurance agents and brokers to a stringent duty to provide both information and advice to their customers. They are, after all, licensed professionals who specialize in helping clients with risk assessment and in tailoring insurance policies to fit the particular needs of their customers. Their service is highly personalized, concentrating on the specific circumstances of each client. Subtle differences in the forms of coverage available are frequently difficult for the average person to understand. Agents and brokers are trained to understand these differences and to provide individualized insurance advice. It is both reasonable and appropriate to impose upon them a duty not only to convey information but also to provide counsel and advice.

(ii) The duty on public insurers

What then is the scope of MPIC's duty? Is it, as the appellant submits, as onerous as that imposed on private agents and brokers? I think not. I think it is a duty to inform customers of the available range of coverage. Given that automobile accidents often produce tragic consequences that may be irreversible and virtually incapable of compensation in monetary terms, customers must have all the information they need in order to make an informed choice about the level of coverage appropriate for them. Where an additional optional form of coverage such as UMC is offered precisely because it is foreseeable to the insurer that there may be instances where the standard coverage is inadequate, it is right and proper that the insurer be under a duty to make the existence of such optional coverage known to the customer. Selling insurance is not, as the respondent suggest, like selling groceries, and the law should not treat them alike. The purchase of insurance is predicated on decisions made about assessing and

bearing risks. Members of the public need to have all relevant information available to them in an explicit and readily comprehensible manner if they are to make intelligent decisions about how much risk they are prepared to bear. The public insurer has the responsibility of seeing to it that the information is provided to them in a reasonably intelligible fashion.

412

By the same token, however, there are a number of reasons why the public insurer's duty is less onerous than that of the private agent or broker. The institutional setting in which the public insurance is sold affords considerably less scope for privacy and individualized attention than that provided by a private agency. As the trial judge noted, an MPIC employee may serve as many as sixty people a day. Further, the employees who serve the customers do not hold themselves out as specialists in risk assessment and insurance advice. The service they provide is more sales and clerical than that provided by an insurance agent. Indeed, I note that the employees of MPIC are specifically exempted from the requirement set out in the Insurance Act, R.S.M. 1987, c. I-40, that persons selling insurance be qualified and licensed as agents. This is not to say that the average customer should be taken to know about this statutory exemption. But one must none the less be sensitive to the role that the legislature envisaged that MPIC's salespeople would play. In my opinion, MPIC's employees were not intended to sit down with their customers and inquire into their personal, family and business affairs so as to provide individualized insurance advice.

Par ces quelques lignes, l'Honorable juge Wilson précise sa pensée sur les obligations qu'a l'agent de conseiller en plus d'informer. Or pour bien informer, l'agent doit avoir une connaissance parfaite du type « d'exposure » que comportent les activités de son client, quel que soit le type d'assurance dont il s'agit.

En effet, comment un agent ou courtier d'assurance pourrait-il aviser son client de l'absence de couverture d'assurance face à certains risques particuliers si ces risques lui sont inconnus ?

La décision du juge Wilson a de plus le mérite de distinguer non seulement l'étendue quasi illimitée du mandat non restrictif de l'agent et du courtier d'assurance mais également celui de l'assureur privé par rapport à l'assureur public dont le rôle, par définition, est beaucoup plus restreint. Cette distinction met en relief la responsabilité accrue de l'assureur privé, donc, ipso facto, celle des agents et courtiers qui oeuvrent dans le cadre de l'industrie privée pour et au nom des assureurs.

413

Nous sommes d'avis que le diagnostic que sont appelés à porter l'agent et le courtier d'assurance sur la nature de la couverture requise pour protéger leur client, si celui exige une protection globale, est la chose la plus difficile à faire. En effet, d'une part, il suppose une parfaite connaissance du genre d'affaires du client et des risques inhérents à toutes ses activités et, d'autre part, il suppose une connaissance de la nature de tous les produits offerts par les assureurs pouvant satisfaire les besoins de l'assuré. Vu dans cette optique, il va sans dire que le rôle de l'agent et du courtier qui dépasse, au dire de l'Honorable juge Wilson, le simple rôle de vendeur d'assurance, est extrêmement important et exige non seulement une très bonne formation professionnelle mais également une méthode de travail extraordinaire au moment de la souscription du risque.

Il nous apparaît donc indéniable que le fait d'ajouter la dimension de conseiller à celle de pur informateur a l'effet d'accroître considérablement le rôle de l'agent et du courtier. En effet, dans le cas d'un mandat non restrictif, ces intermédiaires ont l'obligation, pour assurer une protection adéquate, d'évaluer l'ampleur de tous les risques auxquels leurs clients sont exposés et d'étudier minutieusement la nature des polices d'assurance mises sur le marché, tout en tenant compte des besoins de leurs clients.

Nous serions tentés d'ajouter « au meilleur coût possible » dans le cas où l'agent et le courtier représentent l'assuré, ce qui pourra évidemment poser un sérieux problème de conflit d'intérêt si l'agent et le courtier représentent à la fois l'assureur et l'assuré.

Ceci nous amène donc à traiter de la délicate question du double mandat de l'agent et du courtier d'assurance.

b) Quand le courtier ou l'agent porte-t-il deux chapeaux?

414

À force de discourir sur le sujet du mandat réel ou apparent du courtier ou de l'agent d'assurance, l'on oublie parfois la notion fondamentale du mandat même de l'agent ou du courtier, habituellement consigné dans un écrit rédigé de façon très explicite délimitant les pouvoirs et les prérogatives que lui confère l'assureur.

Comme le souligne avec justesse l'Honorable juge S. McDougall de la Cour d'appel dans l'affaire *Alliance Insurance Company of Philadelphia et al c. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*¹⁴ :

An insurance broker, like any other broker, may or may not be the agent of both parties (C.C. 1735). It then becomes a question of fact in each case what the broker's position is.

Comme le soulignait Monsieur le juge Rivard dans l'affaire *Car & General Insurance Corporation Ltd. et al c. Therrien et al*¹⁵, il faut, dans tous les cas, prouver l'existence d'un contrat d'agence d'une compagnie d'assurance si l'on veut en bénéficier. À ce sujet, le juge réfère aux auteurs Welford et Otter-Barry¹⁶ qui s'exprimaient ainsi:

A person who merely introduces business for a commission is not, in any real sense of the word, an agent of the insurers. He is employed to obtain business and to transmit

¹⁴[1953] B.R. 241, voir p. 255.

¹⁵[1969], B.R. 144.

¹⁶Fire Insurance, 4^e Éd., 1948, cf. p. 84.

proposals for insurance to the insurers. Apart from this he has no authority to bind them by anything which he may do, such as, for instance, by accepting a proposal or issuing a cover note; nor can his knowledge of any material fact be imputed to them. In all other respects, he is to be regarded as agent of the proposer. He must, therefore, account to the proposer for the commission, in the absence of any agreement, express or implied, entitling him to retain it.

La première question qui se pose est donc celle de savoir si un tel contrat de courtier existe liant ce dernier et la compagnie d'assurance impliquée et, dans l'affirmative, l'étendue de son mandat.

415

On comprendra alors que, dans la majorité des cas, le courtier a un mandat suffisamment clair et large pour lier les assureurs concernés, sa connaissance qu'il a des faits devenant celle de ses mandants¹⁷.

En l'absence d'un contrat formel entre l'assureur et le courtier, il faudra examiner la possibilité de l'existence d'un mandat « apparent ». Pour les assureurs, ceci pourra créer, face au tiers, des conséquences tout aussi graves. Nous examinerons cet aspect dans le présent exposé.

Pour déterminer si le courtier d'assurance représente à la fois l'assureur et l'assuré, il faudra étudier les relations qui existent entre le courtier et celui qui cherche à obtenir une protection d'assurance par son intermédiaire. Or, contrairement à ce qui se passe entre courtiers et assureurs, il n'existe pas, dans la majorité des cas, de contrat écrit entre le courtier ou l'agent d'assurance et leurs clients. Dans ce cas, le mandat s'inférera des relations entre les parties qui, le plus souvent, se font de façon très informelle. L'Honorable juge Bissonnette de la Cour d'appel le soulignait dans un jugement qui, malgré le temps, nous paraît toujours fort bien décrire la réalité¹⁸.

¹⁷Cf. *Ménard c. Arvisais*, 1933, 55 B.R. 68.

¹⁸Cf. *Alliance Insurance Company of Philadelphia*, *supra*.

Cette description par le juge Bissonnette sur la façon de procéder des assureurs fut jugée d'une telle justesse que l'Honorable juge Rivard a cru bon de la citer intégralement dans son jugement rendu dans l'affaire de la *Royal Insurance Company Limited c. Gauthier*¹⁹.

Nous nous permettons donc de reprendre ici cette citation qui nous semble fort pertinente :

416 Pour apprécier la valeur de cette prétention, il est de souveraine importance d'exposer sommairement le rouage qui prévaut en matière d'assurance contre l'incendie. Si l'on désire s'assurer, il est rare qu'on s'adresse directement à une compagnie particulière. C'est par l'entremise d'un agent ou d'un courtier qu'on fait couvrir le risque. L'agent est, dans la hiérarchie, au bas de l'échelle. Vient ensuite le courtier et enfin la compagnie elle-même. Si c'est un agent qui soumet la demande, l'assureur exige qu'il procède par une proposition, c'est-à-dire par un questionnaire que doit remplir son client. La compagnie acceptera cette proposition telle quelle ou bien elle demandera de plus amples renseignements. Elle décidera elle-même ensuite si le risque lui convient et déterminera, suivant les circonstances la prime à payer.

Quant il s'agit d'un courtier, bien plus simples sont les formalités. Après avoir pris les renseignements d'usage en questionnant son client, ce courtier choisit, la plupart du temps à sa seule discrétion, une compagnie d'assurance à laquelle il soumet une proposition fondée sur les renseignements obtenus. Et cette proposition, elle n'est pas nécessairement par écrit. Bien au contraire, la coutume démontre que, sur simple conversation téléphonique, tout se discute, s'explique et s'ajuste. En réalité, quand le courtier est de haute réputation, l'assureur lui fait pleine confiance et le risque est immédiatement accepté.

¹⁹[1964], B.R., 861, voir p. 880.

S'il est vrai que c'est la compagnie qui seule donne le consentement nécessaire à la formation du contrat, il est toutefois également vrai qu'elle s'en rapporte exclusivement à la probité, à l'expérience et à la prudence du courtier. Celui-ci fait en quelque sorte le travail de déblaiement, par l'analyse du cas, par la description de la chose, par la détermination du montant assurable, etc., et il soumet une proposition concrète à la compagnie qu'il a choisie.

Que résulte-t-il de cela? Par la dualité de ses fonctions, le courtier est plus qu'un simple intermédiaire auquel se confie un proposant pour l'obtention d'un contrat d'assurance. Son rôle est beaucoup plus vaste; il déborde le cadre du mandat donné à l'agent ordinaire. Pour celui-ci, vis-à-vis de l'assureur, son obligation morale et légale se restreint au devoir de suivre et d'accomplir les instructions qu'il reçoit, tandis que le courtier se fait, au nom de l'assureur, juge de la nature du risque moral et matériel qu'il entend soumettre. Quand j'attribue un tel rôle au courtier, je me confine exclusivement à la preuve faite en cette instance. Les témoins de l'appelante disent à satiété que les assureurs, lorsque le courtier a excellente réputation, s'en rapportent à lui, lui font confiance et lui laissent pleine discrétion dans l'appréciation et dans la négociation du risque.

Il devient alors bien pertinent de se demander qui représente le courtier dans l'exécution de ses fonctions qui dépassent la simple préparation de la proposition écrite, rôle de l'agent ordinaire.

S'il s'agissait que pour son client, il lui suffirait de faire comme l'agent et, ainsi, ménager ses peines et écarter toute responsabilité, ne serait-ce que d'ordre moral.

Cette analyse que fait le juge Bissonnette des moeurs et coutumes du commerce des assurances nous amène à considérer l'aspect du « mandat apparent » que peuvent détenir l'agent et le courtier d'assurance suite à la conduite de l'assureur.

L'actuel article 1730 du Code civil, qui sera remplacé par le nouvel article 2163 C.c.Q., se lit textuellement comme suit:

Article 1730 C.c. (ancien)

Le mandant est responsable envers les tiers qui contractent de bonne foi avec une personne qu'ils croient son mandataire, tandis qu'elle ne l'est pas, si le mandant a donné des motifs raisonnables de la croire.

418

Le texte du nouvel article 2163 C.c.Q., est définitivement plus onéreux pour l'assureur comme vous le noterez vous-mêmes à la lecture du texte:

Article 2163 C.c.Q. (nouveau)

Celui qui a laissé croire qu'une personne était son mandataire est tenu, comme s'il y avait eu mandat, envers les tiers qui ont contracté de bonne foi avec celle-ci, à moins qu'il n'ait pris des mesures appropriées pour prévenir l'erreur dans des circonstances qui le rendaient prévisible.

Le fardeau de la preuve qu'impose à l'assureur ce nouvel article 2163 C.c.Q., rendra certes beaucoup plus difficile à l'assureur de s'en tirer surtout lorsqu'il permet à l'agent ou au courtier indépendant, non mandaté à le représenter, d'utiliser des formules, de la papeterie ou de la documentation portant son nom.

Il sera intéressant de voir au cours des prochaines années les stratagèmes qu'inventeront les compagnies d'assurance pour éviter que le public ne puisse pas voir des mandats de courtiers là où il n'en existe pas. Nous croyons que cela nécessitera, de la part des assureurs, un contrôle beaucoup plus serré de la publicité faite par les courtiers, de leur méthode à utiliser des formulaires, telles des propositions d'assurance et de l'émission de polices et d'avenants portant la raison sociale du courtier.

En d'autres termes, il faudra rééduquer le public pour qu'il comprenne que les agents et les courtiers ne sont pas des assureurs mais seulement des intermédiaires, dont les pouvoirs sont régis par la nature du contrat qu'ils détiennent ou par les

instructions des assureurs qui leur confient le mandat de les représenter, si tel est le cas.

Pour revenir à la question du double mandat de l'agent et du courtier, le problème à ce niveau est, lorsqu'il existe effectivement un tel rôle d'agent double, la possibilité d'un conflit d'intérêt est toujours omniprésente. Ce risque est maintenant quasi inévitable dans l'optique de la récente décision rendue dans l'affaire *Fletcher*²⁰. En effet, comment pourrait-on imaginer un agent ou un courtier être vraiment objectif dans le cas où il ne représente qu'un seul assureur s'il s'agit d'un agent, ou plusieurs, s'il s'agit d'un courtier ? Dans cette situation, il nous est difficile d'imaginer que l'agent ou le courtier puisse vanter les mérites d'un produit d'une autre compagnie d'assurance avec laquelle son mandat est en compétition.

419

Or, il est fort possible que d'autres polices d'assurance émises par d'autres assureurs puissent mieux répondre aux besoins du client de l'agent ou du courtier. Il n'est pas difficile de concevoir à quel point le rôle des agents et des courtiers dits « captifs », c'est-à-dire qui ne sont pas des « freelance », sera difficile à jouer à titre de conseillers techniques et objectifs, rôle que leur impose la décision rendue dans l'affaire *Fletcher*.

Il sera intéressant de voir dans ce nouveau contexte comment, dans les faits, les agents doubles se débrouilleront.

Il faudra donc attendre la nouvelle jurisprudence pour savoir comment nos tribunaux appliqueront, dans les faits, la règle de « conseiller » imposée par l'Honorable juge Wilson dans l'affaire *Fletcher*.

c) La nouvelle responsabilité de l'agent et du courtier

Le principal mérite du jugement rendu dans l'affaire *Fletcher* est d'avoir réuni, dans une seule décision, et ce de façon fort claire, tous les éléments du rôle des agents et des courtiers comme conseillers.

²⁰Cf. *supra*.

Comme vous le savez, les tribunaux canadiens avaient déjà établi le principe, en l'absence de directives spécifiques, que le courtier avait l'obligation de se renseigner pleinement pour connaître la nature des risques auxquels était exposé son client²¹.

De même, nos tribunaux avaient déjà reconnu l'obligation du courtier d'informer son client des limites de sa couverture d'assurance de même que de la difficulté ou de l'impossibilité, dans certains cas, d'assurer certains risques, ou même d'informer le client de la disponibilité de certains types de couverture d'assurance auxquels il n'avait pas songé²².

420

Le récent jugement rendu dans l'affaire *Fletcher* ne laisse plus de doute et en quelque sorte laisse très peu de marge aux agents et aux courtiers quant à l'étendue de leur investigation et leurs conseils.

Bien qu'*a priori* cette décision puisse sembler « extrême » par ses exigences, il faut tout de même nous rappeler que la perfection n'existe pas, quelle que soit la profession.

L'obligation des agents et des courtiers d'assurance demeure une obligation de moyen et non de résultat²³.

Il nous est difficile, en parlant du devoir d'informer des agents et des courtiers, de ne pas recourir, par analogie, aux notions applicables aux autres professionnels tels que les médecins ou les avocats.

Or, ce que disait l'Honorable juge Létourneau de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Nelligan c. Clément*²⁴, relativement aux avocats et aux médecins, pourrait aussi bien

²¹*Bar-Don Holdings Ltd. c. Reed Stenhouse Limited*, 1983 I.L.R. 1-1637; *Gerber c. Eagle Star Insurance Company et al* 1981 I.L.R., 1-1442.

²²*Cf. Lemieux c. Dessureault*, 1969 C.S. 383; *G.K.N. Keller c. Hartford Fire Insurance Company et al*, 4 C.C.L.I. 37; *Agincourt Motor Hotel Ltd. c. Tomenson, Saunders, Whitehead Limited*, 1982 I.L.R. 1-1590; *Lester c. Philip Abbey Inc.*, 1976, I.L.R., 1-802.

²³*Cardin c. Cité de Montréal*, 1961 R.C.S. 655.

²⁴[1939], 67 B.R., 328.

nous servir pour définir le rôle de « professionnel-bon père de famille » de l'agent ou du courtier d'assurance:

En droit, et tout en appliquant au cas d'un médecin la règle de l'article 1053 C.c., le savant juge a raison de dire que l'erreur, la négligence et l'imprudence ne sont toutefois faute génératrice de responsabilité que s'il a été manqué aux règles de la profession ou de la science médicale, que si le médecin recherché a fait ou omis ce que n'eut pas fait ou omis un médecin, ici un chirurgien, possédant une science normale parmi les membres de sa profession.» (Jurisprudence au même effet: McCormick C. Marcotte, 1972 R.C.S., p.18; Villemure c. Turcot et al, 1973 S.C.R., p. 716 et Eady c. Tenderenda, 1975, 2 R.C.S., p. 825).

421

Également, nous aimons bien les commentaires de l'Honorable juge Albert Malouf, J.C.S., de première instance dans l'affaire *Dodds c. Dame Peggy Schierz et vir*²⁵ au sujet du *standard of care and skills required*. Ce juge s'exprimait ainsi:

I wish to now deal with the standard of professional care required in the medical profession. Medicine is not an exact science and therefore the burden placed upon a doctor should not be oppressive. The degree of care and skill which a medical man must exercise is simply that which is recognized in his particular profession, at a particular time. To put it another way, it amounts to the exercise by an average medical man of the skills recognized and accepted by his profession at any particular time. In an article published in the *Revue du Barreau* 1942, page 412, the author Watson Gillean, of the Montreal Bar, in dealing with the operative and diagnostic civil liability of physicians and surgeons, states that every physician is not required to have the knowledge and skill with which the most eminent in his profession are endowed. After stating "But that standard of professional proficiency which it is reasonable to presume he should possess because of his study and training, with

²⁵[1986] R.J.Q. 2623.

which every physician should be equipped, will be required of him, and if it is demonstrated that the act which caused injury shows a lack of this standard of skill, the physician will be liable in damages." He then refers to *Nelligan v. Clément* (1939), 67 K.B., 328 where *Létourneau J.*, at page 332, says: (Voir citation supra).

He then cites the following extract from the case of *Gibbons v. Harris* (1924), 1 D.L.R., 923 where *Stuart J.A.*, at 925 says:

422

The general rule therefore plainly is that, even in diagnosis, there must be shown to have been a failure to use a reasonable degree of skill and care. And strictly speaking, therefore the trial Judge should have found as a fact that the failure of the defendant to make a proper diagnosis and to discover the real nature of the ailment was due to the absence of, or the failure to exercise, a reasonable degree of skill and care, before the defendant could be held liable in damages.

À la lumière de ces décisions, il nous apparaît donc évident que le critère pour juger la conduite des agents et des courtiers d'assurance ne sera pas celui du modèle, par excellence, du plus grand expert que compte dans ses rangs la Corporation professionnelle, mais plutôt celui de l'expert doué d'une intelligence moyenne possédant des connaissances que l'on est en droit de s'attendre de tout agent ou courtier bien renseigné.

Conclusion

Nous ne cesserons jamais assez de se le rappeler, il n'entre pas dans le rôle d'un avocat, d'un notaire, d'un quelconque administrateur, d'un comptable agréé ou autre, de déterminer les protections d'assurance d'un client ou de lui dire si les polices d'assurance dont il est détenteur correspondent à ses besoins.

La jurisprudence récente dont il a été question plus avant ne fait qu'accentuer les droits et les obligations des agents et des courtiers d'assurance. Il nous apparaît donc ridicule que des

professionnels d'une autre discipline puissent vouloir usurper un rôle qui appartient tout simplement aux agents et aux courtiers d'assurance.

Même les avocats spécialisés en droit des assurances ne devraient pas se mêler de ce qui ne les regarde pas, l'évaluation et la souscription des risques en matière d'assurance ne relevant pas de leur champ d'activité professionnelle. Ce qui est vrai pour les avocats l'est tout autant pour les membres de toutes les autres professions, lesquelles ne sont aucunement habilitées à faire ce travail.

Dans un monde qui se veut de plus en plus spécialisé et compte tenu des outils de plus en plus sophistiqués utilisés dans l'industrie de l'assurance, nous croyons que le public peut et doit se fier sur un code d'éthique des plus élevés régissant les agents et les courtiers d'assurance.

Conscients des exigences que leur impose leur statut professionnel, nul doute que les agents et les courtiers en assurance relèveront le défi d'excellence que comporte la pratique de leur profession.