



Robinson Sheppard Shapiro

S.E.N.C.R.L. • L.L.P.

Avocats • Barristers & Solicitors

ASSURANCE
2012.09.0202F

INSURANCE
2012.09.0202E

COMMUNIQUÉ

Me Gilbert A. Hourani (Barreau 1994) pratique en droit des assurances comme associé chez RSS depuis 2002 à titre d'avocat plaideur et agit comme conseiller juridique de plusieurs assureurs de dommages. Il se spécialise notamment en droit des assurances, en responsabilité professionnelle, en responsabilité de produits et en droit de la construction.



Me Gilbert A. Hourani (Bar 1994) practices in the insurance law group as a partner at RSS since 2002 in litigation and also acts as a legal adviser to several insurance companies. Over the years, Gilbert specialized in professional liability, product liability and construction law cases.

L'EXCLUSION DE FAUTE LOURDE DANS UNE POLICE D'ASSURANCE RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE D'UN PLANIFICATEUR FINANCIER DÉCLARÉE INOPÉRANTE PARCE QUE CONTRAIRE À LA LOI ET RÉAFFIRMATION PAR LA COUR D'APPEL DE L'ÉTAT DU DROIT AU QUÉBEC SUR LA NOTION DE CAUSES CONCURRENTES

Dans un arrêt rendu le 2 août 2012, la Cour d'appel du Québec concluait dans *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.* que l'assureur responsabilité professionnelle d'un planificateur financier était tenu d'indemniser les clients de ce dernier.

THE EXCLUSION FOR GROSS NEGLIGENCE IN A FINANCIAL PLANNER PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE POLICY IS INOPERATIVE BECAUSE CONTRARY TO PUBLIC POLICY, AND THE REAFFIRMATION BY THE COURT OF APPEAL OF THE STATE OF THE LAW IN QUEBEC REGARDING THE NOTION OF CONCURRENT CAUSES

In the ruling *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, rendered on August 2, 2012, the Court of Appeal ordered a financial planner's liability insurance carrier to indemnify the former's client.



Définition d'« activités professionnelles»:
interprétation large et pragmatique

Les grandes lignes de l'arrêt de la Cour d'appel sont les suivantes. Malgré que l'assureur niait couverture en invoquant que l'assuré n'agissait pas dans le cadre des services professionnels assurés à titre de représentant autonome en vertu de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, mais que l'assuré agissait plutôt à titre de courtier en valeurs mobilières et donc en vertu d'une discipline régie par la *Loi sur les valeurs mobilières*, laquelle n'était pas couverte par la police, la Cour d'appel a rejeté les arguments de non-couverture pour les motifs suivants. La Cour a conclu que bien que l'assuré ait négocié des titres qu'il n'était pas autorisé à faire, il agissait tout de même auprès de ses clients, les demandeurs, comme un planificateur financier dûment habilité et cela constituait selon la Cour un service visé par la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*. La Cour d'appel fut d'avis que la perte subie par les demandeurs provenait directement de la mauvaise planification financière de leurs affaires qui s'est ensuite traduite par des investissements douteux. Le fait d'avoir enfreint la *Loi sur les valeurs mobilières* en fournissant aux demandeurs des titres que l'assuré n'avait pas l'habileté à négocier ne le faisait pas sortir, selon la Cour, du cadre de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*.

La Cour continuait son analyse en rappelant que le préjudice subi par les demandeurs provenait ainsi directement de la mauvaise planification financière de leur affaire par le courtier qui, dans l'exercice de cette « activité professionnelle » a manqué aux règles de l'art et a transgressé certaines des obligations que lui impose le Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière. Cette mauvaise planification qui s'est par la suite traduite en des

Definition of “professional services”:
a broad and pragmatic interpretation

The following is a general summary of the Court's ruling. The E&O insurer denied coverage, alleging that the activities of the insured were not professional services provided by independent representatives as defined in the *Act respecting the distribution of financial products and services*. Rather, the insurance provider alleged that their insured was acting as a stockbroker according to the *Securities Act*, an activity that was not covered by the policy. The Court dismissed these arguments, concluding that although the insured traded securities without authorization he was nevertheless acting on behalf of his clients, the plaintiffs in this case, as a duly authorized financial planner. His activities were therefore governed by the *Act respecting the distribution of financial products and services*. The Court was of the opinion that the losses claimed by the plaintiffs were directly caused by poor financial planning resulting in bad investments. According to the Court, the fact that the insured additionally traded securities for his clients without authorization and in violation of the *Securities Act* did not exclude him from the ambit of the *Act respecting the distribution of financial products and services*.

The Court continued its analysis, stating that the loss suffered by the plaintiffs was the direct result of poor financial planning by the broker who, in the exercise of his “professional duties”, did not act according to the rules of good practice and standards and violated certain obligations imposed by the Code of Ethics of the Financial Securities Board. The Court therefore found that the conditions of the insurance policy were met, seeing as the fault occurred while providing

investissements douteux constitue également la faute première et causale de la perte qu'ont encourue les demandeurs. En concluant que cette faute s'est ainsi produite dans la fourniture d'un service visé par la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*, alors la condition prévue par l'une des clauses du contrat d'assurance se retrouvait remplie, dit la Cour, s'agissant d'une activité professionnelle au sens de la clause pertinente.

Les « causes concurrentes » et la protection d'assurance en droit québécois

Cet arrêt revêt également une grande importance au niveau de l'analyse de la Cour d'appel en ce qui concerne l'existence de causes concurrentes. En effet, puisque le préjudice dérive tout autant sinon davantage selon la Cour de la planification financière et donc couvert par les polices en cause alors que la mise en œuvre de celles-ci par l'acquisition de titres régie par la *Loi sur les valeurs mobilières* était un service non visé par les polices, la Cour a conclu que les contrats d'assurance couvraient néanmoins le sinistre. L'état du droit québécois, fondé sur l'enseignement de la Cour d'appel dans ***Sécurité Nationale c. Éthier***, ainsi que les commentaires du Ministre de la justice sont maintenant non contredits : dans le cas de causes concurrentes, dont l'une (la planification financière) est expressément couverte, la protection doit prévaloir même si l'autre cause concurrente (l'achat de valeurs mobilières) est exclue.

Cette décision est d'ailleurs conforme aux décisions rendues par les tribunaux canadiens émanant des provinces de *common law* et plus particulièrement par la Cour suprême du Canada dans ***Derksen c. 539938 Ontario Ltd.***

services governed by the *Act respecting the distribution of financial products and services* and therefore qualifying as professional duties within the meaning of the exemption clause.

“Concurrent causes” and insurance coverage in Quebec law

The significance of this decision also lies in its analysis of concurrent causes. According to the Court, the plaintiffs' loss was caused primarily by poor financial planning and was therefore covered by the liability insurance policy despite the fact that the poor planning resulted in an acquisition of securities governed by the *Securities Act*, an activity that was not covered by the policy. The state of the law in Quebec, based on the Court of Appeal ruling in ***Sécurité Nationale c. Éthier*** as well as the commentary by the Minister of Justice, is uncontested: in situations of concurrent causes, where one cause (financial planning) is explicitly covered, coverage must be applied regardless of whether a concurrent cause (securities trading) is excluded.

This view is consistent with the common-law perspective, as exhibited by the Supreme Court of Canada in ***Derksen v. 539938 Ontario Ltd.***

Le rejet de l'exclusion de « faute lourde » en présence de législation d'ordre public régissant un planificateur financier

La Cour d'appel a ensuite analysé les clauses d'exclusion soulevées par l'assureur. En effet, l'assureur soulevait notamment l'exclusion de faute lourde contenue à la police d'assurance. La Cour d'appel a rejeté cet argument en déclarant que, dans une police d'assurance responsabilité d'un planificateur financier, l'exclusion de faute lourde devait être inopérante parce que contraire à la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* qui est une loi d'ordre public.

La Cour a conclu que même si le courtier avait effectivement commis une faute lourde, l'assureur se devait malgré tout d'indemniser les demandeurs, car selon la Cour, les dispositions réglementaires régissant l'exercice des représentants, lesquelles sont d'ordre public, ne permettent pas l'inclusion d'une telle clause dans les polices d'assurance des représentants et des cabinets de services financiers.

Après avoir soulevé les articles 76, 83, 131, 136 et 196 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, la Cour a fait une analyse détaillée de l'intention du législateur dans la protection du public et conclut qu'il n'y a aucune distinction par l'autorité réglementaire entre les types de fautes qui doivent être couvertes. D'ailleurs, lorsque le législateur veut exclure la faute lourde ou préciser le traitement à accorder à une faute lourde, la Cour d'appel rappelait que l'intention est prévue explicitement dans la loi, le cas échéant (hormis la faute intentionnelle qui est automatiquement exclue d'un contrat d'assurance conformément à l'article 2464 du C.c.Q.). Ainsi, la Cour a considéré qu'il ne fallait pas assimiler la faute lourde à une telle notion, cette dernière ne pouvant être exclue vu la

The rejection of “gross negligence” exclusion in light of public policy governing a financial planner

The Court also provided an analysis of the exclusion clauses raised by the professional liability insurer. In particular, an exclusion for gross negligence contained in the insurance policy was raised by the insurer. The Court found that the exclusion was inoperative because it contradicted the public policy provisions of the *Act respecting the distribution of financial products and services*.

The Court found that, although the broker had committed gross negligence, the public policy regulations governing his profession did not allow for the existence of such an exclusion clause. The insurance provider therefore had to cover such a loss.

Following a discussion of articles 76, 83, 131, 136 and 196 of the *Act respecting the distribution of financial products and services*, the Court provided an analysis of the legislative intention to protect consumers, concluding that the regulators did not make a distinction between the different faults that must be covered. The Court observed that the intention to exclude gross negligence or to treat it differently must be explicitly articulated in the legislation (setting aside the notion of intentional fault which is automatically excluded from an insurance policy pursuant to article 2464 C.C.Q.).

contravention aux exigences des dispositions réglementaires dont le but est l'intérêt public et la protection du consommateur.

La défense du professionnel soulevant la faute contributoire doit être évaluée en fonction de la personnalité des clients et leur état de connaissance

Le dernier aspect intéressant de cet arrêt est l'analyse de la responsabilité professionnelle du courtier et son argument de défense quant à la prétendue faute contributoire des demandeurs.

Les demandeurs étaient des gens d'éducation relativement modestes, qui ne connaissaient rien aux placements boursiers ou autres produits financiers et souhaitaient investir leurs économies de manière prudente afin d'assurer leurs retraites. Ils ont décidé de s'en remettre à cet égard à un professionnel détenant, rappelait la Cour, un certificat de planificateur financier, outre ses certificats en épargne collective et en assurance de personnes. Selon la Cour, il s'était établi entre le courtier et les demandeurs une relation de très grande confiance, le premier conseillant les seconds, qui ont toujours suivi ses recommandations, l'ont laissé agir et jamais ne se sont doutés que les placements qu'on leur présentait comme sûrs ne l'étaient pas, en réalité.

La Cour d'appel maintenait l'analyse du juge de première instance en considérant que même si on pouvait trouver les demandeurs naïfs, on ne saurait les trouver négligents pour n'avoir pas compris que les placements que le courtier leur suggérait, à vrai dire, n'avaient rien de sûr. Ils ont été rassurés par le courtier tout au long de leur relation d'affaires. En appliquant les principes reconnus par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada dans **Laflamme c.**

The defense of contributory fault should be assessed in light of the situation of individual clients as well as their degree of sophistication

Another point of interest in this ruling is its analysis of the broker's professional liability and the defense against the contributory negligence (faults) alleged against the plaintiffs.

In this case, the plaintiffs had a relatively low level of education, had no knowledge of securities or other financial products and had intended to invest their savings prudently in order to safely ensure their retirement. They decided to entrust this task to a certified financial planning professional. The Court found that there was a relationship of confidence and trust between the professional and his clients, with the latter having consistently followed the former's recommendations without ever suspecting that the investments presented to them as secure were, in fact, not.

The Court upheld the conclusion of the trial judge who found that, even if the plaintiffs may have been naïve, they could not be held responsible for not knowing that the investments proposed by the broker were not in the least bit secure, contrary to the assurances made by the latter throughout. Applying the principles embraced by Justice Gonthier of the Supreme Court of Canada in **Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd**, the Court cited

Prudential-Bache Commodities Canada Ltd, la Cour d'appel citait l'extrait suivant :

«54 J'ajouterais que le sentiment de confiance dont est empreint le contrat de mandat a aussi un effet appréciable sur l'état d'esprit du client, victime de la faute du gestionnaire. Cette confiance, en l'espèce, c'est la croyance acquise en la valeur professionnelle du gestionnaire qui fait que le client, surtout non averti, puisse être incapable ou du moins hésitant à croire à son incompétence. Tant la confiance que le désarroi suite à sa perte rendent alors d'autant plus difficile pour la victime la prise en main de la situation. L'éveil face à l'étendue du préjudice est plus lent. Il faut tenir compte de cette réalité, que le gestionnaire a lui-même créée en se présentant comme un professionnel digne de confiance, avant de reprocher à la victime un manque de diligence à minimiser les dommages, ceci d'autant plus que les mesures à prendre n'étaient pas évidentes et qu'il appartiendrait en premier lieu aux intimés à titre de courtiers et gestionnaires avertis de le faire ou les conseiller. [...] »

La Cour d'appel a finalement conclut ainsi :

« [36] Considérant la complexité du milieu des investissements et les risques qui y sont associés, on doit reconnaître que celui qui confie ses affaires à un conseiller ou intermédiaire financier, précisément parce qu'il ne connaît rien ou pas grand-chose au monde des placements, ne peut être astreint à une obligation de vérification et de contre-vérification constante, alors que, justement, il a choisi de s'en remettre à un professionnel afin d'éviter ce souci. Sans doute ne doit-il pas fermer les yeux devant un problème flagrant, mais, en l'espèce, considérant les limites des connaissances des intimés en la matière et les assurances que leur prodiguait M. Tardif lorsqu'ils s'inquiétaient de l'état de leur portefeuille, il ne saurait être question d'un tel aveuglement.

the following extract:

"54 I would add that the sense of trust that is characteristic of a contract of mandate also has a significant impact on the state of mind of a client who is the victim of a fault committed by a manager. In this case, that trust lay in the belief acquired in the professional merit of the manager, as a result of which a client, especially one who is not knowledgeable, may be unable or at least reluctant to believe that the manager is incompetent. Both that trust and the confusion resulting from a loss of trust will make it particularly difficult for the victim to take charge of the situation. Awareness of the extent of the injury dawns more slowly. This situation, which the manager himself has created by representing himself as a professional worthy of trust, must be taken into account before blaming the victim for any want of diligence in mitigating damages, especially since the measures to be taken were not obvious and responsibility for taking or advising those measures rested primarily on the respondents, as knowledgeable dealers and managers. [...]"

In conclusion, the Court of appeal found in the present matter that:

"[36] Considering the complexity and the risks associated with investments, courts must recognize that individuals who, with little or no knowledge of investment mechanisms, choose to entrust their business to financial consultants or intermediaries, cannot be expected to check and double check [the soundness of their investments] after having hired the services of professionals precisely in order to avoid having to worry about this. This is not to say that investors should be permitted to ignore blatantly obvious problems. However, in this case, considering the limited knowledge of the respondents and the assurances provided by Mr. Tardif whenever they became anxious about their portfolio, there can be no question of willful blindness.

[37] Aucune faute contributoire ne saurait donc en l'espèce être reprochée aux intimés: M. Tardif, par ses agissements, a abusé de leur confiance et ce n'est pas à eux qu'on peut en faire grief. »

[37] No contributory fault can therefore be held against the respondents in this case: In behaving as he did, Mr. Tardif abused the trust that the respondents had in him. They respondents were therefore blameless."

* * *

Notre communiqué vise à attirer votre attention sur des sujets légaux d'actualité qui, nous le croyons, peuvent intéresser le public. En aucun cas, il ne doit être considéré comme une opinion juridique. Son seul objectif est d'attirer l'attention des lecteurs sur des questions d'intérêt et/ou de nouveaux développements en matière de droit civil.

Our "Communiqué" aims to bring to your attention the contemporary legal issues which we believe are and should be of interest to the public at large and under no circumstances is it to be considered to be a legal opinion. The Communiqué is merely intended to alert readers of interesting topics and/or new developments in civil law.

Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins que le nom de l'auteur de la publication ne soit clairement identifié par écrit sur la publication elle-même.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, unless the authorship of the publication is identified in writing on the face of the publication itself.

* * *