

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

63-08-CA

OPTIMUM INSURANCE COMPANY INC.

APPELLANT

- and -

BRANDON JOSEPH DONOVAN

RESPONDENT

Optimum Insurance Company Inc. v. Donovan,
2009 NBCA 6

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 4, 2008

History of Case:

Decision under appeal:

2008 NBQB 182

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2008] N.B.J. No. 309

Appeal heard and judgment rendered:
October 29, 2008

Reasons delivered:
January 29, 2009

Counsel at hearing:

For the appellant:
Eric LeDrew

For the respondent:
Jillian E. Jordon

OPTIMUM SOCIÉTÉ D'ASSURANCE INC.

APPELANTE

- et -

BRANDON JOSEPH DONOVAN

INTIMÉ

Optimum Société d'Assurance inc. c. Donovan,
2009 NBCA 6

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 4 juin 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :

2008 NBBR 182

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2008] A.N.-B. n° 309

Appel entendu et jugement rendu :
Le 29 octobre 2008

Motifs déposés :
Le 29 janvier 2009

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Eric LeDrew

Pour l'intimé :
Jillian E. Jordon

THE COURT

The appeal is dismissed with the respondent's appeal-related fees and disbursements to be paid in accordance with the order rendered in the court below.

LA COUR

L'appel est rejeté, les honoraires d'avocat et débours que l'intimé a engagés dans le cadre de l'appel devant être payés conformément à l'ordonnance rendue par le tribunal d'instance inférieure.

The following is the judgment delivered by

DRAPEAU, C.J. N.B.

I. Introduction

[1] While his parents were away on holidays, Brandon Joseph Donovan, 23, hosted a party at the family home during which he unintentionally shot and killed a guest and friend, Cody Gillespie. When a related suit under the *Survival of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-18 and the *Fatal Accidents Act*, R.S.N.B. 1973, c. F-7 was launched against Mr. Donovan and his parents, the insurer under their *Homeowners, Tenants and Condominium Unit Owners Policy*, Optimum Insurance Company Inc., refused to provide for his defence. Mr. Donovan responded by initiating Third Party proceedings, seeking declaratory and other relief against Optimum for what he portrayed as an arbitrary failure to comply with its duty to defend under the Policy. While admitting in its responding pleading that the Policy was in full force and effect and that Mr. Donovan was an “insured”, Optimum denied it owed the alleged duty, relying upon an exception to coverage commonly called the “criminal act” exclusion.

[2] Following the close of pleadings, both Optimum and Mr. Donovan applied for judgment under Rule 23 (“Determination of Questions before Trial”). Each motion focused on the “pleadings rule”, which, as is well known, postulates that, generally speaking, disputes over the insurer’s duty to defend stand to be resolved solely on the basis of the allegations made in the pleading against the insured.

[3] At the hearing, Optimum made two debate-defining concessions: (1) Mr. Donovan did not intend to injure, let alone kill Mr. Gillespie; and (2) but for the “criminal act” exclusion, its duty to defend would be apodictic. Optimum also acknowledged the obvious, namely that the Statement of Claim in the main action features neither a reference to the *Criminal Code* of Canada nor an assertion that Mr. Gillespie’s death arose from a criminal act by Mr. Donovan. Nonetheless, Optimum submitted the “pleadings rule” allows for judicial consideration of evidence establishing the underlying

facts where, as here, an exclusionary clause is in play. That premise became the springboard for its argument in support of the admissibility of affidavit evidence purporting to establish that Mr. Donovan admitted at discovery to pleading guilty to a charge of manslaughter in connection with Mr. Gillespie's shooting death. Optimum also argued that, in any event, the Statement of Claim against Mr. Donovan sets out a claim whose validity is umbilically tied to wrongful conduct that, as particularized, constitutes a criminal act within the meaning of the "criminal act" exclusion.

[4] Mr. Donovan countered by driving home the point that he has not been sued for a violation of Canadian criminal law but, rather, for civil negligence in the shooting death of Mr. Gillespie. He submitted the proffered affidavit evidence was entirely irrelevant and, therefore, inadmissible. There being nothing in the record to trigger the application of the "criminal act" exclusion, the only Policy provision raised in answer to his Third Party Claim, Mr. Donovan urged the judge to allow his motion on terms that would avoid placing Optimum in a conflict between its interests and his own.

[5] The motion judge agreed with Mr. Donovan's submission (see 2008 NBQB 182). In his view, the Statement of Claim in the main action did not go beyond asserting an entitlement to compensatory damages founded upon a claim in ordinary negligence and he rejected the affidavit evidence proffered by Optimum on the ground that its admission would offend the "pleadings rule". The judge disposed of the motions by granting the primary relief sought in Mr. Donovan's Third Party action, namely a declaration that Optimum is required to provide for his defence in the main action. The motion judge also rendered the following complementary orders, with a view, no doubt, to eliminating the conflict-of-interest concerns raised in cases such as *Stout v. Grain Dealers Mutual Insurance Co.* 307 F.2d 521 (4th Cir. 1962): (1) Mr. Donovan will be at liberty to conduct his own defence with counsel of his choice; (2) that counsel need not report to Optimum "on the matter bearing on the issue of the criminal act exclusion"; and (3) Optimum will pay all reasonable past and future legal fees and disbursements. Optimum does not take issue with these ancillary orders, except as adjuncts to the main declaratory order.

[6] Optimum appeals, arguing the motion judge committed reversible error in rejecting the submissions adumbrated hereinabove in support of its motion for judgment dismissing Mr. Donovan's Third Party action. After hearing counsel in support of reversal, we dismissed the appeal, with reasons to follow.

[7] In the text that follows, I flesh out the Court's reasons for judgment, which, it bears underscoring, differ from those of the motion judge in only one material respect: his resort to the "pleadings rule" to exclude the contested affidavit evidence was unnecessary since Rule 23.02 governs the situation and ordains exclusion. In the result, the Court need not decide whether, in a case such as the present one, the "pleadings rule" closes the door to evidence shedding light on underlying facts that would otherwise escape judicial notice (see the discussion on point in Gordon Hilliker in *Liability Insurance Law in Canada*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 2001) at 76-79). The resolution of that thorny issue is best left to another case, one whose genesis would be traced to a Notice of Motion that invokes a procedural rule unencumbered by the evidential constraints in play here.

II. The Context

A. *The Policy*

[8] Sometime prior to Mr. Gillespie's tragic demise, Optimum issued the Policy to Mr. Donovan's parents, Brian and Clara Donovan. While he was not named as an insured under the Policy, Mr. Donovan benefited from its coverage because he resided in the insured premises, the Donovan family home.

[9] The Policy bound Optimum to pay, subject to specified limits, all sums which Mr. Donovan became legally liable to pay as compensatory damages because of unintentional bodily injury arising out of his "personal actions anywhere in the world". Optimum also undertook to defend Mr. Donovan, at no cost to him, against any suit making a claim against him for which he is insured. Curiously, the policy defines "claim"

– a term that, in common parlance, connotes an allegation or a demand – as “any event causing damages”. Fortunately, the Court need not consider the effect of that perplexing definition on the meaning and reach of the “criminal act” exclusion, which forms part of the same clause as the “willful negligence” exclusion. Likewise, the Court need not determine the meaning of the last-quoted expression, a puzzling combination of words if there ever was one, and whether its effect is to limit the scope of the “criminal act” exclusion to criminal acts founded on non-negligent conduct. In any case, and as noted, Optimum concedes that, but for the “criminal act” exclusion, the Policy would require it to defend Mr. Donovan. It may be convenient, if only for the sake of completeness, to conclude this brief review of the policy’s key provisions by recording their actual wording:

SECTION II LIABILITY COVERAGES

DEFINITIONS

[...] In addition, in this section of the policy the following definitions apply:

[...]

“Claim” means any event causing damages. All damages resulting from the same event or occurrence are considered to be one and the same claim, regardless of the number of injured third parties involved.

COVERAGES

This insurance applies only to accidents or occurrences which take place during the term of this policy.

[...]

COVERAGE E – LEGAL LIABILITY

The amount of insurance is the maximum amount we will pay, under one or more sections of “Coverage E”, for all compensatory damages in respect of one accident or occurrence other than as provided under defense, settlement, supplementary payments.

- Personal Liability
We will pay all sums which you become legally liable to pay as compensatory damages because of unintentional bodily injury [...] arising out of:

- your personal actions, anywhere in the world;

[...]

- Defense, Settlement, Supplementary Payments

We will defend you, at no cost to you, against any suit which makes claim against you and for which you are insured under "Coverage E". We reserve the right to investigate, negotiate and settle any claim or suit if we decide it is appropriate.

[...]

LOSS OR DAMAGE NOT INSURED

The following exclusions are additional to those contained under COVERAGES.

You are not insured for claims arising from:

[...]

5. Bodily injury or property damage caused by any criminal act or willful negligence by an insured, or at his or her instigation. The present exclusion does not apply to any other insured who has not committed and is not involved in the criminal act and/or willful negligence;

[...]

B. *The pleadings in the main action*

[10]

On March 24, 2002, while his parents were vacationing in Florida, U.S.A., Mr. Donovan hosted a party at the family home during which, following the consumption of an undetermined amount of alcohol, he unintentionally shot and killed Mr. Gillespie with one of the firearms kept on site. Subsequently, suit was brought under s. 2(1) of the

Survival of Actions Act for the benefit of the Estate of Mr. Gillespie, claiming pecuniary losses, including loss of income and/or loss of earning capacity, and pursuant to s. 3(1) of the *Fatal Accidents Act*, claiming general damages for grief, loss of companionship and loss of valuable services, as well as special damages for funeral and burial expenses. The latter action is prosecuted for the benefit of Mr. Gillespie's mother, father, stepmother, grandmothers and sister. The total quantum of these claims remains to be determined. Mr. Donovan and both of his parents are defendants in the suit.

[11] In their Amended Notice of Action with Statement of Claim Attached, the plaintiffs state that, at all material times, firearms were kept at the Donovan home and that Mr. Donovan's parents were aware that he "habitually handled these firearms, at inappropriate times and in an inappropriate and unsafe manner, without due regard to the lives and safety of those around him". The plaintiffs go on to assert that, during the March 24, 2002 party, Mr. Donovan "brandished firearms in an inappropriate and unsafe manner" before fatally shooting Mr. Gillespie. The plaintiffs contend that tragic event resulted from the negligence of Mr. Donovan's parents in: (1) "failing to keep the firearms in their home either rendered inoperable or stored in a safe and secure place not readily accessible to ammunition, as required by the *Firearms Act*, S.C. 1995, Chapter 39"; (2) "failing to properly train and supervise their son [...] in the care and control of firearms, in the months and years prior to the date of death of Cody Gillespie"; (3) "leaving their home in the care and supervision of their son [...] when they knew or should have known that [he] was known to brandish or toy with firearms, and had the potential to cause an accident such as the fatal shooting of Cody Gillespie;" and (4) "failing to keep ammunition for the said firearms in a safe and secure place away from the said firearms and inaccessible to their son [...]".

[12] The plaintiffs also allege Mr. Gillespie's death was caused by Mr. Donovan's negligence in: (1) "handling and brandishing loaded firearms in a reckless and unsafe manner"; and (2) "aiming and firing a loaded firearm at Cody Gillespie". Of course, "negligent aiming" is an oxymoron. Common sense dictates the plaintiffs

intended to allege “negligent pointing” of the firearm in question, and I will proceed on that understanding, at least for our present purposes.

[13] Optimum assumed the defense of Mr. Donovan’s parents and filed a Statement of Defence and Cross-Claim on their behalf. In the Statement of Defence, Mr. Donovan’s parents deny the allegations of negligence set out in the Statement of Claim and assert “they are not responsible for the actions of their son [Mr. Donovan] who was 23 years old at all material times”. They point out that, at the time of his death, Mr. Gillespie, who was 20 years of age, was not dependant upon either of his parents and that none of the plaintiffs were dependent upon him. They go on to deny the plaintiffs sustained losses, damages or expenses claimable under either the *Fatal Accidents Act* or the *Survival of Actions Act*. As for the Cross-Claim, it features a claim against Mr. Donovan for “[a] declaration that [he] is obliged to make contribution to or to indemnify [them] for any liability which they may have to the plaintiff” and for “judgment for the amount of any damages, interest or costs which [they] might be ordered to pay to the Plaintiffs or such proportion [thereof] as this Honourable Court deems just”.

[14] In his Statement of Defence, Mr. Donovan denies the allegations of negligence set out in the Statement of Claim. He also denies, essentially for the reasons set out in his parents’ Statement of Defence, that the plaintiffs sustained compensable losses, damages or expenses. He pleads, in the alternative, that any damages assessed should be reduced “in proportion to the degree in which the court finds that the deceased contributed in causing his own death by wrongful act, neglect or default”. However, no particulars of Mr. Gillespie’s contributory fault are provided. In his Defence to Cross-Claim, Mr. Donovan challenges his parents’ entitlement to any relief over. Correlatively, he relies, in particular, on the Policy term that clothes him with the status of “insured”, with rights and immunities equal to those afforded to his parents *qua* named insured.

C. *The Third Party proceedings*

[15] By Notice of Third Party Claim, Mr. Donovan references the claims made against him in the main action and seeks, *inter alia*, “a declaration that Optimum is under a duty to defend him in the Gillespie action”.

[16] In its Defence to Third Party Claim, Optimum admits or is deemed to have admitted: (1) the fact that Mr. Donovan has been sued under the *Fatal Accidents Act* and the *Survival of Actions Act* for Mr. Gillespie’s shooting death (2) Mr. Donovan’s parents are named insured under the Policy; (3) the latter was in full force and effect at all material times; and (4) Mr. Donovan was an unnamed insured. However, Optimum goes on to deny it is under a duty to defend Mr. Donovan in the main action because: (1) he “acknowledged committing the criminal act which caused the death of Cody Gillespie and the losses claimed in the Statement of Claim, by pleading guilty to, and being convicted of manslaughter pursuant to Section 236 of the *Criminal Code of Canada*”; and (2) “[i]n any event the substance of all of the allegations in the Statement of Claim fall within the aforesaid criminal act exclusion of the Policy”. Note that the “willful negligence” exclusion is not raised and that the only statutory provision mentioned is s. 236 of the *Criminal Code*.

D. *The critical Rules: 23.01, 23.02 and 37.03(b)*

[17] Rule 23 is divided into three sub-rules. Sub-rule .01 features two paragraphs. Of those, only paragraph (1) is germane here. It consists of clauses (a), (b) and (c), each of which stipulates its own particular conditions precedent and provides for a distinct remedy. Because of the centrality of Rules 23.01 and 23.02 in the prosecution and determination of both the motions and the present appeal, it may be appropriate to immediately reproduce them verbatim:

DISPOSITION WITHOUT TRIAL
RULE 23
DETERMINATION OF
QUESTIONS BEFORE TRIAL

CONCLUSION SANS PROCÈS
RÈGLE 23
DÉCISIONS PRÉJUDICIELLES

23.01 Where Available

23.01 Applicabilité

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abréger le procès ou réduire considérablement les frais,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée ou

(c) for judgment on an admission of fact in the pleadings, in the examination of an adverse party, or in answer to a Request to Admit Facts;

c) que jugement soit rendu, fondé sur des faits avoués dans les plaidoiries, pendant l'interrogatoire d'une partie adverse ou en réponse à une demande d'aveux.

[...]

[...]

23.02 Evidence

23.02 Preuve

Except with leave of the court, on applications under Rule 23.01(1), evidence shall not be admitted except

Sauf avec permission de la cour, aucune preuve n'est admise dans des demandes présentées en application de la règle 23.01(1), excepté

(a) a transcript of a relevant examination, and

a) la transcription d'interrogatoires pertinents et

(b) affidavits which are necessary to identify a document or prove its execution.

b) les affidavits nécessaires pour identifier un document ou prouver sa passation.

[18] Rule 37.03 specifies what a Notice of Motion must contain. It reads as follows:

37.03 Content of Notice of Motion or Preliminary Motion	37.03 Contenu de l'avis de motion ou de motion préliminaire
A Notice of Motion or Preliminary Motion shall	L'avis de motion ou de motion préliminaire doit
(a) state the precise order sought,	a) indiquer l'ordonnance demandée,
(b) state the grounds to be argued, including a reference to any statutory provision or rule to be relied on, and	b) indiquer les motifs à discuter et les renvois aux dispositions législatives ou règles qui seront invoquées, et
(c) list the documentary evidence to be used at the hearing of the motion.	c) énumérer les preuves littérales qui seront utilisées lors de l'audition de la motion.

E. *The motions*

[19] Invoking Rule 23 generally, and referring specifically to Rule 23.01(1), albeit without identifying the pertinent clause, Optimum applied for judgment dismissing Mr. Donovan's Third Party Claim. It relied upon the following grounds: (1) the Amended Statement of Claim in the main action alleges that Mr. Donovan "handled and brandished a loaded firearm in a reckless and unsafe manner, and that he aimed and fired a loaded firearm at [Mr. Gillespie] causing a fatal injury. Each of these allegations is a criminal act being separate violations of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46". Significantly, the *Criminal Code* provisions in question are not identified; (2) the Amended Statement of Claim alleges "facts which constitute the crime of manslaughter for which [Mr. Donovan] was convicted pursuant to Section 236 of the *Criminal Code*"; (3) although Mr. Donovan is an insured under the Policy, it "excludes coverage for bodily injury caused by any criminal act or willful negligence of an insured"; and (4) based on the Amended Statement of Claim and that exclusion clause, Optimum refused to defend Mr. Donovan in the main action and advised him accordingly.

[20] Mr. Donovan responded with his own motion for an order under Rule 23.01 declaring that: (1) Optimum is under a duty to defend him in the main action; (2) he is permitted to conduct his own defence with the counsel of his choice; (3) Optimum is liable for the payment of all past future legal fees and disbursements, the former “at the hourly rate usually charged by the counsel chosen”; (4) counsel chosen “is not obliged to report to Optimum with respect to any matters bearing on the issues of liability”; (5) Optimum pay costs of the motion; and (6) “[s]uch further and other Order as this Honourable Court may deem just”. In his Notice of Motion, Mr. Donovan gave notice of his reliance on the following grounds: (1) Optimum admitted he was an insured under the Policy; and (2) Optimum has unjustifiably failed to honor its undertaking under the Policy “to defend and indemnify” him with respect to the allegations made in the main action. Mr. Donovan’s Notice of Motion does not identify which paragraph and subrule of Rule 23.01 is being relied on for the relief sought.

[21] At the hearing, Optimum tendered the affidavit of Jean Carter, one of its Senior Claims Examiners, in support of the allegation that Mr. Donovan was convicted of manslaughter (s. 236 of the *Criminal Code*) in the unintentional shooting death of Mr. Gillespie. In that affidavit, Ms. Carter states that, at his examination for discovery, Mr. Donovan admitted “that his actions caused the death of [Mr. Gillespie and] that his actions resulted in his plea of guilty and subsequent conviction of the crime of manslaughter”. Optimum did not produce a transcript of Mr. Donovan’s examination or a certificate of the alleged conviction. I note parenthetically that Optimum no longer contends the “willful negligence” exclusion is in play.

F. *The decision in the Court of Queen’s Bench*

[22] Having considered the parties’ respective positions, the pertinent case law, the particulars of wrongdoing on the part of Mr. Donovan formulated in the Amended Statement of Claim and the key Policy provisions, the motion judge rejected Ms. Carter’s affidavit evidence. As noted, it was proffered by Optimum to establish Mr. Donovan’s admission on discovery that he pled guilty to manslaughter for Mr. Gillespie’s

unintentional shooting death. In the motion judge's view, that evidence was "not admissible as it offends the 'pleadings rule'". In making that ruling, the motion judge relied on the following passage in the reasons for judgment delivered for the Court by Deschênes J.A. in *Fermes Dionne ltée/Dionne Farms Ltd. v. Fermes Gervais ltée et al.* (2002), 255 N.B.R. (2d) 6, [2002] N.B.J. No. 402 (QL), 2002 NBCA 98:

I should mention, however, that whatever procedure is used to determine an insurer's obligation to defend, the principles in *Nichols* and *Monenco* must still prevail. Consequently, although nothing turns on it, the affidavit of Gabriel Gervais could not be considered except to the extent that it reiterated what Dionne's Statement of Claim contained or what the insurance policy recited. Any affidavit evidence relating to the circumstances surrounding the transaction with Dionne and which summarized the customs of the farming community with respect to inspections of the quality of seed potatoes offends the "pleadings rule" and should not have been admitted. For the same reason, the affidavit evidence submitted by the appellant was properly refused by the motions judge. [Para. 42]

[23] After noting that the "duty to defend is independent of and broader than the duty to indemnify" and that the former "arises where the pleadings allege acts or omissions which potentially fall within the policy coverage, while the duty to indemnify only arises where such obligations are proven at trial", the motion judge considered the nature of the claim against Mr. Donovan. He found the claim is "framed in negligence" even though "it tracks some wording from the Criminal Code".

[24] Applying *Gamblin v. O'Donnell et al.* (2001), 244 N.B.R. (2d) 102, [2001] N.B.J. No. 432 (QL), 2001 NBCA 109, the motion judge concluded Optimum bore the burden of establishing the prerequisites to the application of the "criminal act" exclusion. Since the suit against Mr. Donovan was in negligence only and no basis for the application of the "criminal act" exclusion emerged from the record, he dismissed Optimum's motion and allowed Mr. Donovan's. In the result, the motion judge declared Optimum is duty bound under the Policy to defend Mr. Donovan in the main action. He

then grafted upon that declaration the ancillary orders reproduced in my introductory remarks.

G. *The Notice of Appeal*

[25] In the Notice of Appeal, issue is taken with the decision under appeal on the following grounds:

1. [The motion judge] erred in law in finding that [Optimum] was under a duty to defend [Mr. Donovan] by:
 - (a) Failing to find that the claim against [Mr. Donovan] was excluded as a “criminal act” pursuant to exclusion clause 5 of the Policy [...] and, as a result, [Optimum] was not required to defend [him] in the action arising from the claim;
 - (b) By using the *obiter dicta* in this Court’s decision in *Gamblin v. O’Donnell* 2001 Carswell NB 422 (C.A.) to find that [Optimum] has a duty to defend when the insurance policy in that case contained a materially different exclusion clause;
 - (c) Failing to follow the decision of the Ontario Court of Appeal in *Eichmanis v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, 2007 Carswell Ont 699 (C.A.) which held that any criminal act is excluded regardless of whether it is intentional;
 - (d) Failing to follow the test for determining the true nature of the claim set out in *Non-Marine Underwriters, Lloyds of London v. Scalera*, [2001] 1 S.C.R. 551 (S.C.C.);
 - (e) Relying upon the legal conclusion of “negligence” set out in the Statement of Claim instead of the substance of the allegations that [Mr. Donovan] brandished,

aimed and fired a loaded firearm at Cody Gillespie, causing a fatal injury.

III. Analysis and Decision

[26] At the hearing of the appeal, Optimum confirmed its challenge to the Order rendered in the court below is two-fold. First, it submits the motion judge committed reversible error in holding the admission of the contested affidavit evidence would offend the “pleadings rule”. In Optimum’s submission, that evidence conclusively establishes that the claim in the main action arises from a criminal act, namely manslaughter by criminal negligence. That state of affairs would trigger the application of the “criminal act” exclusion and foreclose the emergence of the duty to defend alleged in Mr. Donovan’s Notice of Motion. Second, Optimum argues that, in any event, the Statement of Claim alleges Mr. Gillespie’s death arose from Mr. Donovan’s violation of s. 236 (manslaughter by criminal negligence), s. 86(1) (Careless use and handling of a firearm) and s. 87(1) (Pointing of a firearm) of the *Criminal Code*.

[27] In the course of counsel’s submissions, the Court pointed to the significant evidential constraints under which Rule 23 operates and spotlighted a number of deficiencies in Optimum’s Notice of Motion, all with a view to seeking answers to the following questions: (1) Is the contested affidavit evidence inadmissible under Rule 23.02, irrespective of the “pleadings rule”?; and (2) What consequences, if any, should follow from those deficiencies?

A. *The deficiencies in the Notices of Motion*

[28] Rule 37.03(b) prescribes that a Notice of Motion shall feature a reference to “any statutory provision or rule to be relied on” when stating the grounds to be argued. In *Norris v. Lloyd’s of London* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 351 (QL), the Court interpreted Rule 37.03(b)’s requirement of a reference to “any [...] rule to be relied on” as enjoining the moving party to identify the specific subrule, paragraph,

clause and subclause in play. The Court went on to observe: “If the opposing party does not insist upon this, the motion judge should” (para. 10). See, as well, *Conseil de la Magistrature (N.-B.) v. Moreau-Bérubé* (1999), 217 N.B.R. (2d) 230 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 336 (QL) at para. 4, *Waugh et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 N.B.R. (2d) 391 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 80 (QL) at para. 11, and *Smith v. Agnew* (2001), 240 N.B.R. (2d) 63, [2001] N.B.J. No. 282 (QL), 2001 NBCA 83 at para. 50. In *Boisvert v. LeBlanc* (2005), 294 N.B.R. (2d) 325, [2005] N.B.J. No. 561 (QL), 2005 NBCA 115, the Court’s most recent decision touching upon the procedural point at issue, motion judges were encouraged to be adamant in insisting counsel produce Notices of Motion that comply with Rule 37.03(b): “Unless non-compliance is manifestly inconsequential, it ought not to be tolerated by motion judges and counsel should be turned away until they produce *Rules*-compliant documents for the court’s consideration” (see para. 25).

[29] Evidently, the motion judge was disposed to overlook the parties’ common failure to identify in their respective Notice of Motion which clause of Rule 23.01(1) was relied on, and I am reluctantly prepared to do likewise for the following reasons: (1) the parties’ shared unwillingness to urge greater procedural intolerance (see *Dugas (Bankrupt), (Re)* (2004), 268 N.B.R. (2d) 290, [2004] N.B.J. 69 (QL), 2004 NBCA 15 at paras. 18-20, and *Newman v. Tibbetts* (2005), 283 N.B.R. (2d) 63, [2005] N.B.J. No. 135 (QL), 2005 NBCA 37 at para. 12, per Ryan J.A.); and (2) it is possible, albeit thanks to some significant leaps of deductive logic, to identify which clause of Rule 23.01(1) is relied on.

[30] In their respective Notices of Motion, the parties sought judgment, explicitly in Optimum’s case, implicitly in Mr. Donovan’s. Judgment is available as a remedy under Rule 23.01(1)(c), but not under Rules 23.01(1)(a) and (b) unless the motion is converted into a motion for judgment under Rule 37.10(a) (see *Norris v. Lloyd’s of London* at para. 21). Neither side sought a conversion order under the last-mentioned rule. Moreover, in his Notice of Motion, Mr. Donovan expressly relied on the admission in Optimum’s Defence to Third Party Claim that he is an insured under the Policy.

Finally, in its Notice of Motion, Optimum relied on Mr. Donovan's alleged admission at his examination on discovery that he pled guilty to manslaughter. In the result, I am reasonably confident that clause (c) of Rule 23.01(1), which allows a party to apply for judgment on admissions in an adverse party's pleading or examination, is the clause relied on by both parties for the relief each is seeking. That said, there is another problem with the contents of Optimum's Notice of Motion, one to which the Court ought not to turn a blind eye. I will shortly return to this topic.

B. *The admissibility issue*

[31] The salient part of Rule 23.02 prescribes that, without leave of the court, evidence is inadmissible on a motion for judgment under Rule 23.01(1)(c) unless the evidence in question is a transcript of a relevant examination. Furthermore, it is settled law that, absent exceptional circumstances, leave to admit evidence under Rule 23.02 ought not to be granted (see *Hogan v. Doiron et al.* (2001), 243 N.B.R. (2d) 263, [2001] N.B.J. No. 382 (QL), 2001 NBCA 97 at para. 40).

[32] Optimum did not produce a transcript of Mr. Donovan's discovery evidence to prove the admission upon which it was relying. Nor did it request leave of the motion judge to adduce secondary evidence of that admission. Assuming for the sake of argument that the court has jurisdiction to grant leave under Rule 23.02 in respect of evidence other than a transcript where judgment is sought on the basis of an admission at a "relevant examination", such leave could only be granted on a showing of exceptional circumstances. Presumably, the transcript's unavailability would qualify as such. However, there is nothing in the record to suggest that a transcript of Mr. Donovan's discovery evidence was unavailable for submission to the motion judge. There is, therefore, no principled basis upon which the court could conclude to the existence of circumstances whose exceptionality might warrant the admission, with leave, of the proffered affidavit evidence. Of course, Rule 22 ("Summary Judgment"), which was not invoked here, provides a much more evidence-friendly procedure.

[33] In my respectful judgment, the proffered affidavit evidence was inadmissible by virtue of Rule 23.02 and the motion judge rightly erased from his mind the unsubstantiated allegation that Mr. Donovan pled guilty to a charge of manslaughter under s. 236 of the *Criminal Code* (manslaughter by criminal negligence). I now turn to the only outstanding question.

C. *The true nature of the claim advanced in the Statement of Claim*

[34] I distil the following general principles from the pertinent jurisprudence emanating from this Court and the Supreme Court of Canada: (1) the insurer's defence and indemnity obligations are distinct, the former arising, on occasion, without the latter being ultimately engaged; (2) there is, as a general rule, no obligation to defend if there is clearly no liability to indemnify under the policy read as a whole (*Thorne v. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada* (2003), 261 N.B.R. (2d) 119, [2003] N.B.J. No. 322 (QL), 2003 NBCA 61, a self-defence case, makes plain that rule is not absolute); (3) the Statement of Claim against the insured needs to be scrutinized with a view to ascertaining the true nature of the claim advanced and determining whether that claim, interpreted in a manner which resolves any real doubt against the insurer, is one that might be covered; and (4) any claim clearly within an exclusionary clause does not trigger the insurer's duty to defend (see *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Company* (1986), 73 N.B.R. (2d) 389 (C.A.), [1986] N.B.J. No. 111 (QL), *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801, [1990] S.C.J. No. 33 (QL), *Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.*, [2001] 2 S.C.R. 699, [2001] S.C.J. No. 50 (QL), 2001 SCC 49 and *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, [2000] S.C.J. No. 26 (QL), 2000 SCC 24 at para. 79). It will be seen from the foregoing that I endorse the summary of the law on point provided by Deschênes J.A. in *Conservation Council of New Brunswick Inc. et al. v. Encon Group Inc. et al.* (2006), 299 N.B.R. (2d) 354, [2006] N.B.J. No. 190 (QL), 2006 NBCA 51 at para. 6:

- The duty to defend arises where there is a "mere possibility" that the claim advanced against the insured is covered by the policy. It is incumbent upon the insured to establish that it is possible that the allegations made by the plaintiff against the defendant insured, if proved at trial, bring the claim within the four corners of the insurance policy.
- If the pleadings, i.e. allegations made in the pleadings filed against the insured, allege facts which, if true, could require the insurer to indemnify the insured for the claim, then the insurer is obliged to provide a defence. This remains so even though the actual facts may differ from the allegations pleaded.
- Once this rather low threshold is met, it then becomes incumbent upon the insurer to establish that the plaintiff's claim falls outside the coverage provided by the policy because of some exclusionary provision.
- Where it is clear that the allegations in the pleadings against the insured fall outside the insuring agreement or are excluded by an applicable exclusion, the duty to defend does not arise.
- Substantial latitude must be given to the allegations made in the statement of claim but it must be read in a realistic way. It is not the labels used by the pleader, but the true nature of the claim that matters.

[...]

- Insuring agreements should be read broadly, exclusions narrowly and ambiguities resolved in favor of the insured. Ambiguities, however, should be apparent from a reasonable reading of the policy and not be judge-made. The plain meaning of the policy should be respected.

[35]

As mentioned, the plaintiffs allege in their Amended Notice of Action with Statement of Claim Attached that Mr. Gillespie's death arose from Mr. Donovan's negligence. They go on to make the related allegation that he was negligent in "handling and brandishing loaded firearms in a reckless and unsafe manner" and in "[pointing] and firing a loaded firearm at [Mr.] Gillespie". Optimum contends those allegations amount

to an imputation of criminal conduct under the *Criminal Code*, by way of either s. 236 (manslaughter by criminal negligence), s. 86(1) (Careless Use and Handling of a Firearm) or s. 87(1) (Pointing of a Firearm). There are two answers to that contention. The first is sourced in Rule 37.03(b) and the Court's jurisprudence repeatedly exhorting counsel to comply with that rule's dictates. The second focuses on the true nature of the claim articulated in the Statement of Claim against Mr. Donovan.

[36] Under Rule 37.03(b), a party must include in his or her Notice of Motion a reference to "any statutory provision [...] to be relied on". Optimum's Notice of Motion does not feature any reference to ss. 86(1) and 87(1) of the *Criminal Code* and, as such, it does not meet the fundamental prerequisites set by Rule 37.03(b). On that ground alone, I would reject Optimum's submission based on ss. 86(1) and 87(1). I favor an unforgiving take on Optimum's non-compliance with Rule 37.03(b) for the following reasons. A policy-laden case can be made for a relaxed approach to the application of the *Rules of Court* in some contexts (certain cases within the jurisdiction of the Family Division of the Court of Queen's Bench and claims under the *Small Claims Act*, S.N.B. 1997, c. S-9.1 come to mind without any searching effort). Moreover, in most other cases, strict compliance may be dispensed where the interests of justice would otherwise be ill-served. Several of those cases involve an offending party without legal representation. However where, as here, the moving party is represented by counsel throughout, the stakes are inarguably of the utmost importance, the unidentified statutory provisions do not easily spring to mind and no effort is made to bring about a suitable amendment to the Notice of Motion, non-compliance with Rule 37.03(b) ought to be tolerated only very exceptionally. In my view, the case at hand does not come close to falling within any qualifying exception to the application of Rule 37.03(b).

[37] Be that as it may, I fail to see how the record properly before the motion judge could have impelled him to a conclusion favorable to Optimum. As each parliamentary session unfolds, it seems more instances of human interaction – hitherto exclusively the subject of adverse consequences at common law – become criminalized. The phenomenon is no more recent than the popularity of its "law and order" impetus.

More pertinently to the debate at hand, a variety of unintentional acts and omissions have, over the past several decades, joined the category of crimes and, as a result, allegations of negligent conduct in civil cases are more and more commonly formulated in language that unwittingly approximates, if it does not parrot, the wording of an offence-creating *Criminal Code* provision. Indeed, even in the most quotidian slip and fall case, it is not unusual for the claimant to draft allegations of negligence in a manner that closely resembles the particulars of misconduct typically provided in a charge of criminal negligence. All of that to say that courts are rightly disinclined to rule out a duty to defend solely on the basis of textual symmetry or similarity between the plaintiff's claim and a *Criminal Code* provision. Accordingly, I find no fault whatsoever with the motion judge's conclusion that Optimum could not succeed solely on that basis.

[38] Under the Policy, which all agree is materially different from the policy under consideration in each of the cases mentioned in the Notice of Appeal (*Gamblin v. O'Donnell, R.E. v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*; *Eichmanis v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (2007), 84 O.R. (3d) 668, [2007] O.J. No. 482 (QL), 2007 ONCA 92 and *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*), Optimum undertakes to pay all sums which the insured becomes legally liable to pay as compensatory damages because of unintentional bodily injury arising out of the insured's "personal actions". Both intentional and unintentional actions are covered, so long as any resulting bodily injury was not intended. More precisely, coverage under the Policy extends, subject to any pertinent exclusion, to bodily injury arising from the insured's use of a firearm so long as he or she did not intend to cause any such injury. As underscored, Optimum readily acknowledges that: (1) Mr. Donovan did not intend to cause bodily injury to Mr. Gillespie; (2) the Statement of Claim does not feature an explicit allegation that Mr. Donovan committed a criminal act in causing the fatal injury in question; and (3) but for the "criminal act" exclusion, it would be obliged to defend Mr. Donovan against the claim in the main action. At the end of the day, the key question is this: Is the claim advanced in the main action outside coverage because of the "criminal act" exclusion?

[39] Section 236 of the *Criminal Code*, the only statutory provision identified in Optimum's Notice of Motion, is not mentioned at all in the Amended Statement of Claim. Moreover, it is not alleged in that critical pleading that Mr. Donovan's death-causing conduct amounted to a marked and substantial departure from the standard of the reasonable person, the test for manslaughter by criminal negligence (see *R. v. J.F.*, [2008] S.C.J. No. 62 (QL), 2008 SCC 60, per Fish J., for the majority). As the motion judge correctly observed, the only wrongful conduct attributed to Mr. Donovan in the Statement of Claim is negligence "in handling and brandishing loaded firearms in a reckless and unsafe manner" and in "[pointing] and firing a loaded firearm at Cody Gillespie, causing a fatal injury". Focusing exclusively on the Amended Statement of Claim, I am at a loss to understand how and where the motion judge committed reversible error in concluding Optimum failed to meet the onus of bringing the claim within the "criminal act" exclusion (see *Gamblin v. O'Donnell et al.* and *Canadian National Railway v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, [2008] S.C.J. No. 67 (QL), 2008 SCC 66 at paras. 34 and 53).

[40] While the foregoing suffices to dispose of the appeal, I would add that Optimum's submission in relation to ss. 86(1) (Careless handling or use of a firearm) and 87(1) (Pointing a firearm) of the *Criminal Code* would have fared no better had those provisions been referenced in the Notice of Motion, as required by Rule 37.03(b). Neither is mentioned in the Statement of Claim. Moreover, the plaintiffs do not allege that, at the material time, Mr. Donovan engaged in conduct reflective of a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the circumstances, a prerequisite to conviction under s. 86(1) (see *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, [1993] S.C.J. No. 88 (QL) and *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, [1993] S.C.J. No. 89 (QL)). Whether that test needs to be tweaked as a result of the recent Supreme Court of Canada decision in *R. v. J.F.* is of no import here. Finally, negligent pointing, or "negligent aiming" for that matter, of a firearm is not an offence under s. 87(1). It requires proof of an intention to point a firearm at another person. As mentioned, the plaintiffs do not allege Mr. Donovan intended to point a firearm at Mr. Gillespie. Rather, they allege he was negligent in doing

so. When all is said and done, one cannot conclude the claim against Mr. Donovan is a crime-based claim masquerading as a claim in negligence.

IV. Conclusion and Disposition

[41] The appellant insurer acknowledges that, but for the Policy's "criminal act" exclusion, it would be under a duty to defend the respondent insured in the main action. In my respectful judgment, the evidence proffered by the appellant to establish that the suit against its insured is for loss or damage arising out of his criminal act, manslaughter by criminal negligence, is inadmissible under Rule 23, the procedural vehicle chosen by the appellant to prosecute its application for judgment. Moreover, the suit in question does no more than attribute to the respondent ordinary negligence in connection with the underlying shooting death, which we have every reason to believe the appellant rightly concedes was unintended. In my respectful judgment, the motion judge did not commit reversible error in his application of the "pleadings rule". For those reasons, which are detailed in the foregoing text, the Court dismissed the appeal at the hearing.

[42] I would bring the proceedings to a close by directing the appellant to pay the respondent's appeal-related fees and disbursements in accordance with the order rendered in the court below.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Pendant que ses parents étaient partis en vacances, Brandon Joseph Donovan, âgé de 23 ans, a organisé dans la maison familiale une fête au cours de laquelle il a non intentionnellement tué par balle son invité et ami, Cody Gillespie. Lorsqu'une poursuite connexe sous le régime de la *Loi sur la survie des actions en justice*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-18, et de la *Loi sur les accidents mortels*, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7, a été intentée contre M. Donovan et ses parents, l'assureur nommé dans leur [TRADUCTION] *Police des propriétaires occupants, locataires et copropriétaires*, Optimum Société d'Assurance inc., a refusé d'assurer la défense de M. Donovan. Ce dernier a répondu en instituant à l'encontre d'Optimum une mise en cause dans laquelle il sollicitait une mesure déclaratoire ainsi que d'autres réparations en raison de ce qu'il a appelé l'omission arbitraire d'Optimum de se conformer à son obligation de le défendre prévue par la police. Tout en reconnaissant, dans la plaidoirie qu'elle a présentée en défense, que la police était bel et bien en vigueur et que M. Donovan était un « assuré », Optimum a nié qu'elle avait l'obligation alléguée en se fondant sur une exception à la protection offerte communément appelée l'exclusion relative aux « actes criminels ».

[2] Après la clôture des plaidoiries, Optimum et M. Donovan ont tous deux demandé que jugement soit rendu en vertu de la règle 23 (« Décisions préjudicielles »). Chacune des motions invoquait la « règle des actes de procédure » qui, comme chacun le sait, postule que, de façon générale, les contestations relatives à l'obligation de défendre qui incombe à l'assureur doivent être tranchées uniquement sur la base des allégations formulées dans la plaidoirie déposée à l'encontre de l'assuré.

[3] Lors de l'audience, Optimum a fait deux concessions déterminantes pour le débat : (1) M. Donovan n'avait pas l'intention de blesser, et à plus forte raison, de tuer

M. Gillespie; et (2) si ce n'était de l'exclusion relative aux « actes criminels », son obligation de défendre M. Donovan serait apodictique. Optimum s'est également rendue à l'évidence en admettant que, dans l'exposé de la demande déposé dans le cadre de l'action principale, il n'est aucunement question du *Code criminel* du Canada et il n'est pas affirmé que le décès de M. Gillespie était attribuable à un acte criminel commis par M. Donovan. Néanmoins, Optimum a fait valoir que la « règle des actes de procédure » habilite le tribunal à tenir compte de la preuve établissant les faits sous-jacents lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une clause d'exclusion de responsabilité entre en jeu. Cette prémisse est devenue le fondement de son argument à l'appui de l'admissibilité de la preuve par affidavit qui était censée établir que M. Donovan avait admis, lors de l'enquête préalable, qu'il avait plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable commis sur la personne de M. Gillespie, qui avait été abattu d'un coup de feu. Optimum a également soutenu que de toute façon, l'exposé de la demande déposé contre M. Donovan énonce une revendication dont la validité est intimement liée à la transgression qui, dans sa formulation, constitue un acte criminel au sens de l'exclusion relative aux « actes criminels ».

[4] M. Donovan a répliqué en soulignant qu'il n'avait pas été poursuivi pour une infraction au droit criminel canadien, mais plutôt pour négligence civile dans le décès de M. Gillespie qui avait été tué par balle. Il a fait valoir que la preuve par affidavit produite n'avait absolument aucune pertinence et qu'elle était donc inadmissible. Étant donné que rien dans le dossier ne déclenchait l'application de l'exclusion relative aux « actes criminels », la seule clause de la police invoquée en réponse à sa mise en cause d'Optimum, M. Donovan a prié le juge d'accueillir sa motion dans des termes qui éviteraient de placer Optimum en conflit entre ses propres intérêts et ceux de M. Donovan.

[5] Le juge saisi de la motion a souscrit à la thèse de M. Donovan (voir 2008 NBBR 182). À son avis, l'exposé de la demande dans l'action principale se limitait à faire valoir un droit à des dommages-intérêts compensatoires fondé sur une demande en négligence ordinaire et il a rejeté la preuve par affidavit produite par Optimum au motif

que son admission serait contraire à la « règle des actes de procédure ». Le juge a statué sur les motions en accordant la principale mesure réparatoire demandée dans la mise en cause déposée par M. Donovan, à savoir une déclaration voulant qu'Optimum soit tenue d'assurer sa défense dans l'action principale. Le juge saisi de la motion a également rendu les ordonnances accessoires suivantes, sans doute dans le but d'éliminer les préoccupations en matière de conflit d'intérêts soulevées dans des affaires comme *Stout c. Grain Dealers Mutual Insurance Co.* 307 F.2d 521 (4^e circuit, 1962) : (1) M. Donovan sera libre de mener sa propre défense en retenant l'avocat de son choix; (2) cet avocat ne sera pas tenu de faire rapport à Optimum [TRADUCTION] « sur la question ayant une incidence sur l'exclusion relative aux actes criminels »; et (3) Optimum acquittera la totalité des honoraires d'avocat et des débours raisonnables, tant passés que futurs. Optimum ne conteste aucunement ces ordonnances accessoires, sauf dans la mesure où elles sont complémentaires à la principale ordonnance déclaratoire.

[6] Optimum interjette appel, faisant valoir que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rejetant les observations qui viennent d'être exposées, observations qu'elle avait présentées à l'appui de sa motion sollicitant un jugement rejetant la mise en cause de M. Donovan. Après avoir entendu l'avocat qui sollicitait l'infirmité, nous avons rejeté l'appel, en indiquant que nos motifs suivraient.

[7] Dans le texte qui suit, je précise les motifs de notre Cour, lesquels, il faut le souligner, ne diffèrent de ceux du juge saisi de la motion que sur un seul point important : il n'était pas nécessaire qu'il ait recours à la « règle des actes de procédure » pour exclure la preuve par affidavit contestée, puisque la règle 23.02 régit la situation et ordonne son exclusion. Il en découle que dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, la Cour n'a pas besoin de déterminer si la « règle des actes de procédure » ferme la porte à des éléments de preuve susceptibles d'éclairer des faits sous-jacents qui pourraient autrement échapper à l'attention de la Cour (voir la discussion à ce sujet dans l'ouvrage de Gordon Hilliker intitulé *Liability Insurance Law in Canada*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 2001) aux p. 76 à 79). Il vaut mieux que cette question épineuse soit

résolue dans une autre cause dont la genèse remonterait à un avis de motion invoquant une règle de procédure qui n'est pas limitée par les restrictions en matière de preuve présentes en l'espèce.

II. Le contexte

A. *La police d'assurance*

[8] Un certain temps avant le décès tragique de M. Gillespie, Optimum a établi une police au nom des parents de M. Donovan, Brian et Clara Donovan. Le nom de M. Donovan ne figurait pas à titre d'assuré dans la police, mais ce dernier bénéficiait de la couverture parce qu'il résidait dans les locaux assurés, la maison familiale des Donovan.

[9] Aux termes de cette police, Optimum était tenue de payer, sous réserve de certaines limites dûment précisées, tous les dommages-intérêts compensatoires qui pouvaient incomber légalement à M. Donovan en raison de dommages corporels causés involontairement à autrui du fait de ses [TRADUCTION] « actes personnels partout dans le monde ». Optimum s'engageait également à assurer la défense de M. Donovan, sans que cela lui coûte un sou, contre toute poursuite formant à son encontre une demande pour laquelle il est assuré. Curieusement, la police définit le terme [TRADUCTION] « réclamation » – terme qui, en langage ordinaire, connote une allégation ou une revendication – comme [TRADUCTION] « tout événement causant des dommages ». Heureusement, il n'est pas nécessaire que la Cour examine l'effet de cette définition déroutante sur le sens et la portée de l'exclusion relative aux « actes criminels », qui fait partie de la même clause que l'exclusion relative à la « négligence volontaire ». Dans la même ligne, la Cour n'est pas tenue de déterminer quelle est la signification de l'expression qui vient d'être citée, une combinaison de mots troublante s'il en est, et si elle a pour effet de limiter la portée de l'exclusion relative aux « actes criminels » aux actes criminels fondés sur une conduite non attribuable à la négligence. Quoi qu'il en soit, et comme je l'ai noté, Optimum admet que si ce n'était de l'exclusion relative aux

« actes criminels », la police l'obligerait à assurer la défense de M. Donovan. Il serait peut-être utile, ne serait-ce que par souci d'exhaustivité, de conclure ce bref survol des clauses clés de la police en en citant le texte :

[TRADUCTION]
CHAPITRE II
ASSURANCE RESPONSABILITÉ

DÉFINITIONS

[...] De plus, les définitions suivantes s'appliquent dans le présent chapitre de la police :

[...]

« Réclamation » désigne tout événement causant des dommages. La totalité des dommages résultant du même événement sont considérés comme une seule et même réclamation, indépendamment du nombre de tiers lésés en cause.

GARANTIES

La présente assurance ne s'applique qu'aux accidents ou événements qui se produisent au cours de la durée de validité de la présente police.

[...]

GARANTIE E – RESPONSABILITÉ LÉGALE

Le montant d'assurance est le maximum que nous payons, en vertu d'une ou de plusieurs clauses de la garantie E, à titre de dommages-intérêts compensatoires pour un seul et même accident ou événement autres que les paiements supplémentaires décrits à la rubrique Défense, règlement et paiements supplémentaires.

- Responsabilité personnelle
Nous prenons en charge les dommages-intérêts compensatoires qui peuvent vous incomber légalement en raison de dommages corporels causés involontairement à autrui [...] du fait de :

- vos actes personnels partout dans le monde;

[...]

- Défense, règlement et paiements supplémentaires

L'assureur prend en charge la défense de l'assuré, sans qu'il lui en coûte quoi que ce soit, dans le cas d'une poursuite intentée contre celui-ci en raison de dommages visés par la « garantie E ». L'assureur se réserve le droit d'agir à sa guise en matière d'enquête, de négociation, de règlement ou de poursuite.

[...]

EXCLUSIONS

Les exclusions suivantes s'ajoutent à celles qui figurent sous la rubrique GARANTIES.

L'assuré n'est pas couvert pour les réclamations découlant :

[...]

5. de dommages corporels ou matériels causés par un acte criminel ou une négligence volontaire commis par un assuré ou à son instigation. La présente exclusion ne s'applique pas à tout autre assuré qui n'a pas commis l'acte criminel ou la négligence volontaire et n'y a pas été associé;

[...]

B. *Les plaidoiries ou actes de procédure dans l'action principale*

[10] Le 24 mars 2002, pendant que ses parents étaient en vacances en Floride, aux États-Unis, M. Donovan a organisé à la résidence familiale une fête au cours de laquelle, après avoir consommé une quantité indéterminée d'alcool, il a non intentionnellement tué M. Gillespie au moyen de l'une des armes à feu qui se trouvaient sur les lieux. Par la suite, une action a été intentée à son encontre au profit de la

succession de M. Gillespie en vertu, d'une part, du par. 2(1) de la *Loi sur la survie des actions en justice* afin de revendiquer des pertes financières, dont une perte de revenus et (ou) une perte de capacité lucrative, et, d'autre part, du par. 3(1) de la *Loi sur les accidents mortels* afin de revendiquer des dommages-intérêts généraux pour deuil, perte de compagnie et perte de services utiles, ainsi que des dommages-intérêts particuliers pour les frais d'obsèques et d'enterrement. Cette dernière action est intentée au profit de la mère, du père, de la belle-mère, des grands-mères et de la sœur de M. Gillespie. Le montant total de ces demandes reste à déterminer. M. Donovan, son père et sa mère sont nommés comme défendeurs dans la poursuite.

[11] Dans leur avis de poursuite modifié accompagné d'un exposé de la demande, les demandeurs affirment qu'à toutes les époques pertinentes, des armes à feu étaient gardées à la résidence des Donovan et que les parents de M. Donovan savaient qu'il [TRADUCTION] « avait l'habitude de manipuler ces armes à feu à des moments inappropriés et de façon imprudente et dangereuse, au mépris des vies et de la sécurité des personnes qui se trouvaient autour de lui ». Les demandeurs précisent ensuite qu'au cours de la fête du 24 mars 2002, M. Donovan [TRADUCTION] « a brandi des armes à feu de manière imprudente et dangereuse » avant de tuer par balle M. Gillespie. Ils soutiennent que cet événement tragique est imputable à la négligence des parents de M. Donovan qui auraient (1) [TRADUCTION] « omis de garder les armes à feu à leur résidence en les rendant inopérantes ou en les entreposant en lieu sûr et en faisant en sorte qu'elles ne se trouvent pas à proximité de munitions, comme le prescrit la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39 »; (2) « omis de donner à leur fils une formation et un encadrement appropriés [...] relativement à la garde et au contrôle des armes à feu au cours des mois et des années qui ont précédé le décès de Cody Gillespie »; (3) « laissé leur résidence sous la garde et la supervision de leur fils [...] alors qu'ils savaient ou auraient dû savoir [qu'il] était connu pour brandir des armes à feu ou jouer avec elles et risquait donc de provoquer un accident comme celui qui a entraîné le décès par balle de Cody Gillespie »; (4) « omis de garder les munitions des armes à feu en question en lieu sûr en faisant en sorte qu'elles ne se trouvent pas à proximité desdites armes à feu et que leur fils n'y ait pas accès [...] ».

[12] Les demandeurs allèguent également que la mort de M. Gillespie était attribuable au fait que M. Donovan a fait preuve de négligence (1) [TRADUCTION] « en manipulant et en brandissant des armes à feu chargées de façon imprudente et dangereuse » et (2) [TRADUCTION] « en visant Cody Gillespie et en tirant sur lui au moyen d'une arme à feu chargée ». Bien entendu, [TRADUCTION] « viser de façon négligente » est un oxymoron. Le simple bon sens indique que les demandeurs voulaient alléguer que l'arme à feu en question avait été « braquée de façon négligente », et je continuerai mon analyse en me basant sur cette interprétation, du moins pour les besoins de la présente instance.

[13] Optimum a pris en charge la défense des parents de M. Donovan et déposé en leur nom un exposé de la défense et une demande entre défendeurs. Dans l'exposé de la défense, les parents de M. Donovan nient les allégations de négligence énoncées dans l'exposé de la demande et ils soutiennent qu'ils [TRADUCTION] « ne sont pas responsables des actes de leur fils [M. Donovan], qui avait 23 ans à toutes les époques pertinentes ». Ils affirment qu'au moment de son décès, M. Gillespie, qui était âgé de 20 ans, n'était pas à la charge de l'un ou l'autre de ses parents et qu'aucun des demandeurs n'était à sa charge. Ils nient ensuite que les demandeurs ont subi des pertes et préjudices ou engagé des dépenses qui peuvent faire l'objet de demandes en vertu soit de la *Loi sur les accidents mortels*, soit de la *Loi sur la survie des actions en justice*. En ce qui concerne la demande entre défendeurs, elle sollicite, à l'encontre de M. Donovan, [TRADUCTION] « [une] déclaration portant qu'[il] est tenu de [leur] verser une réparation ou une indemnisation au titre de la responsabilité éventuelle qu'ils peuvent avoir envers les demandeurs » et « un jugement pour le montant des dommages-intérêts, intérêts ou dépens que la Cour pourrait [leur] ordonner de verser aux demandeurs, ou la proportion de ces sommes que la Cour jugera équitable ».

[14] Dans son exposé de la défense, M. Donovan nie les allégations de négligence énoncées dans l'exposé de la demande. Il nie également, essentiellement pour les raisons invoquées dans l'exposé de la défense de ses parents, que les demandeurs ont subi des pertes ou préjudices ou engagé des dépenses indemnifiables. À titre subsidiaire, il

plaide que les éventuels dommages-intérêts accordés devraient être réduits « dans la proportion où le tribunal estime que l'acte illicite, la négligence ou l'omission de la victime a contribué à la cause de son décès ». Toutefois, aucune précision n'est fournie relativement à la faute de la victime que M. Gillespie aurait commise. Dans la défense qu'il a opposée à la demande entre défendeurs, M. Donovan conteste que ses parents aient le droit de former quelque demande de réparation que ce soit à son encontre. Corrélativement, il se fonde en particulier sur la clause de la police qui lui confère le statut d'« assuré » jouissant de droits et d'immunités identiques à ceux qui sont conférés à ses parents en tant qu'assurés nommés dans la police.

C. *La mise en cause*

[15] Au moyen d'un avis de mise en cause, M. Donovan fait état des demandes formées à son encontre dans l'action principale et sollicite, entre autres, [TRADUCTION] « une déclaration portant qu'Optimum a l'obligation d'assurer sa défense dans l'action Gillespie ».

[16] Dans la défense qu'elle a opposée à sa mise en cause, Optimum admet ou est réputée avoir admis (1) qu'une poursuite a été intentée à M. Donovan sous le régime de la *Loi sur les accidents mortels* et de la *Loi sur la survie des actions en justice* pour le décès par balle de M. Gillespie; (2) que les parents de M. Donovan sont nommés à titre d'assurés dans la police; (3) que cette dernière était en vigueur à toutes les époques pertinentes; (4) que M. Donovan était un assuré dont le nom ne figurait pas dans la police. Cependant, Optimum nie ensuite avoir l'obligation d'assurer la défense de M. Donovan dans l'action principale au motif (1) qu'il [TRADUCTION] « a reconnu avoir commis l'acte criminel qui a provoqué la mort de Cody Gillespie et les pertes revendiquées dans l'exposé de la demande du fait d'avoir plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable, infraction prévue à l'article 236 du *Code criminel* du Canada, et d'avoir été condamné pour cette infraction », et (2) que, « [d]e toute façon, la substance de toutes les allégations énoncées dans l'exposé de la demande relève de l'exclusion relative aux actes criminels figurant dans la police dont il a été

question plus haut ». Il convient de noter que l'exclusion relative à la « négligence volontaire » n'est pas invoquée et que la seule disposition législative mentionnée est l'art. 236 du *Code criminel*.

D. *Les règles clés : 23.01, 23.02 et 37.03b)*

[17] La règle 23 est divisée en trois articles. L'article 23.01 renferme deux paragraphes. De ces deux dispositions, seul le paragraphe (1) est pertinent en l'espèce. Il se compose des alinéas a), b) et c) qui énoncent chacune des conditions préalables particulières et prévoient un redressement distinct. Compte tenu du rôle central que jouent les règles 23.01 et 23.02 dans la poursuite et le jugement des deux motions et du présent appel, je crois utile de les citer intégralement :

DISPOSITION WITHOUT TRIAL
RULE 23
DETERMINATION OF
QUESTIONS BEFORE TRIAL

CONCLUSION SANS PROCÈS
RÈGLE 23
DÉCISIONS PRÉJUDICIELLES

23.01 Where Available

23.01 Applicabilité

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abréger le procès ou réduire considérablement les frais,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée ou

(c) for judgment on an admission of fact in the pleadings, in the examination of an adverse party, or in answer to a Request to Admit Facts;

c) que jugement soit rendu, fondé sur des faits avoués dans les plaidoiries, pendant l'interrogatoire d'une partie adverse ou en réponse à une demande d'aveux.

[...]

[...]

23.02 Evidence

23.02 Preuve

Except with leave of the court, on applications under Rule 23.01(1), evidence shall not be admitted except

Sauf avec permission de la cour, aucune preuve n'est admise dans des demandes présentées en application de la règle 23.01(1), excepté

(a) a transcript of a relevant examination, and

a) la transcription d'interrogatoires pertinents et

(b) affidavits which are necessary to identify a document or prove its execution.

b) les affidavits nécessaires pour identifier un document ou prouver sa passation.

[18] La règle 37.03 précise ce que doit contenir l'avis de motion. Voici son texte :

37.03 Content of Notice of Motion or Preliminary Motion

37.03 Contenu de l'avis de motion ou de motion préliminaire

A Notice of Motion or Preliminary Motion shall

L'avis de motion ou de motion préliminaire doit

(a) state the precise order sought,

a) indiquer l'ordonnance demandée,

(b) state the grounds to be argued, including a reference to any statutory provision or rule to be relied on, and

b) indiquer les motifs à discuter et les renvois aux dispositions législatives ou règles qui seront invoquées, et

(c) list the documentary evidence to be used at the hearing of the motion.

c) énumérer les preuves littérales qui seront utilisées lors de l'audition de la motion.

E. *Les motions*

[19] En se fondant de façon générale sur la règle 23 et en invoquant expressément la règle 23.01(1), sans pour autant préciser l'alinéa pertinent, Optimum a sollicité un jugement rejetant la mise en cause présentée par M. Donovan. Elle a invoqué les moyens suivants : (1) l'exposé de la demande modifié dans l'action principale allègue que M. Donovan [TRADUCTION] « a manipulé et brandi une arme à feu chargée de

façon imprudente et dangereuse, qu'il a visé [M. Gillespie] et tiré sur lui au moyen d'une arme à feu chargée et l'a blessé mortellement. Chacune de ces allégations constitue un acte criminel qui représente une infraction distincte au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 ». Il est important de noter que les dispositions en question du *Code criminel* ne sont pas précisées; (2) l'exposé de la demande modifié allègue [TRADUCTION] « des faits qui constituent le crime d'homicide involontaire coupable pour lequel [M. Donovan] a été condamné en application de l'article 236 du *Code criminel* »; (3) bien que M. Donovan soit un assuré couvert par la police, cette dernière [TRADUCTION] « exclut de la couverture les dommages corporels causés par un acte criminel ou une négligence volontaire commis par un assuré »; et (4) sur le fondement de l'exposé de la demande modifié et de cette clause d'exclusion, Optimum a refusé d'assurer la défense de M. Donovan dans l'action principale et l'en a informé.

[20] M. Donovan a riposté en présentant sa propre motion dans laquelle il demandait que soit rendue, en vertu de la règle 23.01, l'ordonnance déclaratoire suivante : (1) Optimum a l'obligation d'assurer sa défense dans l'action principale; (2) il est autorisé à mener sa propre défense en retenant les services de l'avocat de son choix; (3) Optimum est responsable du paiement des débours et honoraires d'avocat passés et futurs, ces derniers [TRADUCTION] « au taux horaire habituellement facturé par l'avocat retenu »; (4) l'avocat en question [TRADUCTION] « n'est pas tenu de faire rapport à Optimum sur quelque question que ce soit ayant une incidence sur les questions de responsabilité »; (5) Optimum payera les dépens afférents à la motion; et (6) [TRADUCTION] « [t]oute autre ordonnance que la Cour peut juger équitable ». Dans son avis de motion, M. Donovan donnait avis de son intention de se fonder sur les moyens suivants : (1) Optimum a admis qu'il était un assuré couvert par la police et (2) Optimum a omis, de façon injustifiable, d'honorer l'engagement qu'elle a pris dans la police [TRADUCTION] « de le défendre et de l'indemniser » relativement aux allégations faites dans l'action principale. L'avis de motion de M. Donovan ne précise pas quels sont l'article et le paragraphe de la règle 23.01 sur lesquels il se fonde pour solliciter la réparation demandée.

[21] Lors de l'audience, Optimum a produit l'affidavit de Jean Carter, rédactrice-sinistres principale, à l'appui de l'allégation selon laquelle M. Donovan avait été condamné pour homicide involontaire coupable (art. 236 du *Code criminel*) pour avoir tué par balle M. Gillespie de façon non intentionnelle. Dans cet affidavit, M^{me} Carter déclare que, lors de son interrogatoire préalable, M. Donovan a reconnu [TRADUCTION] « que ses actes avaient provoqué la mort de [M. Gillespie et] que c'est à cause de ses actes qu'il avait plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable et ensuite été condamné pour cet acte criminel ». Optimum n'a pas produit de transcription de l'interrogatoire de M. Donovan ni d'attestation de la condamnation alléguée. J'observe entre parenthèses qu'Optimum n'affirme plus que l'exclusion relative à la « négligence volontaire » s'applique en l'espèce.

F. *La décision de la Cour du Banc de la Reine*

[22] Après avoir pris en considération les positions respectives des parties, la jurisprudence pertinente, les détails de la transgression commise par M. Donovan qui étaient énoncés dans l'exposé de la demande modifié et les clauses clés de la police, le juge saisi de la motion a rejeté la preuve par affidavit de M^{me} Carter. Comme je l'ai indiqué, Optimum avait produit cette preuve dans le but d'établir que M. Donovan avait bel et bien avoué, pendant son interrogatoire préalable, qu'il avait plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable pour avoir tué par balle M. Gillespie de façon non intentionnelle. De l'avis du juge saisi de la motion, cette preuve n'était [TRADUCTION] « pas admissible car elle allait à l'encontre de la "règle des actes de procédure" ». En rendant cette décision, le juge saisi de la motion s'est fondé sur le passage suivant des motifs de jugement prononcés au nom de la Cour par le juge d'appel Deschênes dans l'arrêt *Fermes Dionne ltée/Dionne Farms Ltd. c. Fermes Gervais ltée et al.* (2002), 255 R.N.-B. (2^e) 6, [2002] A.N.-B. n^o 402 (QL), 2002 NBCA 98 :

Je tiens toutefois à mentionner que, quelle que soit la procédure utilisée pour trancher la question de l'obligation de défendre d'un assureur, les principes énoncés dans *Nichols* et *Monenco* s'appliquent toujours. Par conséquent, même si cette question n'est pas pertinente en l'espèce, il

n'y avait pas lieu de tenir compte de l'affidavit de Gabriel Gervais, sauf dans la mesure où il reprenait le contenu de l'exposé de la demande de Dionne ou le libellé de la police d'assurance. Toute preuve par affidavit se rapportant aux circonstances de l'opération survenue avec Dionne et résumant les coutumes du milieu agricole concernant les inspections de la qualité des pommes de terre de semence va à l'encontre de la « règle des actes de procédure » et n'aurait pas dû être admise. Pour le même motif, le juge des motions a eu raison de refuser d'admettre la preuve par affidavit présentée par l'appelante. [Par. 42]

[23] Après avoir noté que [TRADUCTION] « l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser et [qu']elle est indépendante de celle-ci » et qu'il y a obligation de défendre [TRADUCTION] « si on allègue des actes ou des omissions auxquels peut s'appliquer la police alors qu'il y a obligation d'indemniser seulement si ces allégations sont prouvées à l'audience », le juge saisi de la motion a examiné la nature de la demande formée contre M. Donovan. Il a conclu que cette demande était [TRADUCTION] « fondée sur la négligence » même si [TRADUCTION] « elle repren[ait] en partie le libellé du *Code criminel* ».

[24] Appliquant l'arrêt *Gamblin c. O'Donnell et al.* (2001), 244 R.N.-B. (2^e) 102, [2001] A.N.-B. n^o 432 (QL), 2001 NBCA 109, le juge saisi de la motion a conclu qu'il incombait à Optimum d'établir que les conditions d'application de l'exclusion relative aux « actes criminels » étaient réunies. Étant donné que la poursuite intentée à M. Donovan était uniquement fondée sur la négligence et que le dossier ne renfermait aucun élément permettant l'application de l'exclusion relative aux « actes criminels », il a rejeté la motion d'Optimum et accueilli celle de M. Donovan. Par conséquent, le juge saisi de la motion a déclaré que la police imposait à Optimum l'obligation d'assurer la défense de M. Donovan dans l'action principale. Il a ensuite accompagné cette déclaration des ordonnances accessoires reproduites dans mes remarques introductives.

G. *L'avis d'appel*

[25] Dans l'avis d'appel, les moyens invoqués pour contester la décision portée en appel sont les suivants :

[TRADUCTION]

1. [Le juge saisi de la motion] a commis une erreur de droit en concluant que [Optimum] avait l'obligation de défendre [M. Donovan] :
 - a) en omettant de statuer que la demande formée contre [M. Donovan] était exclue car elle résultait d'un « acte criminel » visé par la clause d'exclusion 5 de la police [...] et que [Optimum] n'était donc pas tenue de [le] défendre dans l'action y relative;
 - b) en utilisant l'opinion incidente de la Cour dans l'arrêt *Gamblin c. O'Donnell*, 2001 Carswell NB 422 (C.A.) pour tirer la conclusion que [Optimum] a l'obligation de défendre alors que la police d'assurance dont il était question dans cette affaire renfermait une clause d'exclusion essentiellement différente;
 - c) en omettant de suivre la décision que la Cour d'appel de l'Ontario a rendue dans l'affaire *Eichmanis c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, 2007 Carswell Ont 699 (C.A.), décision dans laquelle la Cour a statué que tout acte criminel est exclu, qu'il soit intentionnel ou non;
 - d) en omettant de suivre le critère énoncé dans l'arrêt *Non-Marine Underwriters, Lloyds of London c. Scalera*, [2001] 1 R.C.S. 551 (C.S.C.) pour déterminer la véritable nature des allégations faites;
 - e) en se fondant sur la conclusion de droit de « négligence » énoncée dans l'exposé de la demande plutôt que sur la substance des allégations selon lesquelles [M. Donovan] a brandi une arme à feu chargée, a visé Cody Gillespie et a tiré sur lui, provoquant une blessure mortelle.

III. Analyse et décision

[26] Lors de l'audition de l'appel, Optimum a confirmé qu'elle contestait l'ordonnance rendue par le tribunal d'instance inférieure en se fondant sur deux moyens. Premièrement, elle fait valoir que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en statuant que l'admission de la preuve par affidavit contestée allait à l'encontre de la « règle des actes de procédure ». Selon la thèse d'Optimum, cette preuve établit irréfutablement que la demande formée dans l'action principale découle d'un acte criminel, soit l'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Cet état de fait entraînerait l'application de l'exclusion relative aux « actes criminels » et empêcherait la naissance de l'obligation de défendre alléguée dans l'avis de motion de M. Donovan. Deuxièmement, Optimum fait valoir que, de toute façon, l'exposé de la demande allègue que le décès de M. Gillespie était attribuable à la violation par M. Donovan de l'art. 236 (homicide involontaire coupable par négligence criminelle), du par. 86(1) (usage et manipulation négligents d'une arme à feu) et du par. 87(1) (fait de braquer une arme à feu) du *Code criminel*.

[27] Au cours des observations de l'avocat, la Cour a souligné que l'application de la règle 23 était soumise à d'importantes contraintes en matière de preuve et elle a fait ressortir un certain nombre de lacunes que présentait l'avis de motion d'Optimum, le tout dans le but de chercher à répondre aux questions suivantes : (1) La preuve par affidavit contestée est-elle inadmissible vu la règle 23.02, indépendamment de la « règle des actes de procédure »? (2) Quelles conséquences, s'il en est, découleraient de ces lacunes?

A. *Les lacunes que présentent les avis de motion*

[28] La règle 37.03b) prescrit qu'un avis de motion doit indiquer les renvois aux « dispositions législatives ou règles qui seront invoquées » lorsqu'il indique les moyens à discuter. Dans l'arrêt *Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 29 (C.A.), [1998] A.N.-B. n° 351 (QL), la Cour a interprété l'obligation, prévue par la règle 37.03b), d'un renvoi « aux [...] règles qui seront invoquées » comme enjoignant à

l'auteur de la motion d'indiquer précisément l'article, le paragraphe, l'alinéa ou le sous-alinéa invoqué. La Cour a ensuite fait l'observation suivante : « Si la partie adverse ne l'exige pas, le juge saisi de la motion devrait, lui, l'exiger » (par. 10). Voir également les arrêts *Conseil de la magistrature (N.-B.) c. Moreau-Bérubé* (1999), 217 R.N.-B. (2^e) 230 (C.A.), [1999] A.N.-B. n° 336 (QL) au par. 4, *Waugh et al. c. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 391 (C.A.), [2000] A.N.-B. n° 80 (QL) au par. 11, et *Smith c. Agnew* (2001), 240 R.N.-B. (2^e) 63, [2001] A.N.-B. n° 282 (QL), 2001 NBCA 83 au par. 50. Dans l'arrêt *Boisvert c. LeBlanc* (2005), 294 R.N.-B. (2^e) 325, [2005] A.N.-B. n° 561 (QL), 2005 NBCA 115, la décision la plus récente de la Cour sur le point de procédure en cause, les juges saisis de motions ont été invités à être implacables en exigeant des avocats qu'ils présentent des avis de motion conformes à la règle 37.03b) : « À moins que ce ne soit manifestement sans conséquence, le juge saisi de la motion ne doit pas tolérer qu'une partie ne se conforme pas à ces exigences. Les avocats devraient être éconduits jusqu'à ce qu'ils soumettent à la cour des documents conformes aux *Règles* » (voir le par. 25).

[29] Manifestement, le juge saisi de la motion était disposé à fermer les yeux sur l'omission des deux parties de préciser, dans leur avis de motion respectif, quel était l'alinéa de la règle 23.01(1) sur lequel elles se fondaient, et c'est avec beaucoup de réticence que je suis prêt à en faire de même pour les raisons suivantes : (1) le refus commun des parties de demander instamment une plus grande intolérance en matière procédurale (voir *Dugas (Bankrupt), Re* (2004), 268 R.N.-B. (2^e) 290, [2004] A.N.-B. n° 69 (QL), 2004 NBCA 15 aux par. 18 à 20, et *Newman c. Tibbetts* (2005), 283 R.N.-B. (2^e) 63, [2005] A.N.-B. n° 135 (QL), 2005 NBCA 37 au par. 12, le juge d'appel Ryan); et (2) le fait qu'il est possible, même s'il faut faire preuve de beaucoup de logique déductive, de déterminer quel est l'alinéa de la règle 23.01(1) qui est invoqué.

[30] Dans leurs avis de motions respectifs, les parties ont demandé que jugement soit rendu, de façon expresse dans le cas d'Optimum et de façon implicite dans celui de M. Donovan. Or, un jugement peut être obtenu à titre de réparation en vertu de la règle 23.01(1)c), mais pas en vertu des règles 23.01(1)a) et b) à moins que la motion ne

soit transformée en une motion visant l'obtention d'un jugement, comme le permet la règle 37.10a) (voir *Norris c. Lloyd's of London*, au par. 21). Ni l'une ni l'autre des parties n'ont demandé d'ordonnance de transformation sous le régime de la règle dont je viens de faire état. Qui plus est, dans son avis de motion, M. Donovan s'est expressément fondé sur le fait que dans la défense qu'elle a opposée à sa mise en cause, Optimum a reconnu qu'il est un assuré couvert par la police. Finalement, dans son avis de motion, Optimum a invoqué le fait que lors de son interrogatoire préalable, M. Donovan aurait admis avoir plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable. Il en découle que je suis raisonnablement confiant que l'alinéa c) de la règle 23.01(1), qui permet à une partie de demander que jugement soit rendu sur le fondement de faits avoués dans les plaidoiries ou pendant l'interrogatoire d'une partie adverse, est l'alinéa sur lequel les deux parties se fondent pour solliciter la mesure réparatoire que chacune demande. Cela étant dit, le contenu de l'avis de motion d'Optimum pose un autre problème que la Cour ne devrait pas feindre d'ignorer. Je reviendrai sur ce point un peu plus loin.

B. *La question de l'admissibilité*

[31] La partie essentielle de la règle 23.02 prescrit que, sans la permission de la cour, aucune preuve n'est admise dans le cadre d'une motion visant l'obtention d'un jugement formée en vertu de la règle 23.01(1)c) à moins que la preuve en question ne soit la transcription d'interrogatoires pertinents. De plus, il est établi en droit que, sauf circonstances exceptionnelles, la permission d'admettre des éléments de preuve à l'audition d'une motion présentée en application de la règle 23.02 ne devrait pas être accordée (voir *Hogan c. Doiron et al.* (2001), 243 R.N.-B. (2^e) 263, [2001] A.N.-B. n^o 382 (QL), 2001 NBCA 97 au par. 40).

[32] Optimum n'a pas produit de transcription de la preuve obtenue à l'interrogatoire préalable de M. Donovan pour prouver l'aveu sur lequel elle se fondait. Elle n'a pas non plus demandé au juge saisi de la motion la permission d'introduire une preuve secondaire de cet aveu. À supposer, pour les fins de la discussion, que la Cour soit habilitée à accorder la permission prévue par la règle 23.02 relativement à une preuve

autre qu'une transcription lorsqu'il est demandé que jugement soit rendu sur le fondement de faits avoués lors d'un « interrogatoire pertinent », une telle permission ne pourrait être accordée que si l'existence de circonstances exceptionnelles est établie. On pourrait présumer que l'impossibilité de produire une transcription en serait un exemple. Cependant, rien dans le dossier ne laisse croire qu'il était impossible de présenter au juge saisi de la motion une transcription de la preuve obtenue à l'interrogatoire préalable de M. Donovan. Il n'existe donc aucune raison de principe permettant à la Cour de conclure à l'existence de circonstances dont le caractère exceptionnel pourrait justifier l'admission, avec permission de la Cour, de la preuve par affidavit en cause. Bien entendu, la règle 22 (« Jugement sommaire »), qui n'a pas été invoquée dans la présente instance, prévoit une procédure beaucoup plus souple en matière de preuve.

[33] Je suis respectueusement d'avis que la preuve par affidavit présentée était irrecevable parce qu'elle était interdite par la règle 23.02 et que c'est donc à bon droit que le juge saisi de la motion n'a tenu aucun compte de l'allégation non étayée selon laquelle M. Donovan avait plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable, infraction prévue à l'art. 236 du *Code criminel* (homicide involontaire coupable par négligence criminelle). Je passe maintenant à la seule question à trancher.

C. *La véritable nature de la demande formulée dans l'exposé de la demande*

[34] Je tire les principes généraux suivants de la jurisprudence pertinente de notre Cour et de la Cour suprême du Canada : (1) les obligations de l'assureur en matière de défense et d'indemnisation sont distinctes, la première pouvant à l'occasion naître sans que l'assureur soit finalement tenu de s'acquitter de la seconde; (2) il n'existe, en règle générale, aucune obligation de défendre s'il est clair que la police, dans son ensemble, ne renferme aucune obligation d'indemniser (*Thorne c. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada* (2003), 261 R.N.-B. (2^e) 119, [2003] A.N.-B. n° 322 (QL), 2003 NBCA 61, une affaire de légitime défense, indique clairement que cette règle n'est pas absolue); (3) il convient d'examiner attentivement l'exposé de la demande déposé contre l'assuré dans le but d'établir quelle est la véritable nature de la demande qui a été faite et de déterminer

si celle-ci, interprétée d'une façon qui résout tout débat quant à son sens à l'encontre de l'assureur, peut être couverte par la police; et (4) toute demande relevant clairement de la clause d'exclusion ne met pas en branle l'obligation de défendre de l'assureur (voir *Opron Maritimes Construction Ltd. c. Canadian Indemnity Company* (1986), 73 R.N.-B. (2^e) 389 (C.A.), [1986] A.N.-B. n° 111 (QL), *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, [1990] A.C.S. n° 33 (QL), *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, [2001] 2 R.C.S. 699, [2001] A.C.S. n° 50 (QL), 2001 CSC 49 et *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, [2000] A.C.S. n° 26 (QL), 2000 CSC 24 au par. 79). On déduira de ce qui précède que je souscris au résumé du droit sur cette question qu'a fait le juge d'appel Deschênes dans l'arrêt *Conservation Council of New Brunswick Inc. et al. c. Encon Group Inc. et al.* (2006), 299 R.N.-B. (2^e) 354, [2006] A.N.-B. n° 190 (QL), 2006 NBCA 51, au par. 6 :

- Il existe une obligation de défendre lorsqu'il y a simple « possibilité » que la réclamation faite contre l'assuré soit visée par la police. Il incombe à l'assuré d'établir qu'il est possible que les allégations faites par le demandeur contre l'assuré défendeur, si elles étaient avérées au procès, entreraient dans le cadre de la police d'assurance.
- L'assureur est tenu d'opposer une défense si les plaidoiries, c'est-à-dire les allégations formulées dans les plaidoiries déposées contre l'assuré, énoncent des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, exigeraient qu'il indemnise l'assuré relativement à la réclamation. Cela vaut même si la réalité ne correspond pas à ce qui est allégué.
- Une fois qu'on a respecté ce seuil plutôt bas, il incombe à l'assureur d'établir que la réclamation du demandeur ne relève pas de la garantie fournie par la police en raison de l'existence de clauses d'exclusion.
- Lorsqu'il ressort clairement que les allégations faites contre l'assuré ne relèvent pas de la portée du contrat d'assurance ou sont visées par une exclusion applicable, il n'y a pas d'obligation de défendre.

- Il faut accorder une portée considérable aux allégations contenues dans l'exposé de la demande, mais elles doivent être interprétées de façon réaliste. Ce qui compte, ce n'est pas la terminologie employée par le demandeur, mais la nature véritable de la demande.

[...]

- Les contrats d'assurance doivent recevoir une interprétation large, les exclusions, une interprétation étroite, et les ambiguïtés doivent être résolues en faveur de l'assuré. Cependant, les ambiguïtés devraient être évidentes après une lecture raisonnable de la police et ne devraient pas être établies par le tribunal. Il faut respecter le sens ordinaire de la police.

[35] Comme je l'ai indiqué plus haut, dans leur avis de poursuite modifié accompagné d'un exposé de la demande, les demandeurs allèguent que M. Gillespie est décédé en raison de la négligence de M. Donovan. Ils font ensuite l'allégation connexe selon laquelle il a fait preuve de négligence en [TRADUCTION] « manipulant et en brandissant des armes à feu chargées de façon imprudente et dangereuse » et en [TRADUCTION] « [braquant] [...] et en tirant sur [M. Gillespie] au moyen d'une arme à feu chargée ». Optimum soutient que de telles allégations équivalent à une présomption de conduite criminelle prévue par le *Code criminel*, soit à l'art. 236 (homicide involontaire coupable par négligence criminelle), au par. 86(1) (usage et manipulation négligents d'une arme à feu) ou au par. 87(1) (fait de braquer une arme à feu). Il y a deux réponses à une telle affirmation. La première trouve sa source dans la règle 37.03b), et la jurisprudence de la Cour a exhorté à maintes reprises les avocats de se conformer aux exigences de cette règle. La seconde est axée sur la véritable nature de la demande formulée dans l'exposé de la demande déposé à l'encontre de M. Donovan.

[36] En vertu de la règle 37.03b), une partie doit inclure dans son avis de motion un renvoi aux « dispositions législatives [...] qui seront invoquées ». Or, l'avis de motion d'Optimum ne renferme aucun renvoi aux par. 86(1) et 87(1) du *Code criminel* et, de ce fait, il ne satisfait pas aux conditions préalables fondamentales fixées par la règle 37.03b). Pour ce seul motif, je rejetterais l'argument d'Optimum fondé sur les par. 86(1)

et 87(1). Je suis d'avis de sanctionner le non-respect de la règle 37.03b) par Optimum avec la plus grande rigueur pour les raisons suivantes. Des considérations de principe peuvent militer en faveur d'une approche flexible à l'application des *Règles de procédure* dans certains contextes (certaines causes relevant de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine et des demandes en vertu de la *Loi sur les petites créances*, L.N.-B. 1997, ch. S-9.1 viennent immédiatement à l'esprit). De plus, dans la plupart des autres cas, il est possible de déroger au principe d'une observation stricte lorsque celle-ci servirait mal les intérêts de la justice. Plusieurs de ces cas mettent en cause une partie contrevenante non représentée par un avocat. Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'auteur de la motion est représenté en tout temps par un avocat, que les enjeux sont sans conteste de la plus grande importance, que les dispositions législatives dont il n'est pas fait état ne viennent pas facilement à l'esprit et qu'aucun effort n'est fait pour présenter une modification en bonne et due forme de l'avis de motion, le non-respect de la règle 37.03b) ne devrait être toléré que dans des cas très exceptionnels. À mon avis, l'affaire en cause est loin, tant s'en faut, de relever d'une exception valable à l'application de la règle 37.03b).

[37] Quoi qu'il en soit, j'ai du mal à voir comment le dossier dûment soumis au juge saisi de la motion aurait pu l'amener à tirer une conclusion favorable à Optimum. Au fur et à mesure des sessions parlementaires, il semble que l'on assiste à la criminalisation d'un nombre croissant d'interactions humaines qui, jusqu'alors, entraînaient exclusivement des conséquences défavorables par application de la common law. La « loi et l'ordre public » est une notion en vogue ces derniers temps et c'est là que ce phénomène de criminalisation puise son élan récent. Chose plus pertinente pour les fins du présent débat, au cours des quelques dernières décennies, toute une gamme d'actes ou d'omissions non intentionnels se sont retrouvés dans la catégorie des crimes, avec pour résultat que des allégations de conduite négligente dans des causes civiles sont de plus en plus souvent formulées dans des termes qui, sans que l'on s'en rende compte, ressemblent au libellé d'une disposition du *Code criminel* qui crée une infraction, quand ils ne reprennent pas mot pour mot ce libellé. De fait, même dans l'affaire de glissade et de chute la plus élémentaire, il n'est pas inhabituel que le demandeur utilise, pour rédiger

ses allégations de négligence, un libellé qui ressemble de très près aux détails de l'inconduite qui sont habituellement fournis dans une accusation de négligence criminelle. Tout cela pour dire que c'est à juste titre que les tribunaux répugnent à écarter l'existence d'une obligation de défendre sur la seule base d'une symétrie ou d'une similarité entre le libellé de la demande du demandeur et celui d'une disposition du *Code criminel*. Par conséquent, je ne vois absolument aucune raison de blâmer le juge saisi de la motion d'avoir conclu qu'Optimum ne pouvait obtenir gain de cause sur ce seul fondement.

[38] En vertu de la police en cause, dont tout le monde convient qu'elle est sensiblement différente de la police qui était en cause dans chacune des affaires mentionnées dans l'avis d'appel (*Gamblin c. O'Donnell, R.E. c. Wawanesa Mutual Insurance Co., Eichmanis c. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (2007), 84 O.R. (3d) 668, [2007] O.J. No. 482 (QL), 2007 ONCA 92 et *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*), Optimum s'engage à prendre en charge la totalité des dommages-intérêts compensatoires qui peuvent incomber légalement à l'assuré en raison de dommages corporels causés involontairement à autrui du fait de ses « actes personnels ». Les actes tant intentionnels que non intentionnels sont couverts, pourvu que les dommages corporels qui en ont résulté n'aient pas été voulus. Plus précisément, la couverture offerte par la police s'étend, sous réserve des exclusions pertinentes, aux dommages corporels découlant de l'usage d'une arme à feu par l'assuré à la condition qu'il n'ait pas eu l'intention de causer de tels dommages corporels. Comme je l'ai souligné, Optimum admet sans difficulté (1) que M. Donovan n'avait pas l'intention de causer des dommages corporels à M. Gillespie; (2) que l'exposé de la demande ne renferme aucune allégation expresse que M. Donovan ait commis un acte criminel en infligeant la blessure mortelle en question; (3) que si ce n'était de l'exclusion relative aux « actes criminels », elle serait obligée de défendre M. Donovan contre la demande formulée dans l'action principale. En fin de compte, la question clé est la suivante : La demande présentée dans l'action principale échappe-t-elle à la garantie en raison de l'exclusion relative aux « actes criminels »?

[39] L'article 236 du *Code criminel*, la seule disposition législative citée dans l'avis de motion d'Optimum, n'est pas mentionné dans l'exposé de la demande modifié. De plus, il n'est aucunement allégué dans cette plaidoirie clé que le comportement de M. Donovan qui est à l'origine du décès représentait un écart marqué et important par rapport à la norme de la personne raisonnable, le critère applicable dans le cas d'un homicide involontaire coupable par négligence criminelle (voir *R. c. J.F.*, [2008] A.C.S. n° 62 (QL), 2008 CSC 60, le juge Fish, au nom de la majorité). Comme l'a observé à juste titre le juge saisi de la motion, la seule transgression attribuée à M. Donovan dans l'exposé de la demande est la négligence [TRADUCTION] « en manipulant et en brandissant des armes à feu chargées de façon imprudente et dangereuse » et en [TRADUCTION] « [braquant] [...] et en tirant sur [Codie Gillespie] au moyen d'une arme à feu chargée, provoquant une blessure mortelle ». Si je m'en tiens exclusivement à l'exposé de la demande modifié, je ne parviens pas à comprendre en quoi et où le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant qu'Optimum a omis de s'acquitter du fardeau consistant à prouver que la réclamation relevait de l'exclusion relative aux « actes criminels » (voir *Gamblin c. O'Donnell et al.* et *Canadian National Railway c. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, [2008] A.C.S. n° 67 (QL), 2008 CSC 66 aux par. 34 et 53).

[40] Bien que ce qui précède suffise à disposer de l'appel, j'ajouterais que l'argument d'Optimum au sujet des par. 86(1) (usage et manipulation négligents d'une arme à feu) et 87(1) (fait de braquer une arme à feu) du *Code criminel* n'aurait pas connu un meilleur sort si ces dispositions avaient fait l'objet d'un renvoi dans l'avis de motion, comme le prescrit la règle 37.03b). Aucune de ces deux dispositions n'est mentionnée dans l'exposé de la demande. De plus, les demandeurs n'allèguent pas qu'aux époques pertinentes, M. Donovan avait un comportement qui représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence de la personne raisonnablement prudente dans les circonstances, condition préalable à une déclaration de culpabilité en vertu du par. 86(1) (voir *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, [1993] A.C.S. n° 88 (QL) et *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, [1993] A.C.S. n° 89 (QL)). Il importe peu en l'espèce de déterminer si ce critère doit être adapté par suite de la décision récente que la Cour suprême du Canada a

rendue dans l'arrêt *R. c. J.F.* Finalement, le fait de braquer une arme à feu de façon négligente, ou d'ailleurs de « viser [quelqu'un] de façon négligente » avec une telle arme, ne constitue pas une infraction prévue au par. 87(1). Cette disposition nécessite la preuve d'une intention de braquer une arme à feu sur une autre personne. Comme je l'ai indiqué, les demandeurs n'allèguent pas que M. Donovan avait l'intention de braquer une arme à feu sur M. Gillespie. Ils allèguent plutôt qu'il a fait preuve de négligence en le faisant. En définitive, il est impossible de conclure que la demande présentée contre M. Donovan est une demande fondée sur un acte criminel que l'on tente de faire passer pour une demande fondée sur la négligence.

IV. Conclusion et dispositif

[41] L'assureur appelant reconnaît que, si ce n'était de l'exclusion relative aux « actes criminels » que renferme la police, il aurait l'obligation d'assurer la défense de l'assuré intimé dans l'action principale. Je suis respectueusement d'avis que la preuve que l'appelante a produite afin d'établir que la poursuite intentée contre son assuré a trait à des pertes et dommages résultant de son acte criminel, l'homicide involontaire coupable par négligence criminelle, est inadmissible parce qu'elle est interdite par la règle 23, la voie procédurale que l'appelante a choisie pour demander que jugement soit rendu. Par ailleurs, la poursuite en question allègue simplement que l'intimé a fait preuve de négligence ordinaire relativement au décès par balle sous-jacent, dont tout nous laisse croire que le caractère non intentionnel est volontiers reconnu par l'appelante. Je suis donc respectueusement d'avis que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision dans son application de la « règle des actes de procédure ». Pour ces motifs qui sont détaillés dans le texte qui précède, la Cour a rejeté l'appel à l'audience.

[42] Je mettrai un terme aux procédures en ordonnant à l'appelante de payer les honoraires d'avocat et débours que l'intimé a engagés dans le cadre de l'appel conformément à l'ordonnance rendue devant le tribunal d'instance inférieure.