

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

157-09-CA

ECONOMICAL MUTUAL INSURANCE  
COMPANY

APPELLANT

- and -

GINETTE LAPALME

RESPONDENT

Economical Mutual Insurance Company v. Lapalme,  
2010 NBCA 87

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:  
November 27, 2009

History of Case:

Decision under appeal:  
2009 NBQB 312

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:  
[2009] N.B.J. No. 407

Appeal heard:  
March 31, 2010

Judgment rendered:  
December 2, 2010

Reasons for judgment by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Quigg

ECONOMICAL, COMPAGNIE MUTUELLE  
D'ASSURANCE

APPELANTE

- et -

GINETTE LAPALME

INTIMÉE

Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance c.  
Lapalme, 2010 NBCA 87

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 27 novembre 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2009 NBBR 312

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :  
[2009] A.N.-B. n° 407

Appel entendu :  
Le 31 mars 2010

Jugement rendu :  
Le 2 décembre 2010

Motifs de jugement :  
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:  
André G. Richard, Q.C.

For the respondent:  
Stéphane Viola

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :  
André G. Richard, c.r.

Pour l'intimée :  
Stéphane Viola

## THE COURT

Through the N.B.E.F. No. 44 endorsement, automobile insurers carrying on business in this Province provide coverage against losses sustained by an eligible claimant by reason of the fault of an underinsured motorist. While the coverage is excess to all “amounts” actually recovered by an eligible claimant from all sources, when it comes to “amounts” the eligible claimant has not actually recovered but is entitled to recover, the coverage is only excess to those “amounts” provided by a finite number of specified sources.

Under Clause 2 (“Insuring agreement”) of the NBEF 44, the insurer undertakes, subject to the endorsement’s other terms and conditions, to indemnify each eligible claimant for the compensatory damages he or she “is” legally entitled to recover from an inadequately insured motorist. In *Somersall v. Friedman*, the Supreme Court of Canada, by a majority, held the date of the motor vehicle accident giving rise to the underlying losses was the relevant date for the determination of legal entitlement to recover against the underinsured motorist for the purposes of Clause 2 under an SEF 44 endorsement. While there is no material difference between the pertinent provisions of the NBEF 44 and the SEF 44, that insured-favouring ruling is specific to Clause 2, and does not inform the interpretation of Clause 4 (“Amount Payable Per Eligible Claimant”), which provides the formula to quantify the amount payable by the NBEF 44 insurer. By that formula, the aggregate of the amounts actually recovered by the eligible claimant from all sources and the amounts he or she is entitled to recover from specified sources must be deducted from the amount of damages assessed against the inadequately insured motorist.

## LA COUR

Par l'intermédiaire de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, l'assureur automobile qui fait affaire dans notre province fournit une garantie contre les pertes que subit un demandeur admissible par la faute d'un automobiliste sous-assuré. Bien que la garantie soit complémentaire aux « sommes » que le demandeur admissible recouvre effectivement de toutes les sources, lorsqu'il s'agit des « sommes » que le demandeur admissible n'a pas effectivement recouvrées mais est en droit de recouvrer, la garantie est complémentaire aux seules « sommes » provenant d'un nombre fini de sources expressément mentionnées.

Aux termes de la clause 2 (« Nature et étendue de l'assurance ») de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, l'assureur s'engage, sous réserve des autres conditions de l'avenant, à indemniser tout demandeur admissible des dommages-intérêts compensatoires qu'il « est » en droit de recouvrer d'un automobiliste sous-assuré. Dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, la Cour suprême du Canada a, à la majorité, statué que la date de l'accident de véhicule à moteur qui donne lieu aux pertes sous-jacentes était la date à laquelle il fallait se reporter pour évaluer, pour les fins de la clause 2 d'un avenant SEF 44, le droit de recouvrement auprès de l'automobiliste sous-assuré. Quoiqu'il n'y ait pas de différences importantes entre les dispositions pertinentes de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 et celles de l'avenant SEF 44, cette décision favorable à l'assuré concerne exclusivement la clause 2 et n'éclaire pas l'interprétation de la clause 4 (« Somme payable par demandeur admissible »), laquelle énonce la formule qu'il faut utiliser pour calculer la somme que doit payer l'assureur visé à l'avenant F.A.N.-B. n° 44. Suivant cette formule, il faut soustraire des dommages-intérêts auxquels est condamné l'automobiliste sous-assuré le total des

The wording of Clauses 4 and 5(b) of the NBEF 44 confirms the relevant date for the assessment of those damages and the quantification of the deductions identified in Clause 4 is the date of adjudication of the amount payable by the insurer.

Clause 4(b)(vii), which provides for the deduction of amounts that an eligible claimant has not actually recovered but is nonetheless entitled to recover under “any policy of insurance providing disability benefits”, does not capture disability benefits under the *Canada Pension Plan*. Only actually recovered CPP disability benefits are deductible pursuant to Clause 4.

The appeal is allowed, in part. The determination made in first instance is replaced by the following: (1) Clause 4 of the NBEF 44 requires the deduction of all CPP disability benefits actually recovered by the eligible claimant, Ginette Lapalme, during the period between the accident and adjudication by a judge of the Court of Queen’s Bench of the amount payable to her under the NBEF 44; and (2) Clause 4 does not, however, provide for any other deduction of CPP disability benefits, including unrecovered pre-adjudication CPP disability benefits Ms. Lapalme is entitled to recover or CPP disability benefits she might be entitled to recover in the future.

sommes que le demandeur admissible recouvre effectivement de toutes les sources et des sommes qu’il est en droit de recouvrer de certaines sources précises. Le libellé des clauses 4 et 5b) de l’avenant F.A.N.-B. n°44 confirme que la date pertinente pour l’évaluation de ces dommages-intérêts et le calcul des déductions mentionnées à la clause 4 est la date de la décision qui détermine la somme payable par l’assureur.

La clause 4b)(vii), qui prévoit la déduction de sommes que le demandeur admissible ne recouvre pas effectivement mais qu’il est en droit de recouvrer en vertu d’«un contrat d’assurance prévoyant des prestations pour incapacité», ne s’applique pas aux prestations d’invalidité versées en vertu de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada*. Seules les prestations d’invalidité du RPC que le demandeur a effectivement recouvrées sont déductibles conformément à la clause 4.

L’appel est accueilli en partie. La décision prise en première instance est remplacée par ce qui suit : (1) aux termes de la clause 4 de l’avenant F.A.N.-B. n°44, toutes les prestations d’invalidité du RPC que la demanderesse admissible, Ginette Lapalme, aura effectivement recouvrées entre le moment de l’accident et celui où un juge de la Cour du Banc de la Reine déterminera la somme qui lui est payable en vertu de l’avenant F.A.N.-B. n° 44 doivent être déduites; et (2) la clause 4 ne prévoit pas, toutefois, la déduction d’autres prestations d’invalidité du RPC, notamment les prestations d’invalidité du RPC qui n’ont pas été recouvrées avant que la somme payable ne soit déterminée mais que M<sup>me</sup> Lapalme est en droit de recouvrer ou encore les prestations d’invalidité du RPC qu’elle pourrait être en droit de recouvrer à l’avenir.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] For several decades now, auto insurers carrying on business in this Province have provided, through an endorsement currently entitled N.B.E.F. No. 44, but previously, and still routinely, called SEF 44, “excess” insurance against losses sustained by their insured (and eligible family members) by reason of the fault of an underinsured motorist. That optional coverage is neither free nor open-ended, its availability being conditional upon payment of an extra premium and its protective umbrella extending only as far as the terms and conditions of the NBEF 44 permit. Of those terms and conditions, Clauses 2 and 4 are the most significant, at least for our present purposes.

[2] Subject to the NBEF 44’s other provisions, Clause 2 (“Insuring Agreement”) obligates the insurer to indemnify each eligible claimant for the compensatory damages he or she “is” legally entitled to recover from an inadequately insured motorist. Clause 2 of the NBEF 44 is identical to the clause (Clause 2 of the SEF 44 endorsement) that was at issue in *Somersall v. Friedman*, 2002 SCC 59, [2002] 3 S.C.R. 109. In that case, the majority held the date of the motor vehicle accident giving rise to the underlying losses was the relevant date for the determination, for Clause 2 purposes, of legal entitlement against the underinsured motorist.

[3] Clause 4 (“Amount Payable Per Eligible Claimant”) enunciates the formula to quantify the amount payable by the NBEF 44 insurer: the aggregate of the amounts actually recovered by the eligible claimant from all sources and the amounts that he or she is entitled to recover from specific sources must be deducted from the amount of damages assessed against the inadequately insured motorist. Clause 4(b)(vii) is at the heart of the present appeal: it provides for the deduction of amounts that an eligible claimant has not actually recovered but is nonetheless entitled to recover under “any

policy of insurance providing disability benefits”. While the appellant NBEF 44 insurer, Economical Mutual Insurance Co., and the respondent insured/eligible claimant, Ginette Lapalme, agree *Melanson v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 192 N.B.R. (2d) 273, [1997] N.B.J. No. 364 (C.A.) (QL) correctly holds that actually recovered Canada Pension Plan disability benefits are deductible, they clash over two affiliated questions.

[4] The first is whether the motion judge committed reversible error in determining, on the authority of *Melanson v. Co-operators*, that Economical’s right to deduct CPP disability benefits did not survive Ms. Lapalme’s amicable settlement of her action in tort against the underinsured motorist.

[5] In first instance and in its written submission on appeal, Economical contended *Somersall v. Friedman* ordains the conclusion that both legal entitlement to recover against the inadequately insured motorist (Clause 2) and the amount payable to an eligible claimant (Clause 4) stand to be determined as of the date of the accident. It would follow by extrapolation, so goes the argument, that the present day value, as of the date of the accident, of all amounts recoverable from any source is deductible under Clause 4(b). Two cases are cited in support of that most insurer-favouring interpretation: *MacNeill v. Co-operators Insurance*, 2003 PESCAD 9, [2003] P.E.I.J. No. 30 (QL), and *Campbell-MacIsaac v. Deveaux*, 2004 NSCA 87, [2004] N.S.J. No. 250 (QL).

[6] However, at the hearing of the appeal, Economical pressed a far less ambitious case for reversal: (1) the ruling in *Melanson v. Co-operators* (identifying the date of judgment in the tort action as the crystallization date for Clause 4 purposes) has no application because Ms. Lapalme’s damages have yet to be judicially assessed; and (2) Clause 4(b) dictates, if not expressly then by necessary implication, a deduction of all recovered and recoverable CPP disability benefits during the timeframe between the accident and adjudication of the amount payable under the NBEF 44. Benefits that have not actually been recovered, but are recoverable would be deductible pursuant to Clause 4(b)(vii).

[7] In the reasons that follow, I express and seek to substantiate the view that the majority in *Somersall v. Friedman* left undetermined the relevant date for the determination of the amount payable to the eligible claimant pursuant to Clause 4, including perforce the date for the application of the deductions-related provisions of Clause 4(b). I also explain why *MacNeill v. Co-operators*, *Campbell-MacIsaac v. Deveaux* and *Melanson v. Co-operators* are distinguishable and, on that basis alone, not determinative of the crystallization date for Clause 4 purposes in the case at bar. As I hope to demonstrate, Economical's broad understanding of the effect of *Somersall v. Friedman* is irreconcilable with Clause 5(b) and several key features of the deductions-related provisions of Clause 4(b). Indeed, if accepted, that understanding would, in my view, entail a major rewrite of those provisions, an outcome the majority in *Somersall v. Friedman* could not have intended. Finally, I anchor to the wording of Clauses 4 and 5(b) the conclusion that the timeframe for the application of the deductions-related provisions of Clause 4(b) is post-accident and that Economical's right to deduct actually recovered CPP disability benefits continues unabated, despite the settlement of Ms. Lapalme's action in tort, until adjudication by a judge of the Court of Queen's Bench of the amount payable under the NBEF 44.

[8] The other controversial interpretative question is whether the motion judge committed reversible error in determining that unrecovered CPP disability benefits are not deductible under Clause 4(b)(vii). Economical relies upon *Gignac v. Neufeld*, [1999] O.J. No. 1295 (C.A.) (QL) in support of reversal. While there may be a more general basis upon which to sustain the motion judge's determination on point, suffice it say that settled principles of interpretation lead me to conclude the expression "policy of insurance" in Clause 4(b)(vii) does not encompass the provisions of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, under which Ms. Lapalme accesses and might be entitled to access disability benefits. As will be seen, I find *Gignac v. Neufeld* is distinguishable and, therefore, inapplicable to the case at bar.

[9] For the reasons summarized hereinabove and fleshed out in the text that follows, I would allow the appeal, in part, and replace the determination made in first

instance with the following: (1) Clause 4 of the NBEF 44 requires the deduction of all CPP disability benefits actually recovered by Ms. Lapalme during the period between the accident and adjudication by a judge of the Court of Queen's Bench of the amount payable to her under the NBEF 44; and (2) Clause 4 does not, however, provide for any other deduction of CPP disability benefits, including unrecovered pre-adjudication CPP disability benefits that Ms. Lapalme is entitled to recover or CPP disability benefits she might be entitled to recover in the future.

## II. Background

[10] On September 25, 1997, Ms. Lapalme was injured in a two-vehicle roadway accident. On June 3, 1999, she commenced an action for damages against the driver and the registered owner of the other vehicle.

[11] On September 14, 2001, Ms. Lapalme settled her action in tort with Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada (the insurer of the other vehicle) and the defendants. While Economical was not a party to that action, it nonetheless joined in the minutes of settlement. However, and most importantly, those minutes expressly preserve Economical's right to litigate the quantum of Ms. Lapalme's damages. While the minutes also contain an acknowledgement of Economical's entitlement to contest Ms. Lapalme's allegation that her damages exceed the limit of Third Party Liability coverage under the policy issued for the other vehicle involved in the accident, it is admitted in Economical's Statement of Defence that this vehicle was an "underinsured motor vehicle".

[12] That said, the minutes of settlement begin with preambular statements, all worthy of reproduction if only for contextual purposes:

WHEREAS a motor vehicle accident occurred in the city of Moncton, New Brunswick, between Ginette Lapalme, operating a motor vehicle registered in the name of Jean Lapalme, and Sandra Young, operating a motor vehicle registered in the name of Richard Young, on September 25, 1997.

AND WHEREAS the vehicles involved in the accident referred to in the preceding paragraph were respectively insured by Economical Mutual Insurance Company for Ginette Lapalme and Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada for Sandra Young.

AND WHEREAS the policy of insurance issued by Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada on the vehicle driven by Sandra Young was issued on the basis of a misrepresentation as to the true ownership of the vehicle which was never owned by Richard Young.

AND WHEREAS the policy of insurance issued by Economical Mutual Insurance Company on the vehicle driven by Ginette Lapalme, the spouse of Jean Lapalme owner of the vehicle, also included an [NBEF] 44 – Family Protection Endorsement.

AND UPON IT APPEARING THAT Sandra Young was solely at fault for the collision which occurred on September 25, 1997 and the subsequent injuries and damages resulting therefrom.

AND UPON IT APPEARING THAT Richard Young is not an owner of the motor vehicle operated by Sandra Young, within the meaning of the word as used in the *Motor Vehicle Act* of New Brunswick, R.S.N.B. 1973, c. M-17, and in particular, section 267(1) thereof;

AND UPON IT FURTHER APPEARING THAT the total value of Ginette Lapalme's claim exceeds the Section A policy limit of the vehicle driven by Sandra Young in the amount of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00).

AND UPON IT FURTHER APPEARING THAT Sandra Young is without personal assets as confirmed by the Statement of Property and Debts (Form 74A) annexed as a schedule to these Minutes of Settlement.

AND UPON IT FURTHER APPEARING THAT Richard Young was never aware that a policy of insurance had been issued under his name as owner of the vehicle driven by his mother Sandra Young who committed the misrepresentation as to the ownership of the vehicle.



[13] As for the body of the minutes of settlement, it features a number of agreements that, like the foregoing acknowledgements and the admissions in the Statement of Defence, will ripple through the process of determination, at trial in the Court of Queen's Bench, of the amount payable to Ms. Lapalme under Clause 4 of the NBEF 44:

1. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, on its own behalf, in contemplation of the provisions of section 250 of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, and in particular subsection (1) thereof, and on behalf of the defendants, Sandra Young and Richard Young, shall pay to the plaintiff Ginette Lapalme the sum of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00), plus taxable costs and disbursements in an amount to be agreed upon between the parties within Thirty (30) days of execution of this agreement, and if no agreement is reached, upon taxation before the Clerk of the Court, Judicial District of Moncton, Trial Division;
2. The plaintiff Ginette Lapalme agrees to provide to Economical Mutual Insurance Company, within 6 months of the signing of these Minutes of Settlement, a summary of Mrs. Lapalme's total claim, including an actuarial report detailing all past and future losses of pecuniary and non-pecuniary heads of damages, if Economical Mutual Insurance Company deems the later necessary for our negotiations.
3. The plaintiff Ginette Lapalme agrees that any accrual of interest on Special Damages suffered by herself from the date of the accident to the date of trial will have to be offset (reduced) by the interest that could accrue on the policy limit of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) from the date of payment of Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada to the date of trial.
4. Economical Mutual Insurance Company waives any and all rights of subrogation, pursuant to the [NBEF] 44 – Family Protection Endorsement against the defendants, Sandra Young and Richard Young, or their respective heirs, administrators and assigns, and Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, for any payments or payments made by it, pursuant to the

[NBEF] 44 Endorsement or to the plaintiff Ginette Lapalme.

5. Despite the payment of Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, on behalf of Sandra Young, of the policy limit of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) to the plaintiff Ginette Lapalme, Economical Mutual Insurance Company will still be entitled to contest the quantum of damages claimed by Ginette Lapalme and/or that it exceeds the policy limit of the insurance policy issued to the defendant Sandra Young.
6. Economical Mutual Insurance Company consents to the execution and delivery of a Release by the plaintiff Ginette Lapalme in favour of and to the defendants, Sandra Young and Richard Young and Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, which Release will be in a form suitable to all parties and prepared by the solicitor for the Defendants in conformity with the provisions contained in these Minutes of Settlement.
7. Economical Mutual Insurance Company consents that the action commenced by the plaintiff Ginette Lapalme under court file number M/C/547/99 be discontinued and that a new action solely against Economical Mutual Insurance Company under the [NBEF] 44 – Family Protection Endorsement be commenced within 15 days of the signing of these Minutes of Settlement.
8. Furthermore, the plaintiff Ginette Lapalme agrees to proceed to an Examination for Discovery within 45 days of the filing of the Statement of Defence in the new action to be commenced against Economical Mutual Insurance Company under the [NBEF] 44 – Family Protection Endorsement.

[14]

In furtherance of paragraph 7 of the minutes, Ms. Lapalme launched the underlying action against Economical on September 25, 2001. In its Statement of Defence, which is dated November 7, 2001, Economical makes the following admissions: (1) Ms. Lapalme is an “insured person” and an “eligible claimant” within the meaning of the NBEF 44; (2) the NBEF 44 limits are \$1,000,000, exclusive of interest and costs, less the aggregate of the Clause 4(b) “amounts”; (3) Ms. Lapalme was involved in a two-

vehicle accident on September 25, 1997; (4) the other vehicle was operated by Sandra Young and owned by Richard Young; (5) the Young vehicle was an “underinsured motor vehicle”; (6) Economical was invited to participate in the proceedings and negotiations relating to Ms. Lapalme’s action against the Youngs; and (7) on September 14, 2001, Ms. Lapalme, the Youngs, Royal & Sun Alliance and Economical entered into the minutes of settlement, which resolve the action in tort and touch upon issues pertinent to the NBEF 44 action against Economical.

[15] The record is mute on whether Ms. Lapalme provided Economical with a “summary of [her] total claim” within the timeframe set by paragraph 2 of the minutes of settlement. It is likewise silent on whether she proceeded to an examination for discovery within the deadline set by paragraph 8.

[16] Moreover, no explanation has been provided for the fact that nearly a decade after it was initiated, Ms. Lapalme’s NBEF 44 action remains un-adjudicated. That said, as the pleadings currently read, neither party is charging the other with blame for that admittedly intolerably long delay. Nor is it alleged in the Statement of Claim that the minutes of settlement crystallize the amounts that go into the computation of the payout pursuant to Clause 4.

[17] Following the accident of September 25, 1997, Ms. Lapalme applied for CPP disability benefits. In April of 1999, her claim was approved, retroactive to January 1998. More than a decade later, more precisely on September 17, 2009, Economical filed a Notice of Motion seeking the determination of the following questions:

1. Are CPP Benefits, past and future, properly included in the calculation of the “aggregate amount” as set out in paragraph 4(b) of the [NBEF] 44 Family Protection Endorsement under the SPF #1, Standard Automobile Policy; and
2. Are CPP Benefits, past and future, to be deducted from the amount payable by the Defendant under

the terms of the [NBEF] 44 Family Protection Endorsement.

[18] I hasten to point out that Clause 4 does not refer to “past” and “future” benefits or “past” and “future” amounts: what it does is differentiate between amounts actually recovered by the eligible claimant and amounts he or she is entitled to recover. I also underscore the fact that the deductibility of CPP benefits pursuant to Clause 4 is the sole question at issue in these proceedings: subrogation and/or assignment of rights of action issues – one or both of which may have played a role in shaping the outcome in *MacNeill v. Co-operators* and *Campbell-MacIsaac v. Deveaux* – are not in the mix. Recall that neither issue is raised by the questions articulated in the Notice of Motion giving rise to the present appeal, a state of affairs that may be tied to, *inter alia*, the apparent inexistence of any right of action for CPP disability benefits under the *Canada Pension Plan*. As will be shown, *MacNeill v. Co-operators* and *Campbell-MacIsaac v. Deveaux* are distinguishable on another basis.

[19] The salient parts of Clause 4(a) provide that the amount payable under the NBEF 44 to any eligible claimant is to be ascertained by determining the amount of damages the eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist and deducting from that amount the aggregate of the amounts referred to in Clause 4(b). Clause 4(b) stipulates the amount payable under the NBEF 44 is excess to any amount actually recovered by the eligible claimant from any source, while Clause 4(b)(vii) goes on to provide the amount payable under the NBEF 44 is also excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover (whether such entitlement is pursued or not) from any “policy of insurance” providing disability benefits.

[20] On November 27, 2009, a judge of the Court of Queen’s Bench determined that only CPP disability benefits for the period between the accident and the September 14, 2001 minutes of settlement were deductible under Clause 4. He settled upon that cut-off date by seemingly assimilating the legal effect of the minutes of settlement to that of the judgment of the Court of Queen’s Bench upon which hinged *Melanson v. Co-operators*’ ruling respecting crystallization for Clause 4 purposes:

The *Melanson* decision was based on a finding by our Court of Appeal that the amount for which an insured is entitled to recover is determined as arising at the time the judgment is entered against the tortfeasor. [...]

The decision of our Court of Appeal was followed by the Nova Scotia [Supreme Court] in *Doran v. Commercial Union Assurance of Canada*, [2000] N.S.J. No. 24 (QL).

Subsequent to the *Melanson* decision the Supreme Court of Canada in *Somersall v. Friedman*, 2002 SCC 59, [2002] 3 S.C.R. 109 was faced with the issue of the meaning of the phrase “entitled to recover” in the context of section 2 of the SEF 44 Endorsement. In the course of the decision in that case Mr. Justice Iacobucci found that liability under the Endorsement arises when the tort occurs, regardless of the fact that the amount of damages cannot be determined at that time.

From that finding, which obviously suggests deduction of future benefits to be determined, Courts of Appeal in both Prince Edward Island and Nova Scotia have taken *Somersall* as overruling our Court of Appeal in *Melanson* by necessary implication: *MacNeill v. Co-operators Insurance*, 2003 PESCAD 9 and *Campbell-MacIsaac v. Deveaux and Lombard*, 2004 NSCA (CanLii).

The Court in *MacNeill* stated as follows:

In the face of this analysis from the Supreme Court of Canada, I do not think the decisions in *Melanson* and *Doran* can be followed. Their analyses were founded upon a determination that legal entitlement crystallized only at the time damages were assessed. Given the statements of Iacobucci J. in *Somersall v. Friedman et al.*, I am unable to accept this view of when legal entitlement crystallizes. Applying the analytical approach approved of in *Somersall v. Friedman et al.*, MacNeill’s legal entitlement to benefits from the Board crystallized at the time of his accident. Therefore, there is no basis upon which to distinguish between benefits paid up to the date of any particular judgment of the court and benefits to be paid after the date of that judgment. The legal entitlement to those benefits existed at the

date of the accident and encompasses all benefits flowing from the accident.

The Court in *Campbell-MacIsaac* dealing directly with an issue concerning future long term disability payments states as follows:

Remembering the objective of the endorsement, the words “entitled to recover” must mean and are intended to include benefits payable to the insured in the future. The inclusion of the words, in brackets “(whether such entitlement is pursued or not)” immediately after “is entitled to recover” suggests that even if the insured had not pursued the other listed sources of payment by time of trial, the insurer was nonetheless entitled to have such sum ensure to the insurer’s future benefit. The fact that by their very nature, accident benefits identified as a source under (vi) and long term disability benefits mentioned as a source under (vii) are payable in future, confirm the view that they are caught by the prospective meaning I attach to the words “is entitled to recover” in 4(b).

In my view the current position taken by the Courts of Appeal in Nova Scotia and P.E.I., is sound given the result implied by the Supreme Court of Canada in *Somersall*.

It must be recognized however that neither decision was dealing directly with CPP disability payments. It must also be noted that CPP disability payments are not specifically included in the enumerated heads to which the eligible claimant is entitled to recover under s. 4(b) of the [NBEF 44] Endorsement.

That being said, I am faced with two considerations.

First, I am bound by the judgment of our Court of Appeal in *Melanson* regardless of the persuasive authority of the Courts of Appeal in our sister Maritime Provinces.

Second, I can only follow those authorities if I am firstly satisfied that *Melanson* should be considered as overruled by the observations of the Supreme Court of Canada in *Somersall*.

*Somersall* does not specifically relate to section 4 of the SEF 44 [or the NBEF 44] Endorsement. It does not state that *Melanson* should be considered to be overruled or modified. To the extent that the decision may be taken to change the “crystallization” of entitlement from the date of the tort judgment to the date of the tort, it gives rise to the arguments that all CPP disability payments should be deducted or indeed that no CPP disability payments should be.

In any event to this point in our jurisdiction the law in New Brunswick is as is stated in *Melanson*.

The decision to restate this law as may follow the effect of the judgment of the Supreme Court of Canada in *Somersall* should rest with our Court of Appeal.

Accordingly, I am bound by the law as stated in *Melanson* and that the Plaintiff’s CPP disability benefits paid to the date of the minutes of settlement should be deducted from the amount payable to the Plaintiff under the [NBEF 44] Endorsement issued by her insurer, but any payments made subsequent to that date should not. [paras. 6-20]

[21] Economical appeals, with leave, contending the motion judge committed reversible error: (1) in failing to appreciate that *Somersall v. Friedman* effectively overruled the finding in *Melanson v. Co-operators* that the indemnity payable to an eligible claimant under Clause 4 crystallizes at the time judgment is rendered in the tort action; (2) in failing to determine the deductions required by Clause 4(b) in accordance with the majority’s reasoning in *Somersall v. Friedman*, which, Economical argues, mandates a projection into the future, as of the date of the accident, of all amounts recoverable from all sources; (3) in determining that CPP disability benefits are not deductible under Clause 4(b)(vii); and (4) in failing to distinguish *Melanson v. Co-operators* on the basis that, unlike Ms. Lapalme, the eligible claimant in that case had obtained a judgment in the Court of Queen’s Bench determining the damages he was entitled to recover against the inadequately insured motorist.

III. Key Provisions of the NBEF 44

[22] Clause 2:

2. INSURING AGREEMENT

In consideration of the premium charged and subject to the provisions hereof, it is understood and agreed that the Insurer shall indemnify each eligible claimant for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury or death sustained by an insured person by accident arising out of the use or operation of an automobile.

[23] Clause 4:

4. AMOUNT PAYABLE PER ELIGIBLE CLAIMANT

- (a) the amount payable under this endorsement to any eligible claimant shall be ascertained by determining the amount of damages the eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist and deducting from that amount the aggregate of the amounts referred to in paragraph 4(b) but in no event shall the insurer be obligated to pay any amount in excess of the limit of coverage as determined under paragraph 3 of this endorsement.
- (b) the amount payable under this endorsement to any eligible claimant is excess to any amount actually recovered by the eligible claimant from any source (other than money payable on death under a policy of insurance) and is excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover (whether such entitlement is pursued or not) from:
  - (i) the insurers of the inadequately insured motorist, and from bonds, cash deposits or other financial guarantees given on behalf of the inadequately insured motorist;



- (ii) the insurers of any person jointly liable with the inadequately insured motorist for the damages sustained by an insured person;
- (iii) the Régie de l'assurance automobile du Québec;
- (iv) an unsatisfied judgment fund or similar plan or which would have been payable by such fund or plan had this endorsement not been in effect ;
- (v) the uninsured automobile coverage of a motor vehicle liability policy;
- (vi) any automobile accident benefits plan applicable in the jurisdiction in which the accident occurred;
- (vii) any policy of insurance providing disability benefits or loss of income benefits or medical expense or rehabilitation benefits;
- (viii) any Worker's Compensation Act or similar law of the jurisdiction applicable to the injury or death sustained;
- (ix) any Family Protection Coverage of a motor vehicle liability policy.

IV. Other NBEF 44 provisions

[24]

Clause 5:

5. DETERMINATION OF THE AMOUNT AN ELIGIBLE CLAIMANT IS LEGALLY ENTITLED TO RECOVER

- a) The amount that an eligible claimant is legally entitled to recover shall be determined in accordance with the procedures set forth for determination of the issues of quantum and liability by the uninsured motorist coverage provisions of the policy.

- b) In determining the amount an eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist, issues of quantum shall be decided in accordance with the law of the province governing the policy and issues of liability shall be decided in accordance with the law of the place where the accident occurred.
- c) In determining any amounts an eligible claimant is legally entitled to recover, no amount shall be included with respect to pre-judgment interest accumulating prior to notice as required by this endorsement.
- d) In determining any amounts an eligible claimant is legally entitled to recover, no amount shall be included with respect to punitive, exemplary, aggravated or other damages the award of which is based in whole or in part on the conduct of the inadequately insured motorist or person jointly liable therewith, to the extent that the said damages are not for the purpose of compensating the eligible claimant for actually incurred losses.
- e) In determining any amounts an eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as defined in paragraph 1(e)(i), no amount shall be included with respect to costs.
- f) No findings of a Court with respect to issues of quantum or liability are binding on the insurer unless the insurer was provided with a reasonable opportunity to participate in those proceedings as a party.

[25]

Clause 6:

6. PROCEDURES

- a) The following requirements are conditions precedent to the liability of the insurer to the eligible claimant under this endorsement

- (i) The eligible claimant shall promptly give written notice, with all available particulars, of any accident involving injury or death to an insured person and of any claim made on account of the accident;
  - (ii) The eligible claimant shall, if so required, provide details of any policies of insurance, other than life insurance, to which the eligible claimant may have recourse;
  - (iii) The eligible claimant and the insured person shall submit to examination under oath, and shall produce for examination at such reasonable place and time as is designated by the insurer or its representative, all documents in their possession or control that relate to the matters in question, and they shall permit extracts and copies thereof to be made.
- b) Where an eligible claimant commences a legal action for damages for bodily injury or death against any other person owning or operating an automobile involved in the accident, a copy of the Writ of Summons or other initiating process shall be delivered or sent by registered mail immediately to the chief agency or head office of the insurer in the province together with particulars of the insurance and loss
- c) Every action or proceeding against the insurer for recovery under this endorsement shall be commenced within 12 months from the date upon which the eligible claimant or his legal representatives knew or ought to have known that the quantum of the claims with respect to an insured person exceeded the minimum limits for motor vehicle liability insurance in the jurisdiction in which the accident occurred. No action which is commenced within 2 years of the date of the accident shall be barred by this provision.

9. SUBROGATION

Where a claim is made under this endorsement, the insurer is subrogated to the rights of the eligible claimant by whom a claim is made, and may maintain an action in the name of that person against the inadequately insured motorist and the persons referred to in paragraph 4(b).

[27] Clause 10:

10. ASSIGNMENT OF RIGHTS OF ACTION

Where a payment is made under this endorsement, the insurer is entitled to receive from the eligible claimant, in consideration thereof, an assignment of all rights of action whether judgment is obtained or not, and the eligible claimant undertakes to cooperate with the insurer, except in a pecuniary way, in the pursuit of any subrogated action or any right of action so assigned.

V. Analysis and Decision

[28] As is well known, the Supreme Court of Canada has repeatedly emphasized that, although effect must be given to unequivocal contractual wording, adhesionary contracts of insurance, such as the NBEF 44, stand to be interpreted “*contra proferentum*, or in favour of the insured” where general rules of contract interpretation fail to resolve the ambiguity at the root of the dispute between the parties: *Somersall v. Friedman*, at para. 47 and *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] S.C.J. No. 33 (QL), at paras. 21-24. True ambiguities stand to be resolved against the insurer: *Canadian National Railway Co. v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2008 SCC 66, [2008] 3 S.C.R. 453, at paras. 33 and 73-75. Correlatively, coverage provisions attract a broad construction, while exclusion clauses are to be read narrowly: *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at para. 70.

[29] The NBEF 44 is a carefully drawn document. As such, it needs to be interpreted having regard to what it actually states; courts have no business rewriting the endorsement in favour of either the insurer or the insured unless, of course, a claim of rectification has been pleaded and established, which is not the case here.

[30] Clause 2 (“Insuring Agreement”) is a coverage provision: it sets out the parameters of the insurer’s basic indemnification obligation under the NBEF 44. Subject to the endorsement’s other provisions, the clause obligates the insurer to indemnify each eligible claimant for the compensatory damages he or she “is” legally entitled to recover from an inadequately insured motorist. In *Somersall v. Friedman*, the majority applied the insured-favouring principles adumbrated in the preceding paragraph and held the date of the motor vehicle accident giving rise to the underlying losses was the relevant date to determine whether the eligible claimant “is” legally entitled to recover from the inadequately insured motorist. If there is entitlement at that time, the threshold condition set by Clause 2 is met and any subsequent extinguishment of entitlement is inconsequential. Happily for the eligible claimants in *Somersall v. Friedman* (and perhaps their lawyers’ insurer), the majority’s interpretation allowed the continued prosecution of the contested SEF 44 claims. An overarching issue in the present appeal is whether that indisputably insured-favouring interpretation of Clause 2 brings about the insurer-favouring understanding and application of Clause 4 advocated by Economical.

[31] Clause 4 (“Amount Payable Per Eligible Claimant”) speaks to a matter not explicitly and specifically addressed in Clause 2: the quantification of the indemnity provided under the NBEF 44, a process that requires an assessment of damages followed by a deduction of the aggregate of amounts from collateral sources in accordance with Clause 4’s specifications. This process was not in issue in *Somersall v. Friedman*.

[32] Clause 4(a) establishes a two-step formula for the ascertainment of the amount payable under the NBEF 44.

[33] The first step is the determination of the amount of damages the eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist. Over the course of the last two decades, the Legislature of this Province has enacted a number of provisions designed to reduce the recovery that an injured party would have otherwise achieved at common law. I have in mind the following sections of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12: s. 265.2(1) (25% presumptive reduction for failure to wear seatbelt assembly); s. 265.3(1) (past loss of income limited to after-tax income); s. 265.4(1) (past loss of income reduced by payments received for loss of income under an enactment, under an income continuation benefit plan or under a sick leave plan); s. 265.5(1) (denial of pre-trial interest on non-pecuniary loss); and s. 265.21 (the conduit for capping at \$2,500 non-pecuniary general damages for some fairly serious injuries: *Fraser v. Haines*, 2008 NBCA 59, 334 N.B.R. (2d) 182, Larlee J.A. for the Court). Needless to say, those legislative alterations of the common law have increased the odds that an eligible claimant's damages will not exceed the limits of insurance available under the at-fault motorist's insurance policy. The resulting enhanced infrequency of payouts under the NBEF 44 likely goes a long way toward providing an explanation for the relatively modest premiums the endorsement has commanded to date. My point is simply this: the cost of NBEF 44 coverage ought not to produce insurer-friendly resolutions of ambiguities in the deductions-related provisions of Clause 4.

[34] The second step under Clause 4 involves the deduction of the aggregate of "amounts" from the quantum of damages the eligible claimant is entitled to recover against the inadequately insured motorist. Like standard exclusionary clauses, the deductions-related provisions of Clause 4 are designed to reduce coverage and, as such, ought, as well, to attract a narrow construction. At any rate, any true ambiguity in their wording must be resolved in favour of the insured, not the insurer: *Somersall v. Friedman*, at para. 47, and *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, at para. 70.

[35] Clause 4(b) divides the deductible "amounts" into two categories.

[36] The first consists of amounts “actually recovered” by the eligible claimant from “any source”. Only one “actually recovered” amount escapes that all-encompassing deduction requirement: a death-related payout under a policy of insurance. That exception is not in play in the present case. More pertinently, the parties are of the common view that *Melanson v. Co-operators* correctly holds that CPP disability benefits actually recovered by an eligible claimant fall within this category and are therefore deductible.

[37] The second category extends to amounts that have not been actually recovered but which the eligible claimant is entitled to recover, whether entitlement is pursued or not. Importantly for the discussion that follows, this category shows the “excess” nature of the NBEF 44 coverage is far from absolute: indeed, rather than targeting any and all sources, this category implicates only the nine sources identified in Clauses 4(b)(i) to (ix). A reminder of elementary propositions may be timely: rather than resolving genuine ambiguities in the deductions-related provisions of Clause 4(b) in favour of the insurer on the basis of the NBEF 44’s “excess” objective, it behoves courts to select among the available reasonable interpretations the one that favours the insured. After all, “it is [the business of the insurers] to see that precision and clarity are attained” (see *Halsbury’s Laws of England*, 4<sup>th</sup> ed., 2003 reissue, Vol. 25, para. 87) and the insurers settled upon wording that makes plain the NBEF 44 is not excess to all benefits from any and all other collateral sources: when it comes to amounts the eligible claimant is entitled to recover the NBEF 44 is only excess to the amounts from the sources enumerated in Clause 4(b).

[38] By virtue of Clause 4(b)(vii), one of the enumerated sources is “any policy of insurance” providing disability benefits. The present appeal raises two interpretative issues in relation to that clause.

[39] The first interpretative debate pits against one another divergent views that entail markedly different outcomes in terms of potential payout under the NBEF 44. Ms. Lapalme argues Clause 4(b) does not require the deduction of CPP disability benefits

after the settlement of her tort action, while Economical puts forward alternative submissions: first, it draws from *Somersall v. Friedman* the implicit instruction to deduct an amount equivalent to the present day value, as of the date of the accident, of all recoverable CPP disability benefits; second, it claims, at a minimum, an entitlement to deduct all CPP disability benefits Ms. Lapalme has recovered and is entitled to recover as of adjudication of the amount payable under the NBEF 44.

[40]                 However, as the panel underscored at the hearing, *Somersall v. Friedman* does not even attempt an interpretation of Clause 4, let alone its deductions-related provisions, the focus of the debate in the Supreme Court of Canada being exclusively on Clause 2. Moreover, as mentioned in my introductory remarks, Economical’s broad understanding of the effect of *Somersall v. Friedman* is disharmonious with several key features of the deductions-related provisions of Clause 4(b). Indeed, if accepted, that understanding would rewrite those provisions in favour of the insurer.

[41]                 First, it would render nugatory the “actually recovered” category of deductions: if all deductions stand to be quantified as of the date of the accident there could never be a deduction for an amount actually recovered by the eligible claimant. Yet, Clause 4(b) explicitly provides for such a deduction.

[42]                 Second, the underlined words in the phrase “the amount payable under this endorsement to any eligible claimant [...] is excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover (whether such entitlement is pursued or not)” would also become meaningless. I acknowledge that drafters do occasionally resort to superfluous words. I cite by way of example the use of the word “legally” in the phrase “is legally entitled to recover”: being entitled to recover in that context can only mean being legally entitled to recover. In that regard, it bears recording that the French version of Clause 4 equates “any amounts the eligible claimant is entitled to recover” with “aux sommes qu’il est en droit de recouvrer”. Nevertheless, as a general rule, contractual interpretation requires the attribution of meaning to each word employed by the parties (see *Art Hauser Centre Board Inc. v. Canadian Union of Public Employees Local No. 882*, 2008 SKCA 121,



[2008] S.J. No. 574 (QL)). Correlatively, every word in a contract is “presumed to have meaning” (see *Hanna Collision Repair (1984) Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2009 BCSC 1200, [2009] B.C.J. No. 1758 (QL), *Pass Creek Enterprises Ltd. v. Kootenay Custom Log Sort Ltd.*, 2003 BCCA 580, [2003] B.C.J. No. 2508 (QL), *Scanlon v. Castlepoint Development Corp.*, [1992] O.J. No. 2692 (C.A.)(QL) at para. 89, *National Trust Co. v. Mead*, [1990] 2 S.C.R. 410, [1990] S.C.J. No. 76 (QL) at para. 26, and *Robichaud et al. v. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée et al.*, 2008 NBCA 12, 328 N.B.R. (2d) 205, at para. 32). The drafters of Clause 4(b) would not have addressed the issue of pursuing entitlement to unrecovered amounts if they intended deductions to be quantified as of the occurrence of the loss-causing accident: needless to say, at that moment, the pursuit of entitlement is hardly a realistic possibility.

[43] Third, any deduction, whether under the first or second category, would not be for “amounts” actually recovered or “amounts” the eligible claimant is entitled to recover, but for the present day value (as of the date of the accident) of those amounts. Clause 4(b) provides for the deduction of the aggregate of “amounts” actually recovered and “amounts” the eligible claimant is entitled to recover, not the value of those amounts as of a moment previous to their due date.

[44] The second interpretative issue is whether CPP disability benefits that have not been actually recovered may nonetheless qualify for deduction under Clause 4(b)(vii) as “amounts the eligible claimant is entitled to recover [under ...] any policy of insurance providing disability benefits”. In support of an affirmative answer, Economical relies upon *Gignac v. Neufeld*, which is reviewed in greater depth at paragraphs 82-88. I do not doubt for a moment that the Ontario Court of Appeal rightly decided the Ontario Legislature intended to cover CPP disability benefits by its resort to the expression “policy of insurance” in the statutory provision at issue in *Gignac v. Neufeld*. Obviously, that decision, while not binding, would be a formidable ally to Economical should its context and the present one be materially similar. However, the debate in this case is materially dissimilar to the one settled by *Gignac v. Neufeld*: the issue here is whether CPP disability benefits are provided under a “policy of insurance” for Clause 4(b)(vii)

purposes. If they are not, it will be unnecessary to determine the broader question of whether Clause 4 catches any future disability benefit. The discussion on point will need to take account of the jurisprudence opposed to the recognition of a present enforceable right to future disability benefits. Entitlement to those benefits is invariably conditional upon the insured meeting qualifying conditions which only arise during the future period to which the benefit relates. On that score, I do wish to draw attention to the following observation in Norwood & Weir, *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 3<sup>rd</sup> ed. (Toronto: Carswell, 2002):

[...] there can be no finding of liability for *future* disability against the insurer which provides disability insurance coverage, since disability is a matter of proof which remains with the insured to demonstrate from time to time on an ongoing basis. [p. 479]

[Emphasis in original.]

The ruling in *Melanson v. Co-operators* confirming the non-deductibility of future disability benefits under Clause 4(b) is consonant with that statement of the law.

A. *The minutes of settlement as the cut-off event for the deduction of CPP benefits “actually recovered”*

[45] It is common ground that Ms. Lapalme received CPP disability benefits both before and after the execution of the minutes of settlement. As I understand the record, it is also conceded she has received all of the CPP disability benefits to which she is currently entitled. That said, there is no guarantee she will continue to receive those benefits between now and the trial, and thereafter.

[46] As mentioned, Ms. Lapalme contends this Court’s decision in *Melanson v. Co-operators* forecloses Economical’s claimed entitlement to a deduction of the CPP disability benefits received post-settlement, a view that prevailed in first instance. For its part, Economical argues in its written submission that *Somersall v. Friedman* “extinguishes the rationale for any distinction between past and future CPP benefits”.

This would be so because the majority in *Somersall v. Friedman* found “the conditions for an insured’s entitlement under an SEF 44 Endorsement are satisfied at the time the tort occurs”. Economical goes on to rely upon *MacNeill v. Co-operators* and *Campbell-MacIsaac v. Deveaux* for the contention it is entitled to deduct both “past and future” CPP disability benefits. I respectfully disagree with both Ms. Lapalme’s and Economical’s submission.

[47] As underscored at paragraph 18, Clause 4 does not refer to “past” and “future” benefits or “past” and “future” amounts. It differentiates amounts actually recovered by the eligible claimant and amounts he or she is entitled to recover. Clause 5 of the NBEF 44 (“Determination of the amount an eligible claimant is legally entitled to recover”) provides the general procedural framework for the determination of the amount an eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist.

[48] Under Clause 5(a), the amount an eligible claimant is legally entitled to recover stands to be determined in accordance with the procedures for the determination of the issues of quantum and liability set forth in Section D (uninsured motorist coverage). Those procedures are found in Clause 5 of Section D (“Determination of Legal Liability and Amount of Damages”) and contemplate two vehicles for the resolution of any disagreement. The first is arbitration, in which case the *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A-10.1 applies. The second is through an action by the eligible claimant against the insurer in the Court of Queen’s Bench of New Brunswick. I note parenthetically that Clause 5(3) of Section D states an insurer may, in its defence to that action, contest the issue of the legal entitlement of the claimant to recover damages or the amount of damages payable, “only if such issue has not already been determined in a contested action in The Court of Queen’s Bench of New Brunswick”. This provision may need to be read in conjunction with Clause 5(f) of the NBEF 44 so that the insurer would only be bound by the determinations of the Court of Queen’s Bench with respect to liability and quantum if it was provided a reasonable opportunity to participate in the action as a party. In the case at bar, there has been no determination of the Court of Queen’s Bench with respect to quantum.

[49] In my view, the finding in *Melanson v. Co-operators* regarding the date of crystallization is tethered to the prior judicial determination of Ms. Melanson's accident-related damages. Ms. Lapalme's damages were not determined by the minutes of settlement and they have yet to be quantified by a judge of the Court of Queen's Bench. That being so, the crystallization finding in *Melanson v. Co-operators* is not determinative of the present controversy and a discussion of that finding's correctness will await a case on all fours. It should go without saying that any debate on point will require close scrutiny of all pertinent NBEF 44 provisions, including, in particular, Clause 5(f), which went unmentioned in *Melanson v. Co-operators*. Be that as it may, by the underlying action she launched in the Court of Queen's Bench, Ms. Lapalme chose the process provided by Clause 5(1)(c) of Section D: it will be up to the Court of Queen's Bench to determine liability and quantum in accordance with the NBEF 44's terms and conditions.

[50] Clause 5(b) of the NBEF 44 provides that "[i]n determining the amount an eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist, [the issue] of quantum shall be decided in accordance with the law of the province governing the policy". That law is the law of the Province of New Brunswick. Thus, Clause 4 contemplates the unfolding of a longstanding process applied in metronome-like fashion by the litigation bar and judges of this Province, one that involves the determination of "the amount of damages payable" (see Clause 5(3)(b) of Section D) as of the date of adjudication. In this Province, pecuniary losses incurred prior to adjudication are to be awarded as special damages, while the present day value (as of the date of adjudication) of subsequent pecuniary losses is allowed for pecuniary general damages (see *Vincent v. Abu-Bakare*, 2003 NBCA 42, 259 N.B.R. (2d) 66). Special damages must be quantified "down to the time of assessment" (Rule 54.10(1) of the *Rules of Court*) while general damages, both pecuniary and non-pecuniary, are quantified as of the time of assessment/adjudication. With respect to special damages, the foregoing requirement applies in all cases, including those where damages are to be assessed in respect of any

continuing cause of action, repeated breaches of recurring obligations and intermittent breaches of a continuing obligation (see Rule 54.10(1)).

[51] Of course, in this jurisdiction, quantification itself is incomplete without certain deductions for payments from a variety of collateral sources. Thus, for example, no-fault benefits received or available under Section B are quantified and deducted as of the date of adjudication, as is the case for payments received for “past” loss of income under an enactment or under an income continuation benefit plan, payments received for loss of earning capacity under a policy of disability insurance and payments received under a sick leave plan (see ss. 263(2) and 265.4(1) of the *Insurance Act*). I am unable to find anything in the wording of the NBEF 44 to support the theory that its drafters intended to derogate from the commonly applied approach and to require the decision-maker under Clause 5 to quantify, as of a moment other than adjudication, damages (including the deductions from collateral sources required by statute and at common law) and deductions pursuant to Clause 4. In fact, the wording of Clause 5(b), read contextually, contradicts that theory.

[52] The right or entitlement to compensatory damages may well have arisen upon the accident’s occurrence, but their quantum stands to be fixed as of the date of adjudication. And, as I have indicated, the minutes of settlement do not purport to amend the NBEF 44 in any related way.

[53] Indeed, the minutes do not record any definitive agreement on the quantum of Ms. Lapalme’s damages, let alone a consensus on the amount payable to her under Clause 4 of the NBEF 44. Paragraph 5 of the minutes is on point and reads as follows:

Despite the payment by Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, on behalf of Sandra Young, of the policy limit of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) to the plaintiff Ginette Lapalme, Economical Mutual Insurance Company will still be entitled to contest the quantum of damages claimed by Ginette Lapalme

and/or that it exceeds the policy limit of the insurance policy issued to the defendant Sandra Young.

[54] That being so, I see no basis for the conclusion that CPP disability benefits received after the minutes of settlement are not deductible pursuant of Clause 4. On that question, I am in substantial agreement with the views expressed by Economical in the following excerpt from its written submission on appeal:

[33] The use of the past tense in the wording “amounts actually recovered” must refer to one of three dates: the date of the accident, the date of [settlement], or the date of the [NBEF] 44 judgment. The first of these possibilities is illogical. The purpose of an [NBEF] 44 Endorsement is to indemnify claimants for damages sustained in motor vehicle accidents when the wrongdoer is underinsured (*Somersall* at para 17.). As such, when the phrase “any amount actually recovered” is read in the context of the entire Endorsement, it can only refer to amounts recovered in relation to the motor vehicle accident. These amounts must therefore be recovered after the accident; it would be nonsensical for the Endorsement to refer to compensation that was recovered with respect to an accident prior to its occurrence.

[34] The second possibility, that “amounts actually recovered” refers to the date of [settlement], appears incorrect once it is accepted that the [critical date for entitlement purposes] is the date of the accident. If the insured’s entitlement under the [NBEF] 44 Endorsement is activated at the time of the accident and is definitely quantified at the date of the [NBEF] 44 judgment, there is no reason to interpret subsection 4(b) with reference to the date of [settlement]. Rather, a more intuitive reading of subsection 4(b) would be to assess “amounts actually recovered” at the time of the [NBEF] 44 judgment when the extent of the insurer’s liability under the Endorsement is finally determined.

[55] That brings me to a consideration of the two cases Economical relied upon in its written submission to argue the aggregate of all “past and future” amounts stands to be quantified as of the date of the accident.

[56] In *MacNeill v. Co-operators*, the parties applied by stated case for the determination of questions of law regarding the operation of Prince Edward Island’s workers’ compensation legislation with respect to the plaintiff’s SEF 44 claim. Stephen MacNeill was injured when the vehicle he was operating collided with a vehicle operated by Raymond Wright. The vehicle driven by Mr. MacNeill was owned by his employer and insured by Co-operators Insurance through a policy with an SEF 44. Mr. MacNeill sued Mr. Wright in tort and Co-operators for indemnification pursuant to the SEF 44. Upon Mr. Wright’s death, his estate was added as a party. The Third Party Liability limit under the policy covering the Wright vehicle was \$200,000, while Co-operators’ maximum exposure under the SEF 44 stood at \$1,000,000.

[57] As the collision occurred in the course of his employment, Mr. MacNeill received workers’ compensation benefits while he recovered from his injuries. Sometime after the accident, the P.E.I. Legislature repealed the workers’ compensation statute then in effect and replaced it with the *Workers Compensation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. W-7.1. That *Act* featured a new provision by which a worker injured in a motor vehicle accident was deemed not to be entitled to benefits under the *Act* for the purposes of the *Insurance Act* of Prince Edward Island or for the purposes of any contract of insurance in place on the date of the accident. Prior to this amendment, SEF 44 insurers were allowed to deduct, pursuant to Clause 4, workers’ compensation benefits.

[58] Co-operators took the position the amendment did not apply retroactively and that it was entitled to deduct not only actually recovered benefits but, as well, the present value of the stream of benefits that might be paid to Mr. MacNeill into the future. For their part, Mr. MacNeill and the Workers Compensation Board contended the new provision applied to the case and, in any event, there could be no deduction under the SEF 44 because Mr. MacNeill’s damages had yet to be determined and, as a result, he

was not “legally entitled to recover” (within the meaning of Clauses 2 and 4) against Mr. Wright’s estate. The Board also asserted a right of subrogation against amounts payable to Mr. MacNeill under the SEF 44.

[59] In first instance, the Court ruled rights under the SEF 44 accrued upon the happening of the accident and, therefore, before the adoption of the new *Act*, which was not to be applied retroactively. In the Court’s view, Co-operators could deduct the workers’ compensation payments, including future payments, and neither the SEF 44 nor the *Act* gave the Board subrogation rights with respect to amounts payable under the SEF 44.

[60] On the Board’s appeal and Mr. MacNeill’s cross-appeal, the judgment in first instance was affirmed. In the view of the Appeal Division of the Prince Edward Island Supreme Court, the SEF 44 insurer’s right to deduct the worker’s compensation benefits was contained in Clause 4(b)(viii) and included all benefits arising as a result of the accident, which included the future stream of benefits proven to be payable to Mr. MacNeill. The Court’s take on the effect of *Somersall v. Friedman* lies at the heart of the rationale for that view:

[...] the analysis of Iacobucci J. in *Somersall v. Friedman* regarding the crystallization of the legal entitlement to recover damages is also relevant to, and I think decisive of, the particular issue of whether or not future benefits are included within the amount MacNeil is entitled to recover from the Workers Compensation Board.

As noted earlier, the S.E.F. 44 endorsement provides:

4. AMOUNT PAYABLE PER ELIGIBLE CLAIMANT

.....

(b) The amount payable under this endorsement to any eligible claimant is excess to any amount actually recovered by the eligible claimant from any source (other than money payable on death under a policy of insurance) and is excess to any amounts



the eligible claimant is entitled to recover  
(whether such entitlement is pursued or not)  
from: ....

(viii) any *Worker's Compensation Act*  
or similar law of the jurisdiction  
applicable to the injury or death  
sustained; ... (Emphasis added)

The amount payable by the insurer is therefore excess to any amounts MacNeill is "entitled to recover" from the Workers Compensation Board whether or not MacNeill pursues that entitlement.

The references made to the case of *Somersall v. Friedman* in connection with the first question put to this court are relevant to the second question because the analysis in connection with question 1(i) was with respect to the meaning of the phrase "legally entitled to recover" in the context of an S.E.F. 44 endorsement. As stated earlier, Iacobucci J. clearly found legal entitlement to recover relates to the time of the actual event giving rise to the claim. The legal entitlement crystallizes as of the date of that event. Such entitlement does not await any determination of quantum of damages or even a determination of whether or not there was an uninsured or underinsured motorist. The legal entitlement comes into being at the time of the accident. As counsel for the insured pointed out, after all the evidence is in, the quantum of the entitlement may be zero but that does not alter the fact that the legal entitlement crystallizes at the time the event giving rise to the injury occurs.

In the face of this analysis from the Supreme Court of Canada, I do not think the decisions in *Melanson* and *Doran* can be followed. Their analyses were founded upon a determination that legal entitlement crystallized only at the time damages were assessed. Given the statements of Iacobucci J. in *Somersall v. Friedman*, I am unable to accept this view of when legal entitlement crystallizes. Applying the analytical approach approved of in *Somersall v. Friedman*, MacNeill's legal entitlement to benefits from the Board crystallized at the time of his accident.

Therefore, there is no basis upon which to distinguish between benefits paid up to the date of any particular

judgment of the court and benefits to be paid after the date of that judgment. The legal entitlement to those benefits existed at the date of the accident and encompasses all benefits flowing from the accident.

As a result, the insurer's right to deduct workers' compensation benefits payable to injured workers includes the right to deduct the present value of the future stream of workers' compensation benefits payable to the worker, because the worker is entitled to recover those benefits as of the date of the accident. However, the question put to this court asks about future benefits which "might" be paid as opposed to future benefits that "will" be paid.

There is no question that the onus of proof is on the insurer to prove that there is a future stream of workers' compensation benefits payable to the injured worker before any deduction can be made for the present value of these benefits.

With respect to the issue of the degree of probability required to meet that onus of proof, I agree with the comments of McQuaid J.A. that this matter was not argued before us and so should not be decided at this time.

The answer to the question put to the court is: the insurer may deduct the present value of the future stream of benefits to which the worker has been proven to be entitled.  
[paras. 56-65]

[Emphasis added.]

[61] The Court went on to hold the Board was not entitled to subrogation with respect to amounts payable under the SEF 44, its right of subrogation extending only to Mr. MacNeill's action against the tortfeasor, Mr. Wright.

[62] In the result, "the present value of the future stream of benefits to which [Mr. MacNeill] has been proven to be entitled" (para. 65) was left undetermined. The Court also declined to identify the standard of proof applicable to that entitlement.

[63] In *Campbell-MacIsaac v. Deveaux*, the plaintiff, Dr. Katherine Campbell-MacIsaac, suffered debilitating injuries in a two-vehicle accident in 1995. She had

previously procured ample insurance coverage in the event she became disabled and was prevented from practicing her chosen profession, dentistry: (1) SEF 44 coverage of \$2,000,000 with her own automobile insurer, Lombard Insurance Company, which was increased to \$6,000,000 pursuant to a Personal Umbrella Liability policy; and (2) a long term disability policy with Canada Life providing monthly benefits of \$5,400 (indexed) for as long as she was unable to work as a dentist, whether or not she was able to earn income from another occupation. Dr. Campbell-MacIsaac brought an action for compensation against her SEF 44 insurer, Lombard Insurance Company, and the other driver, Lisa Deveaux. At trial, Ms. Deveaux admitted liability and Dr. Campbell-MacIsaac's damages were assessed at \$2,714,564.90 (see *Campbell-MacIsaac v. Deveaux*, 2003 NSSC 111, [2003] N.S.J. No. 170 (QL), para. 253).

[64] Ms. Deveaux' insurer paid \$972,826, the balance of its third party liability limit of \$1,000,000. The evidence at trial showed Dr. Campbell-MacIsaac had received \$55,720 in Section B weekly indemnity benefits and \$567,514 in LTD benefits; it also established a present value of \$79,741 and \$1,216,643 for future Section B weekly indemnity benefits and LTD benefits, respectively.

[65] At trial, Lombard Insurance argued Clause 4 of the SEF 44 provided for the deduction of any amount Dr. Campbell-MacIsaac received for LTD benefits up to the date of trial, and the present value of future LTD benefits. Those arguments were rejected by the trial judge on the basis of the collateral benefits rule (a tortfeasor is not credited with the value of private insurance benefits obtained by the insured/plaintiff through his or her own insurer). Lombard Insurance appealed that rejection, among other decisions rendered at trial.

[66] The Nova Scotia Court of Appeal found the collateral benefits rule has no application in a case involving a first party contractual dispute between an insured and an insurer and concluded, after reviewing *Somersall v. Friedman* and *MacNeill v. Co-operators*, there is no basis upon which to distinguish between benefits paid up to the date of trial and benefits payable post-trial:

As 4(b) makes clear, Lombard's promise to cover the "amount payable" under the endorsement is considered to be "excess" to whatever amounts are "actually recovered" or might spring from sources from which she is "entitled to recover." Remembering the objective of the endorsement, the words "entitled to recover" must mean and are intended to include benefits payable to the insured in the future. The inclusion of the words, in brackets "(whether such entitlement is pursued or not)" immediately after "is entitled to recover" suggests that even if the insured had not pursued the other listed sources of payment by time of trial, the insurer was nonetheless entitled to have such sum enure to the insurer's future benefit. The fact that by their very nature, accident benefits identified as a source under (vi) and long term disability benefits mentioned as a source under (vii) are payable in future, confirm the view that they are caught by the prospective meaning I attach to the words "is entitled to recover" in 4(b).

To conclude on this point, leaving aside sums to be set off as falling into the category of "actually recovered" and about which, accordingly, there may be no dispute, I am of the opinion that upon proof of present entitlement, the words "entitled to recover" encompass both benefits payable to the insured in future, and equally to past benefits to which the insured was entitled, but which have not yet been received.

Such an interpretation reflects the excess coverage protection intended by the SEF 44 endorsement for damages not recoverable from the inadequately insured motorist, but not in a way that would enable the plaintiff to obtain a profit or windfall at the insurer's expense. Any other interpretation would in my view render meaningless and would not reflect the true intent of the parties when they entered into this contract of insurance. Accordingly, I would direct that the earlier decision of Wright, J., for the Nova Scotia Supreme Court in *Doran v. Commercial Union Assurance Co. of Canada* (2000), 182 N.S.R. (2d) 329, decided without benefit of the Supreme Court of Canada's subsequent decision in *Somersall, supra*, is wrongly decided and is therefore overruled.

Before leaving the question let me say that I share the point made by Webber, J.A., in *MacNeill v. Co-Operators General Insurance Co.*, (2003), 224 D.L.R. (4th) 385

(P.E.I.C.A.) when, in considering the application of the SEF 44 endorsement in that case, she said at para 61:

Therefore, there is no basis upon which to distinguish between benefits paid up to the date of any particular judgment of the court and benefits to be paid after the date of that judgment. The legal entitlement to those benefits existed at the date of the accident and encompasses all benefits flowing from the accident.

In summary then, I find that the stream of LTD benefits to which Dr. Campbell-MacIsaac is entitled at the time of judgment, staggered as it is over time, must upon receipt by Dr. Campbell-MacIsaac, be factored to the credit of Lombard in calculating its liability to Dr. Campbell-MacIsaac under the SEF 44 endorsement. [paras. 76-80]

[67] The Court then grappled with the thorny question of giving practical effect to its finding. It discerned significant problems with Lombard Insurance's suggestion that it be allowed to deduct the present value of future LTD benefits from the award of damages against Ms. Deveaux:

The next question is the mechanism by which that accounting in favour of the SEF 44 insurer ought to be conducted.

One method would be to attempt to calculate the present value of future benefits and permit the insurer Lombard to deduct that sum from Dr. Campbell-MacIsaac's total damage award at trial. In my opinion there are problems with such an approach. Under the terms of her contract with Canada Life, Dr. Campbell-MacIsaac is entitled to a future stream of long term disability benefits to age 65 for loss of income due to disability for as long as she continues to meet the policy definitions and requirements. In her case, by virtue of the "own occupation rider," Dr. Campbell-MacIsaac's "disability" and therefore entitlement to future benefits is defined as:

You are unable to perform the important duties of your regular occupation whether or not this results in a Loss of Earned Income.

Thus, Dr. Campbell-MacIsaac's LTD benefits will continue as long as Canada Life is satisfied or, in the event of a dispute between Canada Life and Dr. Campbell-MacIsaac, a court determines, that her condition and on-going disability satisfy the policy requirement. We were advised at the hearing that this entails an on-going assessment apparently subject to at least semi-annual reviews undertaken by Canada Life officials and its medical advisors.

Thus, while under those circumstances just described, Dr. Campbell-MacIsaac is entitled to a future stream of long term disability benefits, she is by no means entitled to "the present value" of such a stream. Put simply, she would have no right to insist that Canada Life provide her with a cheque representing the present value of her LTD benefits payable to age 65. If Dr. Campbell-MacIsaac has no such immediate entitlement to such an amount, it can hardly be right that Lombard could seek to acquire to its benefit that same present value, a very significant amount of money.

Other problems surround the required standard of proof if one were to adopt such an approach. These were noted by McQuaid, J.A., in separate reasons in *MacNeill v. Co-Operators, supra* (to which part the majority concurred) where he said at paragraphs 89-91:

89 Because of the wording of the question posed, the issue of the onus of proof was not argued before us. The question appears to imply the Co-operators may deduct the present value of the future stream of benefits he "might" be entitled to receive. This may be setting the degree of probability within the civil standard of proof at too low a level.

90 It is well accepted there are degrees of probability within the civil standard of proof. Some events are more probable than others and the consequences which flow from some decisions are more important than others. See: *Director of Child Welfare v. Victor and Victor* (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 81 (P.E.I.S.C.A.D.); *Prince Edward Island (Director of Child Welfare) v. N.W.* (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 241 at para 10 (P.E.I.S.C.A.D.).

91 When a defendant seeks to deduct from the amount he is presently obligated to pay a plaintiff, the present value of the future stream of benefits to which the plaintiff may be otherwise entitled, courts have required the defendant to prove the plaintiff's future entitlement on a very high degree of probability. See: *Chrappa v. Ohm* (1997), 38 O.R. (3d) 651; and *Bannon et al. v. McNeely et al.* (1997), 38 O.R. (3d) 659. At this time, I would not be prepared to decide whether the same high degree of probability is required where an S.E.F. insurer seeks to deduct from the amount of excess insurance due and payable the present value of the future stream of workers compensation benefits. However, I am also not prepared to simply say the standard is proof on a balance of probabilities.

Similarly, in this case the question of standard of proof was neither argued fully before us, nor did it feature prominently in the reasons of the trial judge, given the approach he took in applying the collateral benefits rule.

Other uncertainties militate against such an approach. All actuarial calculations contain assumptions about the future which may or may not prove to be accurate and therefore introduce the risk that the amount set off as a present value will not reflect the amount ultimately received. There is no reason arising from the text of the endorsement, or in policy, to expose Dr. Campbell-MacIsaac to this risk.

I would reject Lombard's suggestion that in assigning to its credit Dr. Campbell-MacIsaac's LTD benefits there should also be an allowance for interest in its favour. Lombard obtains to its credit what its insured is entitled to receive, nothing more. Interest is not to be included. [paras. 81-87]

[68] Ultimately, the Court could not determine “what approach might be most appropriate and fair to the parties” (para. 88) and it referred back to the trial judge the question of “how Dr. Campbell-McIsaac’s future long term disability benefits with Canada Life might best be taken into account in assessing the liability of Lombard to provide excess coverage for damages not recoverable from the tortfeasor” (para. 88). The Court then went on to consider the effect of Clauses 9 (subrogation) and 10 (assignment of rights of action).

[69] Obviously, once it is accepted that the expression “entitled to recover” covers future “amounts” from the sources enumerated in Clause 4(b), the determination of the amount payable to an eligible claimant becomes complex and very problematic. As a consequence, the NBEF 44 becomes a user-unfriendly document and it is difficult to imagine a determination of the amount payable to an eligible claimant without a battle between actuaries and protracted litigation. As a practical matter, eligible claimants are likely to be deterred from pressing claims that might well be meritorious.

[70] Be that as it may, in both *Campbell-MacIsaac v. Deveaux* and *MacNeill v. Co-operators*, the sources for the amounts in dispute were explicitly mentioned in Clauses 4(b)(vii) (policy of insurance providing disability benefits) and 4(b)(viii) (workers’ compensation benefits), respectively. If Clause 4 provides for the deduction of amounts actually recovered and amounts recoverable, both past and future, it is but a short leap to the conclusion that, where one of the nine enumerated sources is involved, the crystallization date is relatively inconsequential. However, and with the greatest respect for those who espouse the contrary view, I am unable to accept the proposition that *Somersall v. Friedman* obliterates the distinction between amounts actually recovered and amounts the eligible claimant is entitled to recover.

[71] Fortuitously, we need not determine: (1) whether the phrase “entitled to recover” covers “future” benefits which the eligible claimant will be legally entitled to recover only if he or she meets qualifying conditions that will only arise during the future period to which the benefit relates; and (2) the true scope of the subrogation clause (Clause 9) and the assignment of rights of action clause (Clause 10). Nonetheless, it bears recalling that the subrogation rights conferred by Clause 9 relate only to an action against the inadequately insured motorist and persons referred to in Clause 4(b). As for Clause 10, its application appears to be triggered only after the quantification under Clause 4 has taken place and payment is made under the NBEF 44. It may be that the scope of those provisions is quite constrained (e.g. permitting the NBEF insurer to litigate against a third party source, instead of its insured/eligible claimant, the issue of his or her entitlement to amounts that have not been actually recovered). I now turn to what was described earlier



as an overarching issue in this appeal, namely whether *Somersall v. Friedman*'s insured-favouring interpretation of Clause 2 compels the insurer-friendly understanding and application of Clause 4 advocated by Economical.

[72] In *Somersall v. Friedman*, the plaintiffs, Pearl and Gwendolyn Somersall, were injured in a motor vehicle accident with an underinsured motorist, Jerry Friedman. Another plaintiff, Janice Somersall, claimed losses as a dependant under s. 61 of Ontario's *Family Law Act*. After filing their statement of claim, the Somersalls entered into an agreement ("Limits Agreement") with Mr. Friedman, without notice to their SEF 44 insurer, Scottish & York Insurance Co. Ltd., whereby he admitted liability, his insurer undertook to make an advance payment of \$50,000 and the Somersalls agreed not to make a claim against him in excess of his Third Party Liability coverage of \$200,000. Subsequently, Scottish & York was joined to the action as a defendant, the Somersalls claiming payment of the remainder of their damages after having recovered as much as they could from Mr. Friedman's insurer.

[73] When Mr. Friedman pleaded the Limits Agreement in answer to its cross-claim, Scottish & York moved for a determination of the following question: "Does the [Limits Agreement] preclude the plaintiffs from advancing a claim against Scottish & York pursuant to the underinsured motorist provisions of its policy [SEF 44]?" No other determination was sought. More specifically, Scottish & York did not ask the court to determine the cut-off date under Clause 4(b). The narrow issue before the courts of Ontario and, eventually, the Supreme Court of Canada is stated in these terms by Iacobucci J., for the majority: "Does the Limits Agreement entered into between the [Somersalls and Mr. Friedman] preclude the claim of the [Somersalls] for compensation under the SEF 44 endorsement against [Scottish & York]?" (para. 8) [emphasis added]. The answer to that question turned on the interpretation of Clause 2 and more specifically the meaning of the underlined phrase:

## 2. INSURING AGREEMENT

In consideration of the premium charged and subject to the provisions hereof, it is understood and agreed that the Insurer shall indemnify each eligible claimant for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury or death sustained by an insured person by accident arising out of the use or operation of an automobile.

[Underlining added.]

[74] The motion judge ruled the Somersalls could not make a claim against Scottish & York pursuant to the SEF 44 because of the explicit condition in Clause 2 that the claimant be legally entitled to recover against the inadequately insured motorist. In the motion judge's view, that condition meant an insured had to have a legally enforceable right to recover compensatory damages from the tortfeasor in an amount that exceeded the latter's insurance limits in order to make a claim under the SEF 44. That right was extinguished when the Limits Agreement was executed.

[75] The Somersalls' appeal to the Ontario Court of Appeal was allowed. In that Court's view, the Limits Agreement did not bar the Somersalls' claims against Scottish & York. In order to be eligible for coverage, all the Somersalls had to prove was that Mr. Friedman was at fault and the quantum of damages caused by that fault. Moreover, the Limits Agreement did not materially interfere with Scottish & York's rights of subrogation against Mr. Friedman. Scottish & York appealed.

[76] In the Supreme Court of Canada, the majority (5:2) concluded the Limits Agreement had no bearing on the Somersalls' legal entitlement to recover compensatory damages from Mr. Friedman at the time of the accident, which was the relevant time for determination of that entitlement under Clause 2. Moreover, the evidence did not establish the Somersalls had interfered with their insurer's right of subrogation to such an extent as to cause the latter to suffer a meaningful loss. However, as mentioned, neither the majority nor the minority discussed, let alone interpreted the provisions of Clause 4

requiring certain deductions from the amount of damages the eligible claimant is entitled to recover from the inadequately insured motorist.

[77] With respect to the scope and meaning of Clause 2, Justice Iacobucci made the following observations on behalf of the majority:

The interpretation put on the words, “legally entitled to recover”, by the Ontario Court of Appeal appears to suggest that, because only fault and damages need be proven, the phrase only encompasses substantive tort law. On this approach, limitation periods and potentially the Limits Agreement, are excluded simply because the phrase intends to refer only to the substantive law of tort, not procedural laws, waivers, and whatever other specific rules, laws or contracts interfere with the actual pursuit of the tortfeasor. However, this view is seemingly incompatible with comments such as those of Charron J.A. in the present case, which indicate that “all applicable laws” govern the plaintiff’s legal entitlement to recover damages under the SEF 44.

In my view, these comments get to the underlying truth of the matter. The real question is not which [emphasis in original] laws are applicable, as a matter of principle, in the determination of legal entitlement to recover damages. All laws in force that are relevant to the legal entitlement must be considered in order to determine whether the entitlement exists. The question is, rather, to what point in time we ought to look in order to make the determination. A consideration of which particular laws and obligations are in force at the relevant time will determine whether or not the plaintiff was, at the relevant time, legally entitled to recover in light of all applicable law.

Clause 2 of the SEF 44 Endorsement states that “the Insurer shall indemnify [the insured] for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover” from the inadequately insured tortfeasor. My colleague Binnie J. stresses the present tense use in “is [emphasis in original] legally entitled to recover” and says that if there is in the present no liability on the part of the alleged tortfeasor, the insurer was not obliged to make payment. I disagree that the present tense is of such significance. The section cannot require the judge to make a moment-by-moment

determination of legal entitlement. Whether he looks to the time the claim is made, the time the action is brought, or the time of the accident, the determination of legal entitlement is a retrospective exercise.

Thus, it must be decided at which [emphasis in original] point in the past the inquiry must be conducted on the best reading of the contract. The language of clause 2, in my view, clearly makes the time at which the insurer becomes subject to making the indemnity payment contemporaneous with the time at which the insured must be legally entitled to recover. Whenever the insurer, under the contract, “shall indemnify”, i.e., whenever the insurer’s obligation comes into being, whatever legal entitlement there “is” at that time is the amount that the insurer must pay by way of indemnification.

The question, therefore, is when the obligation to indemnify comes into being. In my view, the answer must be that the insurer becomes obliged to make the payment the moment the claim of the insured against the tortfeasor comes into being, that is, at the time of the accident. At that moment, all of the conditions set out in the SEF 44 will be satisfied; death or bodily injury has occurred, negligently caused by an inadequately insured motorist. In other words, all of the conditions necessary to make out a claim in tort against the inadequately insured driver come into being at the moment of the accident. The SEF 44 means to compensate the insured for the existence of such a claim against an inadequately insured driver. The obligation of the insurer, therefore, comes into being at the same time as the obligation of the tortfeasor to pay damages.

I cannot, with respect, agree with my colleague’s view that the contract’s “plain language” shows that we must look to the time of the claim. The “legal entitlement” referred to in clause 2 does not, as my colleague suggests, refer only to the quantum of damages, but also to the question of the inadequately insured motorist’s fault. The assessment of fault, in my view, must focus on the time of the accident; there is no other time period that will assist in that determination. The right to the damages suffered crystallizes at the same time. I am also of the view that the explicit reference to the time of the claim in clause 9, stating that the insurer’s subrogation rights arise upon a claim being made, does not undergird the selection of that

as the relevant time for determining legal entitlement under clause 2. Rather, by resort to the interpretive principle *expressio unius est exclusio alterius*, I regard that reference as supporting the view that the time of the claim was never intended to be relevant to the determination required by clause 2.

When the relevant time for the determination of legal entitlement is regarded as the time of the accident, it is then true not as a matter of principle but as a proposition that will rarely, if ever, be false, that the insured will need to prove only the fault of the inadequately insured motorist, and the extent of the damages, in order to recover in a direct action against his SEF 44 insurer. In almost every case, the only relevant questions governing legal entitlement to recover at the immediate time of the accident will only be questions of substantive tort law, that is, of fault and quantum of damages. It is clear, for example, that limitation periods will not block an action against the insurer, as the Court of Appeal concluded in *Johnson, supra*, and confirmed in *Chambo, supra*, since the window in which an action can be brought against the tortfeasor can never end prior to the time of the accident itself.

I must, then, reject the view very briefly expressed in the case of *Nielsen, supra*, that a release of the tortfeasor in exchange for his small insurance limit eliminated any excess the insured was "legally entitled to recover" under the SEF 44. Similarly, I cannot agree with the conclusion in *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (B.C.C.A.). In my view, leaving aside the differences between the different provinces' standard forms, the determination in each case does not examine in adequate depth the mutual obligations created by the SEF 44. Without expressing any opinion as to its correctness, I would also distinguish the case of *Fogarty, supra*. That case involved a claim under the SEF 42 where a judgment had already been issued as between the insured and the tortfeasor, finding that the tortfeasor was not liable. I agree with the Court of Appeal that, since the Alberta SEF 42 does not provide for judicial determination of liability and quantum of damages, the nature of the "legally entitled to recover" requirement was not dealt with in *Fogarty* in a way relevant to this context.

(c) The American Cases and the SEF 44

I am bolstered in my approach to the language “legally entitled to recover” by the somewhat longer history of interpretation of this phrase in various United States uninsured and underinsured motorist coverage policies. The requirement that an insured be “legally entitled to recover” from a tortfeasor in order to access underinsured or uninsured motorist coverage dates back to a standard endorsement promulgated in 1956 by the National Bureau of Casualty Underwriters. See D. E. Ytreberg, “Insured’s Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits”, 73 A.L.R. 3d 632 (1976), at s. 1[a]. In the roughly 25 years between this 1956 model endorsement and its subsequent adoption, with varying details, by most U.S. states, and the 1980 appearance of the SEF 42 in Ontario, a large number of American courts had occasion to consider the relevant language. It seems to me that, given the adoption of the very language used in most American policies, it is illuminative of the intent of the drafters of the SEF 42 and 44 to consider the interpretation that had previously been placed on the phrase of art, “legally entitled to recover”.

While the various U.S. states are not completely unanimous in finding that only fault and damages need be proven by the insured in order to show legal entitlement to recover, this has been the finding of the clear majority of state courts to have considered the issue. See, e.g., *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Griffin*, 286 So.2d 302 (Ala. Civ. App. 1973); *Rhault v. Tsagarakos*, 361 F. Supp. 202 (D. Vt. 1973); *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (N.Y. 1966); *Wheless v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (N.C. Ct. App. 1971); see generally Ytreberg, *supra*, at s. 8[b]. Furthermore, in many of the states that have departed from this view, the uninsured motorist statute explicitly required judgment to be obtained against the tortfeasor prior to any action being brought against the insurer. See, e.g., *Glover v. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (Tenn. 1971); *Conteh v. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (D.C. 2001); see generally Ytreberg, *supra*, at s. 9. Surely the drafters of the SEF 44 were well aware of the prior, generally accepted meaning of this phrase, and would have taken pains to alter

it if they meant to require that more than the substantive elements of fault and damages be proved.

I note, in particular, that the courts in *DeLuca, supra*, and *Wheless, supra*, looked explicitly to the relevant point in time in order to determine what was necessary to be made out in order to ground a direct action against the insurer. In *Wheless*, the court noted that "[s]uit may be instituted when the insurer becomes obligated to pay. An insurer becomes obligated to pay under an uninsured motorist clause of a policy at the time the insured sustains damages under circumstances entitling him to recover from the owner or operator of an uninsured automobile" (pp. 146-47). In *DeLuca*, the court also looked to the point in time at which the insurer became obliged to pay, although it is notable that the New York regime in place explicitly provided that the obligation came into being at the moment a claim was filed, rather than the moment of the accident.

In any event, the drafters of the SEF 44 could not but have been aware of the prevalent interpretation of "legally entitled to recover" as requiring only a showing of (i) fault, and (ii) damages, whether on the basis which I believe to be correct -- that the agreement looks to the time of the accident to make this determination -- or as a matter of policy only. [paras. 26-37]

[Emphasis added.]

[78]

As I understand those observations, they simply make the point that the decision-maker under Clause 5 of the SEF 44 or the NBEF 44, here a judge of the Court of Queen's Bench, needs to look at the facts as they existed on the date of the accident to determine whether the threshold condition for recovery under the endorsement is satisfied, namely that the eligible claimant is entitled to recover his or her damages from the inadequately insured motorist. In the case at hand, that question may not be overly controversial in light of Economical's acknowledgement in the minutes of settlement that Sandra Young "was solely at fault for the collision which occurred on September 25, 1997" and the admission in its Statement of Defence that the Young vehicle was "underinsured". That said, I acknowledge the following observation by Justice Iacobucci provides fodder for the view that the interpretation adopted by the majority in *Somersall v. Friedman* migrates out of Clause 2: "Whenever the insurer, under the contract, 'shall

indemnify’, i.e., whenever the insurer’s obligation comes into being, whatever legal entitlement there ‘is’ at that time is the amount that the insurer must pay by way of indemnification” (para. 29) [emphasis added]. However, I take the underlined statement to mean no more than this: Clause 2 obligates the SEF 44 or NBEF 44 insurer to indemnify the eligible claimant if on the date of the accident he or she has a legal right to recover his or her damages against the underinsured motorist.

[79]

In my respectful judgment, the *ratio decidendi* of *Somersall v. Friedman* requires tracking back to the date of the accident with respect to the SEF 44’s and the NBEF 44’s threshold condition that the eligible claimant be “legally entitled” to recover his or her damages from the underinsured motorist: it does not do so with respect to the quantification contemplated by Clause 4. In that regard, it may be timely to reiterate my reasons for concluding the opposite understanding would be at odds with the wording of Clause 4:

- It would eliminate the first category of deductions provided by Clause 4(b): if all deductions are to be determined as of the date of the accident there could never be a deduction for an amount actually recovered by the eligible claimant.
- It renders meaningless the words “whether such entitlement is pursued or not” in the phrase “[t]he amount payable under this endorsement to any eligible claimant [...] is excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover (whether such entitlement is pursued or not)”. The drafters of Clause 4(b) would not have addressed the issue of pursuing entitlement with respect to unrecovered amounts if deductions were to be quantified as of the occurrence of the loss-causing accident.
- Any deduction, whether under the first or second category created by Clause 4(b), would not be for “amounts” actually recovered or “amounts” the eligible claimant is entitled to recover, but for the present day value (as



of the accident) of those amounts. Clause 4(b) does not provide for a deduction of the value (as of a point in time that precedes their due date) of the aggregate of “amounts”.

Moreover, and just as compellingly, Clause 5(b) of the NBEF 44 calls for a determination of damages “in accordance with the law of the province governing the policy”. That Province is New Brunswick. Under the law of this Province, quantum is determined as of the date of adjudication.

B. *The meaning of “policy of insurance” in Clause 4(b)(vii) of the NBEF 44*

[80] *Melanson v. Co-operators* dealt with this very issue. Marianne Melanson suffered fairly severe injuries in an automobile accident. She was insured under a standard automobile insurance policy for New Brunswick issued by Co-operators. That policy featured an SEF 44. As a result of her injuries, Ms. Melanson was paid no-fault benefits (Section B) as well as disability benefits pursuant to the *Canada Pension Plan* and a private insurance plan provided by Blue Cross Life Insurance Company of Canada. Eventually, she also recovered a judgment of \$413,769 in damages against the party at fault for the accident. However, that party held only \$200,000 in third party liability insurance. Relying on the SEF 44, Ms. Melanson sued Co-operators for the unsatisfied portion of the judgment she obtained in the tort action. Of the several rulings made by the trial judge, only the following is germane here:

There was argument before me as to whether or not Canada Pension could be deducted from the amount payable. I do not see why not. It is clearly a source and falls within the definition of any amount actually recovered by the eligible claimant "from any source". This is not the tortfeasor's action in which case the collateral benefits rule is applicable. This is an action on a contract entered into between Melanson and Co-operators and the wording "from any source" is in contradistinction to the immediately following clause "and is excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover, (whether such entitlement is pursued or not)" where Canada Pension is not listed. I am

of the opinion it is only the primary amount actually received from Canada Pension to the date of Higgins, J.'s decision that is deductible. [para. 17]

[81] That decision regarding the non-deductibility of CPP benefits under Clause 4(b)(vii) was upheld on appeal (see *Melanson v. Co-operators*, at paras. 8 and 50). Economical urges this Court to reconsider its ruling, having regard to *Gignac v. Neufeld*, a 1999 decision of the Ontario Court of Appeal.

[82] In *Gignac v. Neufeld*, the parties applied for a determination of questions of law regarding uninsured motorist coverage provided by one policy and underinsured motorist coverage (SEF 44) available under another. Needless to say, those questions stood to be determined in light of the scheme of automobile insurance in effect in Ontario at the time of the November 15, 1991 accident that gave rise to the claims of the plaintiff/insured, Marianne Gignac. Ms. Gignac was severely injured when an uninsured vehicle collided with the vehicle in which she was a passenger. The latter vehicle was insured by State Farm under a policy with uninsured motorist coverage (Section D) limited to \$200,000. In addition, Ms. Gignac was insured under another policy, this one issued by Canadian General, which provided SEF 44 coverage to a maximum of \$500,000 plus the no-fault benefits she was entitled to recover under the insurance legislation then in effect in Ontario.

[83] Ms. Gignac's damages were estimated at \$1.2 million. State Farm (the Section D insurer) took the position it was entitled to reduce its \$200,000 limit by the amount of no-fault benefits paid by Canadian General pursuant to s. 265(1) of the *Insurance Act* of Ontario, which provided that every contract of automobile insurance covered the insured for damages recoverable from the owner or driver of an uninsured automobile for bodily injuries, subject to the Regulations.

[84] Section 2(1)(b) of the Regulations provided that an insurer was not liable for any payment where a person insured under the contract was entitled to recover money under any valid "policy of insurance", except for the difference between such entitlement

and the minimum limit under section 251(a) of the *Insurance Act*, which was \$200,000. More significantly for our present purposes, State Farm also argued it could deduct the disability benefits paid to Ms. Gignac under the Canada Pension Plan. For its part, Canadian General submitted it was entitled to reduce its \$500,000 exposure by State Farm's stated limits (\$200,000), regardless of the latter's actual payout. Canadian General relied on the terms of the SEF 44 issued to Ms. Gignac, which set its liability at the difference between the stated coverage limit (\$500,000) and the total of all limits of motor vehicle liability insurance of the inadequately insured motorist and of any person jointly liable. The motion judge agreed with the positions taken by the insurers. However, the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, in part.

[85] The Court held Canadian General was entitled to deduct State Farm's stated limits of \$200,000 uninsured motorist coverage. The extent of SEF 44 underinsured coverage was clearly defined by reference to the stated limits of other policies and not by reference to any payout under those policies. Thus the plain meaning of the SEF 44 compelled the conclusion that Canadian General's liability was limited to \$300,000 (\$500,000 less \$200,000) regardless of the actual payout made by State Farm. As for State Farm, it was not entitled to deduct from its \$200,000 uninsured motorist coverage the statutory no-fault benefits paid to Ms. Gignac. Those benefits were to be deducted from the total award of damages. The Court concluded that, if State Farm's position were adopted, no-fault benefits would be deducted twice, under s. 267(1) and again under s. 2(1)(b) of the Regulations. In the Court's view, it was reasonable to interpret s. 2(1)(b) as requiring that a deduction be made from the uninsured motorist coverage only for the no-fault benefits that had not already been deducted under s. 267(1).

[86] Moreover, and most significantly for the present discussion, the Court went on to hold that State Farm was entitled to deduct the CPP disability benefits paid to Ms. Gignac. In its view, those CPP benefits were monies paid under a valid "policy of insurance" as provided by s. 2(1)(b) of the Regulations:

State Farm relies on *Canadian Pacific Ltd. v. Gill* (1973) S.C.R. 654, 37 D.L.R. (3d) 229 for its position. In *Gill* a widow and her children claimed damages for the wrongful death of Gill. A question arose whether CPP benefits payable to the plaintiffs as a result of Gill's death should be taken into account in the calculation of damages. The question turned on the interpretation of s. 4(4) of the *Families' Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 138 which provided as follows:

In assessing damages there shall not be taken into account any sum paid or payable on the death of the deceased *under any contract of assurance or insurance*. [Emphasis in original.]

The Supreme Court considered the nature of the CPP and concluded that pensions payable under it "are so much of the same nature as contracts of insurance that they also should be excluded from consideration when assessing damages under the provisions of that statute". Spence J., in writing for the court, made the following comparison between the CPP and a contract of insurance (at 239-40):

... persons in the class of pensionable persons are required by statute to make a contribution to the pension plan; the employer makes contribution, and then a pension is payable on retirement or upon becoming disabled, or a pension is payable to the widow and dependent children upon the death of the contributor. The plan, therefore, is an exact substitute for a privately arranged insurance policy made between the deceased person and an insurance company with the benefits payable upon the death *or disablement* of the insured. There is an element of risk to both the contributor under the Canada Pension Plan and to the Government which pays the benefits under the Plan. It may well be that a person who is a contributor may make but a few payments *and then become disabled* and be paid pension amounts over a long period, on the other hand, the contributor may contribute for a very long number of years and then upon retirement die within a few months so that very little pension benefit is obtained.

There are, of course, many forms of insurance and surely one of them may be considered to be the social insurance now exemplified by the Canada Pension Plan. In so far as the word “contract” is concerned, there is, in result, a contract between the contributor to the Canada Pension Plan and the Government which, by virtue of the statute, exacts from such contributor weekly deductions from his wages. One must keep in mind the evident remedial character of s. 4(4) of the *Families’ Compensation Act*.

[Emphasis in original.]

The motions judge held that *Gill* was determinative of the issue. Consequently, he held that the CPP disability benefits received by Ms. Gignac were monies paid under “a valid policy of insurance” within the meaning of s. 2(1)(b) of Reg. 676 and, consequently deductible from State Farm’s \$200,000 limit.

The appellant seeks to distinguish *Gill* on the basis that it dealt with the deductibility of CPP death benefits, not CPP disability benefits. In my view, there is nothing in the reasoning of the Supreme Court in *Gill* that would support this court drawing this distinction. It is clear, even from the short excerpt noted above, that the Supreme Court considered both death and disability CPP benefits to be akin to monies payable under a contract of insurance.

The appellant argues further that, even if the CPP is to be equated to a contract of insurance, the disability benefits payable thereunder fall into a completely different class than the uninsured motorist benefits. She argues that CPP disability payments are non-indemnity payments and that, as such, they should not be deducted from the indemnity payments payable under the uninsured motorist coverage. I do not find this argument of assistance in interpreting s. 2(1)(b) of Reg. 676.

The categorization of payments as either indemnity or non-indemnity is more relevant where the statutory provision providing the reduction of damages imports a notion of indemnification. For instance, in *Cugliari v. White* (1998), 38 O.R. (3d) 641 this court held that CPP disability benefits were not deductible as payments for loss of income under s. 267(1)(c) of the *Act*. The distinction between indemnity

and non-indemnity payments was more relevant in that case because the words under s. 267(1)(c) themselves imported a notion of indemnification. Section 267(1)(c) provides as follows:

267(1) The damages awarded to a person in a proceeding for loss or damage arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile shall be reduced by,

(c) all payments that the person has received or that were or are available for loss of income under the laws of any jurisdiction or under an income continuation [benefit] plan and by the present value of any such payments to which the person is entitled;

This court concluded that the CPP disability benefits did not constitute “payments ... for loss of income” within the meaning of s. 267(1)(c) largely on the basis that the eligibility conditions for CPP disability benefits do not require that the recipient be employed at the time of the disability or that the recipient demonstrate a pecuniary loss. The same considerations regarding the imported notion of indemnification do not apply when one considers the wording of s. 2(1)(b) of Reg. 676.

The result in *Cugliari* is nonetheless relevant to the question for consideration in this appeal. It is clear from *Cugliari* that CPP disability benefits are not deductible from the calculation of damages under s. 267(1)(c) and, consequently, a deduction under s. 2(1)(b) of Reg. 676 would not result in any double deductibility.

Finally, the appellant argues that the legislature could not have intended that the very seriously injured who receive CPP benefits in excess of \$200,000 receive no compensation from the uninsured coverage. In my view, this possible result does not detract from the clear intent to prevent double recovery. The deduction of CPP disability benefits under s. 2(1)(b) of Reg. 676 does prevent double recovery where, as in this case, disability benefits are payable as a consequence of the accident.

Of course this court is bound by *Gill* and I see no principled reason to distinguish it. Consequently, I agree with the motions judge that *Gill* is determinative of the issue of deductibility of CPP disability benefits in this case. These benefits constitute payments under “any valid policy of insurance” within the meaning of s. 2(1)(b) and are deductible from State Farm’s policy limits. [paras. 30-39]

[87] Context is pivotal. Thus, in *Ellis v. Fisher*, [1977] O.J. No. 2380 (QL), Evans, C.J.H.C. concluded unemployment insurance benefits were not paid pursuant to a “policy of insurance” and were, therefore, not deductible in calculating payout under Ontario’s unsatisfied judgment legislation. In coming to that conclusion, Chief Justice Evans opined “the interpretation of ‘insurer’ and ‘policy of insurance’ in English and Canadian authorities makes clear that these terms are limited to ‘contracts’ with private agencies. Benefits provided by statutory schemes would not amount to a ‘contract’ of ‘insurance’ by an ‘insurer’” (para. 11). The decision was affirmed, without reasons, by the Ontario Court of Appeal (see *Ellis v. Fisher*, [1978] O.J. No. 3715 (QL)).

[88] As indicated in my introductory remarks, I am of the view that *Gignac v. Neufeld* is distinguishable from the present case. In *Gignac v. Neufeld*, the Court was called upon to interpret a small piece of Ontario’s complex statutory automobile insurance puzzle while, here, the task at hand is the interpretation of an endorsement drafted exclusively by the insurer, albeit against the background provided by New Brunswick’s insurance legislation. As would be expected, the insured-favouring principles of policy interpretation detailed earlier in these reasons were not brought to bear upon the process of statutory interpretation undertaken in *Gignac v. Neufeld*, one that culminated in an outcome unfavourable to the plaintiff/insured. The issue here is whether, in New Brunswick, having regard to the principles of interpretation set out in paragraph 28 hereinabove, the expression “policy of insurance” found in Clause 4(b)(vii) of the NBEF 44 includes the provisions of the *Canada Pension Plan* under which disability benefits might be payable to Ms. Lapalme.

[89] The expression “policy of insurance” is not defined in the NBEF 44. However, it has been defined in other jurisdictions as “the document in which [are] contained” the terms of the insurance contract (see the definition of “insurance” found in Roger Bird, *Osborn’s Concise Law Dictionary*, 7<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 1983), at p. 182), “an instrument in writing” by which an insurer undertakes for a premium to indemnify the insured against a contingent loss (see the definition of “insurance policy” in William P. Statsky, *West’s Legal Thesaurus/Dictionary* (St. Paul, Minn.: West Publishing Company, 1985), at p. 417), “a contract of insurance” and “a document detailing such a contract” (see the definition of “insurance policy” in *Black’s Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> ed. (St. Paul, Minn.: Thomson West, 2004), at p. 820). In Canada, a policy of insurance is invariably defined as “the instrument evidencing a contract” (see the definition of “policy” in *The Dictionary of Canadian Law* (Toronto: Thomson Canada Limited, 1991, at p. 786).

[90] That is precisely the meaning ascribed to the word “policy” in s. 1 of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, which provides that the word in question “means the instrument evidencing a contract”. That definitional provision goes on to ascribe to the word “contract” the following meaning: “a contract of insurance and includes a policy, certificate, interim receipt, renewal receipt, or writing evidencing the contract, whether sealed or not, and a binding oral agreement”. Bluntly stated, my position is this: those standard dictionary and statutory definitions foreclose the inclusion of benefits-providing legislation within the ambit of the expression “policy of insurance” found in Clause 4(b)(vii). It should go without saying that the drafters would have been aware of the definition of the words “policy” and “contract” in s. 1 of the *Insurance Act* of New Brunswick when they chose to incorporate the expression “policy of insurance” in Clause 4(b)(vii). One can also safely assume those drafters would have been alive to the ramifications of the *contra proferentem* rule on the interpretation of the quoted expression.

[91] Just as significantly, the larger context joins in arguing against Economical’s proposed interpretation of the expression “policy of insurance”. The



expressions “policy of insurance” and “contract of insurance” are employed throughout the *Insurance Act* of New Brunswick to refer to agreements between an insurer and an insured (see, for example, ss. 1, 2, 20(1), 20(2)(f) and (g), 20.1(1), 22, 24(8), 43, 48(2)(c), 51(2), 58(2)(b), 58(3)(b), 58(4)(b), 58(5)(b), 64, 85(1), 85(2), 85(6), 96, 97, 98(1), 98(4), 98(5), 100(1), 102(2), 103(2), 105(4), 111, 113(1), 113(2), 113(3), 114(1), 116(1), 186, 255(5), 256(2), 257(2), 266.1(4), 266.4(a)(ii), 266.4(b)(iii)(B), 266.7(1)(f), 266.92(d), 266.96(3)(b), 273, 285(3), 289(2), 304(3), 307, 357, 364(1), 364(4), 369.1(d), (e), (f) and (h)). In none of those instances could the expressions “policy of insurance” and “contract of insurance” be read to include benefits-providing legislation. In fact, s. 265.4(1), which amends the common law collateral benefits rule, treats “an enactment” and “a policy of disability insurance” as distinct sources for deductible payments.

[92] In addition, the expression “policies of insurance” appears elsewhere in the NBEF 44 and in the Standard Auto Policy. Thus, it is an integral part of Clause 6(a)(ii) of the NBEF 44, which may be relied upon by the insurer to require the eligible claimant to “provide details of any policies of insurance, other than life insurance, to which the eligible claimant may have recourse”. It is beyond serious debate that the expression “policies of insurance” within the meaning of Clause 6(a)(ii) does not encompass benefits-providing legislative enactments. Indeed, no reasonable insurer would consider for a moment that Clause 6(a)(ii) could be used to force an eligible claimant to provide details of the provisions of the *Canada Pension Plan* to which the eligible claimant may have recourse. Clause 6(1)(d) of Section D (“Uninsured Automobile Coverage”) likewise obligates a claimant to “provide the insurer with details of any policies of insurance, other than life insurance, to which the claimant may have recourse”. The wording of Section D is prescribed by Regulation, so that the definitions of “policy” and “contract” provided by s. 1 of the *Insurance Act* have application to the interpretation of the expression “policies of insurance” found in Clause 6(1)(d). The NBEF 44 is part of the insurance contract between Economical and Ms. Lapalme, which includes Section D. In my view, Clause 6(a)(ii) of the NBEF 44 and Clause 6(1)(b) of Section D buttress the view that the expression “policy of insurance” does not include legislation providing for the payment of disability benefits.

[93] Finally, the more immediate context provided by Clause 4(b) of the NBEF 44 weighs against the interpretation urged by Economical. If the expression “policy of insurance” were designed to cover legislation providing for disability benefits, Clause 4(b)(viii) would have been unnecessary. It provides for the deduction of “amounts” the eligible claimant is entitled to recover from “any Worker’s Compensation Act or similar law of the jurisdiction applicable to the injury or death sustained”. Laws of that nature provide for the payment of disability benefits, yet the drafters chose to reference those laws explicitly in 4(b)’s list. It is trite law that courts must strive to give meaning to every contractual clause and word (see, for example, *Theriault v. Fidelity Insurance Company of Canada* (1984), 52 N.B.R. (2d) 236, [1984] N.B.J. No. 84 (C.A.) (QL), at para. 6, and the cases cited hereinabove in paragraph 42).

[94] The scheme by which disability benefits are recoverable under the *Canada Pension Plan* may well be a “substitute” for a disability insurance policy, “tantamount”, “comparable”, “similar” or “akin” to schemes under policies of disability insurance for the purposes of the collateral benefits rule in tort, but that does not morph the *Canada Pension Plan* into a “policy of insurance” for Clause 4(b)(vii) purposes.

[95] In my respectful judgment, *Melanson v. Co-operators* rightly decided that CPP disability benefits are not caught by Clause 4(b)(vii) of the SEF 44 or the NBEF 44. In *MacNeill v. Co-operators* and *Campbell-MacIsaac v. Deveaux* the disability benefits under consideration were provided by sources specifically identified in Clause 4(b). Without expressing any opinion on their precedential value in this Province, I am respectfully of the view that *MacNeill v. Co-operators* and *Campbell-MacIsaac v. Deveaux* are inapplicable to the case at bar, being distinguishable on the foregoing basis and on the ground that the SEF 44’s provisions pertaining to subrogation and assignment of rights of action, one or both of which may have helped shape the outcome in those cases, are not in play in the present case.

VI. Conclusion and Disposition

[96] Through the NBEF 44 endorsement, automobile insurers carrying on business in this Province provide less-than-absolute “excess” insurance against losses sustained by their insured (and eligible family members) by reason of the fault of an underinsured motorist. Under Clause 2 of the NBEF 44, the insurer undertakes to indemnify each eligible claimant for the compensatory damages he or she “is” legally entitled to recover from an inadequately insured motorist. In *Somersall v. Friedman*, the Supreme Court of Canada, by a majority, held the date of the motor vehicle accident giving rise to the underlying losses was the relevant date for the determination of legal entitlement against the underinsured motorist. In my respectful judgment, that insured-friendly ruling is specific to Clause 2, and does not inform the interpretation of Clause 4. That clause provides the formula to quantify the amount payable by the NBEF 44 insurer: the aggregate of the amounts actually recovered by the eligible claimant from all sources and the amounts that he or she is entitled to recover from specific sources must be deducted from the amount of damages assessed against the inadequately insured motorist. The wording of Clauses 4 and 5(b) confirms the relevant date for Clause 4 purposes is the date of adjudication of the amount payable by the insurer. Clause 4(b)(vii), which provides for the deduction of amounts that an eligible claimant has not actually recovered but is nonetheless entitled to recover under “any policy of insurance providing disability benefits”, does not capture disability benefits under the *Canada Pension Plan*. Only actually recovered CPP disability benefits are deductible pursuant to Clause 4.

[97] In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment rendered in first instance and make the following determinations: (1) Clause 4 of the NBEF 44 requires the deduction of all CPP disability benefits actually recovered by the eligible claimant, Ginette Lapalme, during the period between the accident and adjudication by a judge of the Court of Queen’s Bench of the amount payable to her under the NBEF 44; and (2) Clause 4 does not, however, provide for any other deduction of CPP disability benefits, including unrecovered pre-adjudication CPP disability benefits that Ms.

Lapalme is entitled to recover or CPP disability benefits she might be entitled to recover in the future.

[98] Success being divided more or less evenly, I would order each side to bear its own costs throughout.

[99] One final point. While there is no evidence that Economical has engaged in dilatory tactics and Ms. Lapalme does not allege in her Statement of Claim that it has engaged in any such tactics, the fact remains that nearly a decade after it was initiated, the underlying action remains un-adjudicated. Of course, where an NBEF 44 insurer fails to cooperate in expediting the determination of its insured's action on the merits, the *Rules of Court* and the common law provide a rich arsenal of judicial responses: it is up to the plaintiff/insured to press the case for their application. That said, let me be blunt: judicial oversight of this litigation is long overdue.

LE JUGE EN CHEF DRAPEAU

I. Introduction

[1] Depuis plusieurs décennies, les assureurs automobiles qui font affaire dans notre province ont fourni, au moyen d'un avenant, connu présentement sous le nom d'avenant F.A.N.-B. n° 44 mais antérieurement, et encore couramment, sous le nom de SEF 44, une garantie « complémentaire » au titre des pertes que subissent leurs assurés (et les membres de leur famille qui sont admissibles) par la faute d'un automobiliste sous-assuré. Cette garantie facultative n'est ni gratuite ni illimitée, son obtention étant conditionnelle au paiement d'une prime supplémentaire et la protection qu'elle apporte étant limitée à ce qu'autorisent les conditions de l'avenant F.A.N.-B. n° 44. Les clauses 2 et 4 sont les plus importantes des conditions énoncées dans l'avenant, du moins pour les fins qui nous occupent.

[2] Sous réserve des autres dispositions de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, la clause 2 (intitulée « Nature et étendue de l'assurance ») oblige l'assureur à indemniser tout demandeur admissible des dommages-intérêts compensatoires qu'il « est » en droit de recouvrer d'un automobiliste sous-assuré. La clause 2 de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 est identique à celle (la clause 2 de l'avenant SEF 44) qui faisait l'objet du litige dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, 2002 CSC 59, [2002] 3 R.C.S. 109. Dans cette affaire, la Cour a statué à la majorité que la date de l'accident de véhicule à moteur qui est à l'origine des pertes sous-jacentes était la date à laquelle il fallait se reporter lorsqu'il s'agit d'évaluer, pour les fins de la clause 2, le droit de recouvrement auprès de l'automobiliste sous-assuré.

[3] La clause 4 (intitulée « Somme payable par demandeur admissible ») énonce la formule utilisée pour déterminer la somme que doit payer l'assureur en

application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 : les sommes effectivement recouvrées de toutes les sources et les sommes que l'assuré est en droit de recouvrer de certaines sources précises doivent être soustraites des dommages-intérêts auxquels est condamné l'automobiliste sous-assuré. La clause 4b)(vii) est au cœur même du présent appel : elle prévoit la déduction de sommes que le demandeur admissible ne recouvre pas effectivement mais est néanmoins en droit de recouvrer aux termes d'« un contrat d'assurance prévoyant des prestations pour incapacité ». Bien que l'assureur appelant visé à l'avenant F.A.N.-B. n° 44, Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, et l'assurée intimée et demanderesse admissible, Ginette Lapalme, reconnaissent que dans l'arrêt *Melanson c. Co-operators General Insurance Co. et al.* (1997), 192 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 273, [1997] A.N.-B. n° 364 (C.A.) (QL), la Cour a à juste titre statué que les prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada (RPC) que le demandeur a effectivement recouvrées doivent être déduites, ils sont en désaccord total en ce qui concerne deux questions connexes.

[4] La première est celle de savoir si le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a statué, en s'appuyant sur l'arrêt *Melanson c. Co-operators*, que le droit d'Economical de soustraire les prestations d'invalidité du RPC n'a pas survécu au règlement amiable de l'action en responsabilité délictuelle que M<sup>me</sup> Lapalme avait engagée contre l'automobiliste sous-assuré.

[5] En première instance et dans le mémoire qu'elle a déposé en appel, Economical a prétendu que suivant l'arrêt *Somersall c. Friedman*, force est de conclure que le droit de recouvrer des dommages-intérêts de l'automobiliste sous-assuré (clause 2) et la somme payable à un demandeur admissible (clause 4) doivent être déterminés à la date de l'accident. Il s'ensuivrait par extrapolation, suivant cet argument, que la valeur actualisée, à la date de l'accident, de toutes les sommes susceptibles d'être recouvrées d'une autre source est déductible en application de la clause 4b). Deux arrêts sont invoqués à l'appui de cette interprétation des plus favorables à l'assureur : *MacNeill c. Co-operators Insurance*, 2003 PESCAD 9, [2003] P.E.I.J. No. 30 (QL), et *Campbell-MacIsaac c. Deveaux*, 2004 NSCA 87, [2004] N.S.J. No. 250 (QL).

[6] À l'audition de l'appel, toutefois, Economical a fait valoir une position beaucoup moins ambitieuse en faveur de l'infirmité de la décision rendue en première instance : (1) la décision rendue dans l'affaire *Melanson c. Co-operators* (qui retient la date du jugement dans l'action en responsabilité délictuelle comme étant la date de la cristallisation pour les fins de la clause 4) ne s'applique pas parce que les dommages-intérêts de M<sup>me</sup> Lapalme n'ont pas encore été évalués par un tribunal judiciaire; et (2) la clause 4b) prescrit, sinon expressément, du moins de façon nettement implicite la déduction de toutes les prestations d'invalidité du RPC recouvrées et recouvrables entre le moment de l'accident et celui de la détermination de la somme payable en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44. Les prestations qui n'ont pas été effectivement recouvrées mais qui sont recouvrables devraient être soustraites conformément à la clause 4b)(vii).

[7] Dans les motifs qui suivent, j'exprime l'opinion, opinion que j'entends étayer, que la majorité dans l'arrêt *Somersall c. Friedman* ne s'est pas prononcée sur la date à laquelle il faut se reporter pour déterminer la somme payable au demandeur admissible en application de la clause 4 ni, forcément, sur la date pertinente pour l'application des dispositions relatives aux déductions qui sont énoncées à la clause 4b). J'explique également pourquoi les arrêts *MacNeill c. Co-operators*, *Campbell-MacIsaac c. Deveaux* et *Melanson c. Co-operators* peuvent être écartés et, pour ce seul motif, ne sont pas déterminants en ce qui concerne la date de la cristallisation pour les fins de la clause 4 en l'espèce. Comme j'espère le démontrer, la façon plutôt large dont Economical interprète l'incidence de l'arrêt *Somersall c. Friedman* est irréconciliable avec la clause 5b) et plusieurs des caractéristiques fondamentales des dispositions relatives aux déductions qui sont énoncées à la clause 4b). En effet, si l'on y souscrivait, cette interprétation supposerait, à mon avis, une modification substantielle des dispositions en question, issue que la majorité n'a pas pu souhaiter dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*. Finalement, je fonde sur le libellé des clauses 4 et 5b) la conclusion que la période à laquelle s'appliquent les dispositions relatives aux déductions qui sont énoncées à la clause 4b) est postérieure à l'accident et le droit d'Economical de déduire les prestations d'invalidité du RPC effectivement recouvrées reste en vigueur, malgré le règlement

amiable de l'action en responsabilité délictuelle de M<sup>me</sup> Lapalme, jusqu'à ce qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine détermine la somme payable en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44.

[8] L'autre question d'interprétation controversée consiste à savoir si le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en déterminant que les prestations d'invalidité du RPC qui n'ont pas été recouvrées ne peuvent pas être soustraites en application de la clause 4b)(vii). Economical invoque l'arrêt *Gignac c. Neufeld*, [1999] O.J. No. 1295 (C.A.) (QL), à l'appui de l'infirmité de la décision rendue en première instance. Bien qu'il existe peut-être des raisons plus générales sur lesquelles s'appuyer pour confirmer la décision du juge saisi de la motion à cet égard, il suffit de dire que les principes d'interprétation établis m'amènent à conclure que l'expression « contrat d'assurance », à la clause 4b)(vii), ne désigne pas les dispositions de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, en vertu de laquelle M<sup>me</sup> Lapalme touche et pourrait être en droit de toucher des prestations pour incapacité. Comme nous le verrons, je conclus que l'arrêt *Gignac c. Neufeld* peut être écarté et qu'il ne s'applique donc pas en l'espèce.

[9] Pour les motifs résumés ci-dessus et étoffés dans le texte qui suit, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie et de remplacer la décision prise en première instance par ce qui suit : (1) aux termes de la clause 4 de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, toutes les prestations d'invalidité du RPC que la demanderesse admissible, Ginette Lapalme, aura effectivement recouvrées entre le moment de l'accident et celui où un juge de la Cour du Banc de la Reine déterminera la somme qui lui est payable en vertu de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 doivent être déduites; et (2) la clause 4 ne prévoit pas, toutefois, la déduction d'autres prestations d'invalidité du RPC, notamment celles qui n'auront pas été recouvrées avant que la somme payable ne soit déterminée mais que M<sup>me</sup> Lapalme est en droit de recouvrer ou encore celles qu'elle pourrait être en droit de recouvrer à l'avenir.



II. Le contexte

[10] Le 25 septembre 1997, M<sup>me</sup> Lapalme a été blessée dans un accident de la route impliquant deux véhicules. Le 3 juin 1999, elle a engagé une action en dommages-intérêts contre la conductrice et le propriétaire immatriculé de l'autre véhicule.

[11] Le 14 septembre 2001, M<sup>me</sup> Lapalme a conclu un règlement amiable avec Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances (l'assureur de l'autre véhicule) et les défendeurs en ce qui concernait son action en responsabilité délictuelle. Bien qu'Economical n'ait pas été partie à cette action, elle a néanmoins pris part au règlement amiable. Toutefois, et chose encore plus importante, le règlement amiable maintient expressément le droit d'Economical de faire instruire la question du quantum des dommages-intérêts de M<sup>me</sup> Lapalme. Bien que le règlement amiable énonce aussi la reconnaissance du droit d'Economical de contester l'allégation de M<sup>me</sup> Lapalme voulant que ses dommages excèdent la limite de garantie stipulée au titre de la responsabilité civile dans la police établie pour l'autre véhicule impliqué dans l'accident, Economical reconnaît, dans l'exposé de sa défense, que ce véhicule était un [TRADUCTION] « véhicule à moteur sous-assuré ».

[12] Cela dit, le règlement amiable commence par des attendus qui méritent tous d'être reproduits, ne serait-ce qu'à des fins contextuelles :

[TRADUCTION]

ATTENDU que Ginette Lapalme, qui conduisait un véhicule à moteur enregistré au nom de Jean Lapalme, et Sandra Young, qui conduisait un véhicule à moteur enregistré au nom de Richard Young, ont eu un accident de véhicules à moteur dans la ville de Moncton, au Nouveau-Brunswick, le 25 septembre 1997.

ET ATTENDU que les véhicules impliqués dans l'accident susmentionné étaient respectivement assurés par Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance pour le compte de Ginette Lapalme et Royal & Sun Alliance du

Canada, société d'assurances, pour le compte de Sandra Young.

ET ATTENDU que la police d'assurance établie par Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, relativement au véhicule que conduisait Sandra Young a été délivrée sur la foi d'une assertion inexacte en ce qui concerne l'identité du véritable propriétaire du véhicule, lequel n'a jamais appartenu à Richard Young.

ET ATTENDU que la police d'assurance établie par Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, relativement au véhicule que conduisait Ginette Lapalme, la conjointe de Jean Lapalme, le propriétaire du véhicule, comprenait également l'avenant [F.A.N.-B.] n<sup>o</sup> 44 – Assurance familiale.

ET PUISQU'IL SEMBLE QUE Sandra Young était l'unique responsable de la collision qui a eu lieu le 25 septembre 1997 ainsi que des blessures et dommages subséquents qui en ont découlé.

ET PUISQU'IL SEMBLE QUE Richard Young n'est pas propriétaire du véhicule que conduisait Sandra Young, au sens où ce mot est employé dans la *Loi sur les véhicules à moteur* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17, et en particulier au paragraphe 267(1) de cette *Loi*.

ET PUISQU'IL SEMBLE ÉGALEMENT QUE la valeur totale de la demande de Ginette Lapalme excède la limite stipulée au chapitre A de la police établie relativement au véhicule que conduisait Sandra Young, limite qui est de deux cent mille dollars (200 000 \$).

ET PUISQU'IL SEMBLE ÉGALEMENT QUE Sandra Young n'a pas de biens personnels comme le confirme la Déclaration relative aux biens et dettes (Formule 74A) qui est jointe comme annexe au présent règlement amiable.

ET PUISQU'IL SEMBLE ÉGALEMENT QUE Richard Young n'a jamais su qu'une police d'assurance avait été établie à son nom, à titre de propriétaire du véhicule conduit par sa mère, Sandra Young, qui est l'auteur de l'assertion inexacte concernant l'identité du propriétaire du véhicule.

[13] En ce qui concerne le corps même du règlement amiable, il énonce un certain nombre d'engagements qui, comme les attendus susmentionnés et les aveux que contient l'exposé de la défense, auront des répercussions sur le processus de détermination de la somme payable à M<sup>me</sup> Lapalme en application de la clause 4 de l'avenant F.A.N.-B. n<sup>o</sup> 44, dans le cadre du procès qui aura lieu devant la Cour du Banc de la Reine :

[TRADUCTION]

1. Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, en son propre nom, compte tenu des dispositions de l'article 250 de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, et plus précisément du paragraphe (1) de cet article, et au nom des défendeurs, Sandra Young et Richard Young, paiera à la demanderesse Ginette Lapalme la somme de deux cent mille dollars (200 000 \$), plus les dépens taxables et les débours dont le montant sera fixé du commun accord des parties, dans les trente (30) jours de la passation de la présente convention et, si elles ne parviennent pas à s'entendre, par voie de taxation devant le greffier de la Cour, Division de première instance, circonscription judiciaire de Moncton.
2. La demanderesse Ginette Lapalme s'engage à remettre à Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, dans les six mois de la signature du présent règlement amiable, un résumé de sa demande totale, y compris un rapport actuariel exposant dans le détail l'ensemble des pertes actuelles et futures subies sous les chefs de dommages pécuniaire et non pécuniaire, pour le cas où Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, estimerait ce dernier nécessaire pour les fins de nos négociations.
3. La demanderesse Ginette Lapalme reconnaît qu'il faudra soustraire des intérêts susceptibles de s'accumuler au titre des dommages particuliers qu'elle a subis entre la date de l'accident et celle du procès l'intérêt susceptible de s'accumuler sur la limite de garantie de deux cent mille dollars (200 000 \$) à compter de la date de son paiement par Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, jusqu'à la date du procès.

4. Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, renonce à exercer les droits de subrogation que lui confère l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44 – Assurance familiale, contre les défendeurs, Sandra Young et Richard Young, ou leurs héritiers, administrateurs successoraux et ayants droit respectifs, et Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, en vue de recouvrer un quelconque paiement qu'elle aurait fait soit conformément à l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44, soit à la demanderesse Ginette Lapalme.
5. Malgré le paiement par Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, au nom de Sandra Young, de la limite de garantie de deux cent mille dollars (200 000 \$) à la demanderesse Ginette Lapalme, Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance aura le droit de contester le quantum des dommages-intérêts sollicités par Ginette Lapalme ou le fait qu'il excéderait la limite de garantie stipulée dans la police d'assurance établie en faveur de la défenderesse Sandra Young.
6. Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance consent à la passation et à la remise d'une renonciation de la part de la demanderesse Ginette Lapalme en faveur des défendeurs Sandra Young et Richard Young ainsi que Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, renonciation qui sera établie sous une forme qui conviendra à toutes les parties et sera préparée par l'avocat des défendeurs en conformité avec les dispositions énoncées dans le présent règlement amiable.
7. Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance consent à ce que la demanderesse Ginette Lapalme se désiste de l'action qu'elle a engagée, dont le numéro est M/C/547/99, et à ce qu'une nouvelle action engagée uniquement contre Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance en vertu de l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44 – Assurance familiale soit introduite dans les quinze jours de la signature du présent règlement amiable.
8. De plus, la demanderesse Ginette Lapalme s'engage à effectuer un interrogatoire préalable dans les quarante-cinq jours du dépôt de l'exposé de la défense dans la nouvelle action qui sera engagée contre

Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance en vertu  
de l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44 – Assurance familiale.

[14] En application du paragraphe 7 du règlement amiable, M<sup>me</sup> Lapalme a introduit l'action sous-jacente contre Economical le 25 septembre 2001. Dans l'exposé de sa défense, qui est daté du 7 novembre 2001, Economical fait les aveux suivants : (1) M<sup>me</sup> Lapalme est une « assuré[e] » et une « demande[resse] admissible » au sens de l'avenant F.A.N.-B. n° 44; (2) les limites fixées dans l'avenant F.A.N.-B. n° 44 s'établissent à 1 000 000 \$, montant qui ne comprend pas les intérêts et les dépens et duquel on doit soustraire le total des « sommes » visées à l'alinéa 4b); (3) M<sup>me</sup> Lapalme a subi un accident impliquant deux véhicules le 25 septembre 1997; (4) l'autre véhicule était conduit par Sandra Young et appartenait à Richard Young; (5) le véhicule que conduisait M<sup>me</sup> Young était un [TRADUCTION] « véhicule à moteur sous-assuré »; (6) Economical a été invitée à participer aux débats et aux négociations concernant l'action que M<sup>me</sup> Lapalme a engagée contre les Young; et (7) le 14 septembre 2001, M<sup>me</sup> Lapalme, les Young, Royal & Sun Alliance et Economical ont passé le règlement amiable qui règle l'action en responsabilité délictuelle et évoque certaines questions pertinentes en ce qui concerne l'action engagée contre Economical en vertu de l'avenant F.A.N.-B. n° 44.

[15] Le dossier est muet en ce qui concerne la question de savoir si M<sup>me</sup> Lapalme a remis à Economical un [TRADUCTION] « résumé de sa demande totale » dans le délai fixé au paragraphe 2 du règlement amiable. Il est également muet en ce qui concerne la question de savoir si M<sup>me</sup> Lapalme a effectué un interrogatoire préalable dans le délai fixé au paragraphe 8.

[16] De plus, aucune explication n'a été fournie en ce qui concerne le fait que presque une décennie après son introduction, l'action que M<sup>me</sup> Lapalme a engagée en vertu de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 n'a toujours pas été tranchée. Cela dit, selon le texte des plaidoiries actuelles, ni l'une ni l'autre partie n'impute à l'autre la responsabilité de ce retard dont la longueur est, sans conteste, inadmissible. On ne prétend pas non plus,

dans l'exposé de la demande, que le règlement amiable cristallise les sommes qu'il faut prendre en compte pour calculer la somme payable conformément à la clause 4.

[17] À la suite de l'accident du 25 septembre 1997, M<sup>me</sup> Lapalme a présenté une demande en vue d'obtenir des prestations d'invalidité du RPC. En avril 1999, sa demande a été approuvée avec effet rétroactif au mois de janvier 1998. Plus d'une décennie plus tard, plus précisément le 17 septembre 2009, Economical a déposé un avis de motion sans lequel elle demandait que soient tranchées les questions suivantes :

[TRADUCTION]

1. Y a-t-il lieu d'inclure les prestations du RPC, passées et futures, dans le calcul du « total des sommes » visées à l'alinéa 4b) de l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44 – Assurance familiale établi en vertu de la F.T.P. n° 1, Police type d'assurance automobile?
2. Y a-t-il lieu de soustraire les prestations du RPC, passées et futures, de la somme que la défenderesse doit payer aux termes de l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44 – Assurance familiale?

[18] Je m'empresse de souligner qu'il n'est pas question, à la clause 4, de prestations [TRADUCTION] « passées » et [TRADUCTION] « futures » ni de sommes [TRADUCTION] « passées » et [TRADUCTION] « futures »; ce que fait cette clause, c'est établir une différence entre les sommes que le demandeur admissible recouvre effectivement et les sommes qu'il est en droit de recouvrer. J'insiste également sur le fait que la déductibilité des prestations du RPC conformément à la clause 4 est l'unique question à trancher dans la présente instance : les questions relatives à la subrogation et à la cession des droits d'action – l'une ou l'autre, ou les deux, ayant pu avoir une incidence sur l'issue de l'instance dans les affaires *MacNeill c. Co-operators et Campbell-MacIsaac c. Deveaux* – n'entrent pas en jeu ici. On se rappellera que ni la subrogation ni la cession des droits d'action ne sont soulevées dans les questions qui sont formulées dans l'avis de motion qui donne lieu au présent appel, état de choses qui peut tenir, notamment, à l'apparente inexistence d'un quelconque droit d'action au titre des

prestations d'invalidité du RPC en vertu de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada*. Comme nous le montrerons, les arrêts *MacNeill c. Co-operators* et *Campbell-MacIsaac c. Deveaux* peuvent être écartés pour une autre raison.

[19] La clause 4a) dispose essentiellement que la somme payable à un demandeur admissible en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 doit être calculée en soustrayant des dommages-intérêts que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré le total des sommes visées à la clause 4b). La clause 4b) stipule que la somme payable à un demandeur admissible en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 constitue une garantie complémentaire aux sommes qu'il recouvre effectivement d'une autre source, et la clause 4b)(vii) dispose ensuite que la somme payable en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 constitue aussi une garantie complémentaire aux sommes que le demandeur admissible est en droit de recouvrer (qu'il exerce son droit ou non) en application d'un « contrat d'assurance » prévoyant des prestations pour incapacité.

[20] Le 27 novembre 2009, un juge de la Cour du Banc de la Reine a statué que seules les prestations d'invalidité du RPC versées au titre de la période écoulée entre l'accident et le règlement amiable du 14 septembre 2001 étaient déductibles en application de la clause 4. Il a fixé cette date limite en assimilant vraisemblablement l'effet juridique du règlement amiable à celui du jugement de la Cour du Banc de la Reine sur lequel reposait la décision rendue dans l'arrêt *Melanson c. Co-operators* concernant la cristallisation pour les fins de la clause 4 :

[TRADUCTION]

La décision *Melanson* était fondée sur une conclusion de notre Cour d'appel selon laquelle la somme qu'un assuré est en droit de recouvrer est déterminée au moment où le jugement est inscrit contre l'auteur du délit. [...]

La décision de notre Cour d'appel a été suivie par la [Cour suprême] de la Nouvelle-Écosse dans la décision *Doran c. Commercial Union Assurance Co. of Canada*, [2000] N.S.J. No. 24 (QL).

À la suite de l'arrêt *Melanson*, la Cour suprême du Canada a dû se prononcer, dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, 2002 CSC 59, [2002] 3 R.C.S. 109, sur le sens de l'expression « a le droit de recouvrer » dans le contexte de l'article 2 de l'avenant « SEF 44 » [ontarien]. Dans le cadre de la décision rendue dans cette affaire, le juge Iacobucci a conclu que la responsabilité au titre de l'avenant est engagée au moment où le délit est commis, malgré le fait que le montant des dommages-intérêts ne peut être déterminé à ce moment-là.

S'appuyant sur cette conclusion, qui donne manifestement à penser que la déductibilité des prestations futures devra être déterminée, les cours d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Nouvelle-Écosse ont estimé que l'arrêt *Somersall* infirmait, par déduction nécessaire, la décision de notre Cour d'appel dans l'affaire *Melanson : MacNeill c. Co-operators Insurance*, 2003 PESCAD 9 et *Campbell-MacIsaac c. Deveaux and Lombard*, 2004 NSCA [87] (CanLII).

Dans l'arrêt *MacNeill*, la Cour a dit ceci :

[TRADUCTION]

À la lumière de cette analyse faite par la Cour suprême du Canada, je ne pense pas que les décisions *Melanson* et *Doran* puissent être suivies. Les analyses effectuées dans ces arrêts étaient fondées sur une conclusion que le droit de recouvrement ne se cristallisait qu'au moment où les dommages-intérêts étaient évalués. Étant donné ce qu'a dit le juge Iacobucci dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, je ne puis souscrire à cette opinion concernant le moment où se cristallise le droit de recouvrement. Si j'applique la démarche analytique qui a été approuvée dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, le droit de M. MacNeill aux prestations de la Commission s'est cristallisé au moment de son accident. Par conséquent, il n'y a rien qui justifie l'établissement d'une distinction entre les prestations versées jusqu'à la date à laquelle la Cour rend un certain jugement et les prestations qui seront versées après la date de ce jugement. Le droit à ces prestations existait à la date de l'accident et il englobe toutes les prestations découlant de l'accident.



Dans l'arrêt *Campbell-MacIsaac*, la Cour, qui était directement saisie d'une question concernant le versement futur de prestations d'invalidité de longue durée, a dit ce qui suit :

Si l'on se rappelle l'objectif de l'avenant, l'expression « en droit de recouvrer » désigne forcément les prestations qui seront payables à l'assuré à l'avenir et c'est certainement là le sens qu'a voulu le rédacteur. L'ajout de l'expression entre parenthèses, « (qu'il exerce son droit ou non) », juste après l'expression « est en droit de recouvrer [...] » donne à penser que même si l'assuré n'avait pas eu recours aux autres sources de paiement énumérées au moment du procès, l'assureur avait néanmoins droit à ce que ces sommes soient, à l'avenir, imputées au profit de l'assureur. Le fait que de par leur nature même les prestations pour accident, qui sont mentionnées comme une des sources possibles à l'alinéa (vi), et les prestations d'invalidité de longue durée, qui sont mentionnées comme une des sources possibles à l'alinéa (vii), sont payables à l'avenir, me confortent dans l'opinion que ces prestations sont visées par le sens prospectif que j'attribue à l'expression « est en droit de recouvrer » à l'alinéa 4b).

À mon avis, la position qu'ont adoptée les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard est bien fondée étant donné le résultat qu'a implicitement laissé entrevoir la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Somersall*.

Il faut reconnaître, toutefois, que dans ni l'une ni l'autre des décisions il n'a été directement question des prestations d'invalidité du RPC. Il faut également souligner que les prestations d'invalidité du RPC ne font pas expressément partie des chefs énumérés au titre desquels le demandeur admissible a un droit de recouvrement en vertu de l'alinéa 4b) de l'avenant [F.A.N.-B. n°] 44.

Cela dit, je dois tenir compte de deux considérations.

En premier lieu, je suis lié par le jugement de notre Cour d'appel dans l'arrêt *Melanson*, quel que soit le poids

jurisprudentiel que puissent avoir les décisions des cours d'appel de nos provinces sœurs des Maritimes.

En second lieu, je ne puis suivre ces précédents que si je suis d'abord convaincu qu'il faut tenir pour acquis que les observations que la Cour suprême a faites dans l'arrêt *Somersall* sont venues infirmer l'arrêt *Melanson*.

L'arrêt *Somersall* ne concerne pas directement l'article 4 de l'avenant SEF 44 [ou de l'avenant F.A.N.-B. n° 44]. Il ne dit pas qu'il y a lieu de considérer l'arrêt *Melanson* comme étant infirmé ou modifié. Dans la mesure où l'on peut considérer que cet arrêt modifie le moment où se « cristallise » le droit de recouvrement, le faisant passer de la date du jugement dans l'action en responsabilité délictuelle à la date du délit lui-même, il donne naissance aux arguments voulant que ce soient toutes les prestations d'invalidité du RPC qui doivent être déduites ou au contraire, qu'aucune ne doive l'être.

Quoi qu'il en soit, à ce moment-ci dans notre ressort, le droit en vigueur au Nouveau-Brunswick est celui qui est énoncé dans l'arrêt *Melanson*.

C'est à notre Cour d'appel qu'il appartient de décider s'il y a lieu de reformuler le droit en vigueur pour suivre le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Somersall*.

Par conséquent, je suis lié par le droit tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *Melanson* et les prestations d'invalidité du RPC qui ont été versées à la demanderesse jusqu'à la date du règlement amiable doivent être soustraites de la somme payable à cette dernière en application de l'avenant [F.A.N.-B. n° 44] établi par son assureur, mais les prestations versées après cette date ne doivent pas être déduites [par. 6 à 20].

[21] Economical interjette appel de cette décision, avec notre permission, et prétend que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision : (1) en ne reconnaissant pas que l'arrêt *Somersall c. Friedman* a effectivement infirmé la conclusion tirée dans l'arrêt *Melanson c. Co-operators*, que l'indemnité payable à un demandeur admissible en application de la clause 4 se cristallise au moment

où le jugement est rendu dans l'action en responsabilité délictuelle; (2) en ne déterminant pas les déductions prescrites par la clause 4b) conformément au raisonnement suivi par la majorité dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, lequel, selon ce que prétend Economical, signifie qu'il faut établir par projection, à la date de l'accident, toutes les sommes susceptibles d'être recouvrées de toutes les sources; (3) en déterminant que les prestations d'invalidité du RPC ne sont pas déductibles en application de la clause 4b)(vii); et (4) en n'écartant pas l'arrêt *Melanson c. Co-operators* pour le motif que contrairement à M<sup>me</sup> Lapalme, le demandeur admissible dans cette affaire avait obtenu, devant la Cour du Banc de la Reine, un jugement établissant les dommages-intérêts qu'il était en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré.

### III. Les dispositions-clefs de l'avenant F.A.N.-B. n° 44

[22] La clause 2 :

#### 2. NATURE ET ÉTENDUE DE L'ASSURANCE

En contrepartie de la prime fixée et sous réserve des dispositions du présent avenant, l'assureur indemnise tout demandeur admissible de la somme qu'il est en droit de recouvrer d'un automobiliste sous-assuré à titre de dommages-intérêts compensatoires par suite du décès d'un assuré ou des préjudices corporels subis par un assuré dans un accident découlant de l'utilisation ou de l'opération d'un véhicule automobile.

[23] La clause 4 :

#### 4. SOMME PAYABLE PAR DEMANDEUR ADMISSIBLE

a) La somme payable à un demandeur admissible en application du présent avenant est calculée en soustrayant des dommages-intérêts que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré le total des sommes visées à l'alinéa 4b). Toutefois, l'assureur ne peut

être tenu de verser une somme supérieure à la somme prévue au paragraphe 3 du présent avenant.

- b) La somme payable à un demandeur admissible en application du présent avenant constitue une garantie complémentaire aux sommes qu'il recouvre effectivement d'une autre source (autre que les sommes payables au décès en vertu d'un contrat d'assurance) et aux sommes qu'il est en droit de recouvrer des sources suivantes (qu'il exerce son droit ou non) :
- (x) les assureurs de l'automobiliste sous-assuré et les cautions, cautionnements en espèces ou autres garanties de responsabilité financière donnés à l'égard de ce dernier;
  - (xi) les assureurs des coresponsables des pertes subies par un assuré;
  - (xii) la Société de l'assurance automobile du Québec;
  - (xiii) un fonds d'indemnisation pour jugements inexécutés ou autre programme semblable (ou les sommes qui auraient été payables sur ces fonds en l'absence du présent avenant);
  - (xiv) la garantie non-assurance des tiers prévue dans un contrat d'assurance responsabilité automobile;
  - (xv) un programme d'indemnisation des victimes d'accidents automobiles en vigueur là où l'accident s'est produit;
  - (xvi) un contrat d'assurance prévoyant des prestations pour incapacité, pour perte de revenu ou pour frais médicaux et réadaptation fonctionnelle;
  - (xvii) les lois sur les accidents du travail ou autres lois semblables en vigueur là où l'accident s'est produit et applicables aux préjudices ou au décès en question;

(xviii) une assurance familiale prévue dans un contrat d'assurance responsabilité automobile.

IV. D'autres dispositions de l'avenant F.A.N.-B. n° 44

[24]

La clause 5 :

5. CALCUL DE LA SOMME QUE LE DEMANDEUR ADMISSIBLE EST EN DROIT DE RECOUVRER

- g) La somme qu'un demandeur admissible est en droit de recouvrer est calculée suivant la procédure établie dans le contrat d'assurance pour le calcul du quantum des dommages-intérêts et l'imputation de la responsabilité aux fins de la garantie non-assurance des tiers.
- h) Dans le calcul de la somme que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré, le quantum des dommages-intérêts est établi en fonction du droit applicable dans la province régissant le contrat d'assurance et la responsabilité est imputée en fonction du droit applicable là où l'accident s'est produit.
- i) Dans le calcul de la somme que le demandeur admissible est en droit de recouvrer, aucune somme n'est incluse au titre de l'intérêt avant-jugement couru avant l'avis requis par le présent avenant.
- j) Dans le calcul de la somme que le demandeur admissible est en droit de recouvrer, aucune somme n'est incluse au titre de dommages-intérêts punitifs, exemplaires, alourdis ou autres adjugés, en totalité ou en partie, en fonction de la conduite de l'automobiliste sous-assuré ou des coresponsables, sauf dans la mesure où ces dommages-intérêts visent à compenser des pertes réelles du demandeur admissible.

- k) Dans le calcul de la somme que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré visé au sous-alinéa 1e)(i), aucune somme n'est incluse à l'égard des dépens.
- l) L'assureur n'est lié par les conclusions d'un tribunal sur le quantum des dommages-intérêts ou sur l'imputation de la responsabilité que si on lui a fourni une occasion raisonnable de se constituer partie aux procédures.

[25]

La clause 6 :

## 6. PROCÉDURES

- d) La garantie de l'assureur envers le demandeur admissible prévue dans le présent avenant n'est exécutoire que si les conditions suivantes sont remplies :
  - (iv) le demandeur admissible, dans les plus brefs délais, déclare par écrit, avec les détails dont il dispose, tout accident entraînant le décès d'un assuré ou lui causant des blessures ainsi que la réclamation en découlant;
  - (v) le demandeur admissible, s'il en est requis, donne le détail de tout contrat d'assurance dont il peut bénéficier, autre que les contrats d'assurance-vie;
  - (vi) le demandeur admissible et l'assuré se soumettent à un interrogatoire sous serment et produisent pour examen, au lieu et au moment raisonnablement fixés par l'assureur ou son représentant, toutes les pièces dont ils ont la possession ou le contrôle touchant les questions en litige et permettent qu'il en soit tiré des extraits et des copies.
- e) Lorsqu'un demandeur admissible introduit une action en dommages-intérêts pour préjudice corporel ou décès contre le propriétaire ou le conducteur d'un véhicule

automobile impliqué dans l'accident, une copie du bref d'assignation ou de l'acte introductif d'instance est immédiatement remise ou expédiée par courrier recommandé au bureau principal ou au siège social de l'assureur dans la province, accompagnée de précisions sur l'assurance et le sinistre.

- f) Les instances et poursuites engagées contre l'assureur en vertu du présent avenant se prescrivent par 12 mois à compter de la date à laquelle le demandeur admissible ou ses représentants légaux ont pris connaissance ou auraient dû prendre connaissance du fait que le montant des réclamations à l'égard de l'assuré était supérieur à la limite minimale de l'assurance responsabilité automobile dans la province ou le territoire où s'est produit l'accident. Cette disposition n'a pas pour effet de prescrire les actions intentées dans les 2 ans de la date de l'accident.

[26]

La clause 9 :

#### 9. SUBROGATION

L'assureur est subrogé dans les droits du demandeur admissible qui fait une demande en vertu du présent avenant et il peut poursuivre l'automobiliste sous-assuré et les personnes visées à l'alinéa 4b) en son nom.

[27]

La clause 10 :

#### 10. CESSION DES DROITS ET RECOURS

En contrepartie des paiements faits en vertu du présent avenant, l'assureur est en droit d'exiger que le demandeur admissible lui cède ses droits de recours, que ceux-ci aient ou non fait l'objet d'un jugement, et le demandeur admissible s'engage à lui prêter concours, sauf pécuniairement, dans l'exercice des droits subrogés ou ainsi cédés.

V. Analyse et décision

[28] La Cour suprême, cela est bien connu, a à maintes reprises souligné que bien qu'il faille donner effet au libellé non équivoque d'un contrat, en matière d'assurance, les contrats d'adhésion comme l'avenant F.A.N.-B. n° 44 doivent être interprétés « *contra proferentem*, ou en faveur de l'[assuré] » lorsque les règles générales d'interprétation des contrats ne permettent pas de dissiper l'ambiguïté qui est à l'origine du différend qui oppose les parties : *Somersall c. Friedman*, au par. 47, et *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] A.C.S. n° 33 (QL), aux par. 21 à 24. Les ambiguïtés réelles doivent être levées contre l'assureur : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances*, 2008 CSC 66, [2008] 3 R.C.S. 453, aux par. 33, 73, 74 et 75. Corrélativement, les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive : *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, au par. 70.

[29] L'avenant F.A.N.-B. n° 44 est un document qui a été soigneusement rédigé. Il faut, de ce fait, l'interpréter en tenant compte de ce qui y est réellement dit; les tribunaux n'ont pas à réécrire cet avenant en faveur soit de l'assureur, soit de l'assuré, à moins, bien sûr, qu'une demande en rectification n'ait été faite et établie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[30] La clause 2 (« Nature et étendue de l'assurance ») est une disposition concernant la garantie : elle énonce les paramètres de l'obligation fondamentale de l'assureur en matière d'indemnisation en vertu de l'avenant F.A.N.-B. n° 44. Sous réserve des autres dispositions de l'avenant, cette clause oblige l'assureur à indemniser tout demandeur admissible des dommages-intérêts que celui-ci « est » en droit de recouvrer d'un automobiliste sous-assuré. Dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, la majorité a appliqué les principes favorisant l'assuré qui sont esquissés au paragraphe qui précède et a statué que la date de l'accident de véhicule à moteur qui a donné lieu aux pertes



sous-jacentes était la date à laquelle il fallait se reporter pour déterminer si le demandeur admissible « est » en droit ou « a » le droit de recouvrer une somme de l'automobiliste sous-assuré. Si ce droit existe à ce moment-là, la condition préalable énoncée à la clause 2 est remplie et une extinction subséquente du droit en question n'a aucune incidence. Heureusement pour les demanderesse admissibles dans l'affaire *Somersall c. Friedman* (et sans doute pour l'assureur de leurs avocats), l'interprétation retenue par la majorité a permis que l'instruction des demandes contestées présentées en application de l'avenant n° 44 se poursuive. Une des questions primordiales, dans le présent appel, est celle de savoir si cette interprétation de la clause 2 qui est indéniablement favorable à l'assuré donne lieu à l'interprétation et à l'application de la clause 4 qui est favorable à l'assureur et que préconise Economical.

[31] La clause 4 (« Somme payable par demandeur admissible ») traite d'une question qui n'est ni explicitement ni expressément mentionnée à la clause 2 : le calcul de l'indemnité payable en vertu de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, processus qui nécessite une évaluation des dommages-intérêts suivie de la soustraction du total des sommes recouvrées de sources connexes conformément aux stipulations de la clause 4. Ce processus n'était pas en cause dans l'affaire *Somersall c. Friedman*.

[32] La clause 4a) établit une formule à deux étapes aux fins du calcul de la somme payable en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44.

[33] La première étape consiste dans la détermination des dommages-intérêts que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré. Au fil des deux dernières décennies, le législateur de notre province a adopté un certain nombre de dispositions visant à réduire le montant qu'une partie lésée aurait par ailleurs recouvré en common law. Je songe aux dispositions suivantes de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12 : par. 265.2(1) (réduction présumée de 25 % pour défaut d'utiliser une ceinture de sécurité); par. 265.3(1) (perte actuelle de revenu limitée au revenu net d'impôt); par. 265.4(1) (les paiements reçus pour perte de revenu aux termes d'un texte législatif, aux termes d'un régime de prestations pour le maintien du

revenu ou en vertu d'un régime de congés de maladie doivent être portés en réduction de la perte actuelle de revenu); par. 265.5(1) (aucun intérêt avant jugement relativement à une perte non pécuniaire); et art. 265.21 (qui autorise le plafonnement à 2 500 \$ des dommages-intérêts généraux pour perte non pécuniaire susceptibles d'être accordés pour certaines blessures assez graves : *Fraser c. Haines*, 2008 NBCA 59, 334 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 182, la juge Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour). Il va sans dire que ces modifications législatives apportées à la common law ont augmenté les chances pour que les dommages-intérêts d'un demandeur admissible ne dépassent pas les limites de la garantie prévue par la police d'assurance de l'automobiliste fautif. La diminution de la fréquence des paiements versés en application de l'avenant F.A.N.-B. n<sup>o</sup> 44 qui en a résulté explique probablement en grande partie les primes relativement modestes qui ont été demandées jusqu'à maintenant pour cet avenant. Je veux tout simplement en venir à ceci : il ne faudrait pas qu'étant donné le coût de la garantie constituée par l'avenant F.A.N.-B. n<sup>o</sup> 44, les ambiguïtés contenues dans les dispositions de la clause 4 relatives aux déductions soient levées en faveur de l'assureur.

[34] La deuxième étape prévue à la clause 4 consiste à soustraire des dommages-intérêts que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré le total de certaines « sommes ». À l'instar des clauses d'exclusion types, les dispositions de la clause 4 relatives aux déductions ont pour objet de réduire la garantie et de ce fait, elles devraient, également, faire l'objet d'une interprétation restrictive. Quoi qu'il en soit, toute ambiguïté réelle que pourrait comporter leur libellé doit être levée en faveur de l'assuré, pas de l'assureur : *Somersall c. Friedman*, au par. 47, et *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, au par. 70.

[35] La clause 4b) répartit les « sommes » à déduire en deux catégories.

[36] La première est constituée des sommes que le demandeur admissible « recouvre effectivement » d'une « autre source ». Une seule des sommes que le demandeur « recouvre effectivement » échappe à cette obligation globale de

soustraction : la somme payable à la suite d'un décès en vertu d'un contrat d'assurance. Cette exception ne s'applique en l'espèce. Pour en revenir à la présente affaire, les parties s'entendent pour reconnaître que c'est à bon droit que dans l'arrêt *Melanson c. Co-operators* la Cour a statué que les prestations d'invalidité du RPC que le demandeur admissible recouvre effectivement relèvent de cette catégorie et sont donc déductibles.

[37] La deuxième catégorie comprend les sommes qui n'ont pas été effectivement recouvrées mais que le demandeur admissible est en droit de recouvrer, qu'il exerce son droit ou non. Chose importante pour l'analyse qui suit, cette catégorie montre que le caractère « complémentaire » de la garantie prévue par l'avenant F.A.N.-B. n° 44 est loin d'être absolu : en effet, au lieu de viser toutes les sources quelles qu'elles soient, cette catégorie n'englobe que les neuf sources mentionnées aux clauses 4b)(i) à (ix). Il peut être opportun de rappeler ici certaines propositions élémentaires : plutôt que de lever les véritables ambiguïtés que peuvent contenir les dispositions de la clause 4b) relatives aux déductions en faveur de l'assureur en s'appuyant sur l'objectif de « complémentarité » de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, les tribunaux ont le devoir de choisir parmi les interprétations raisonnables qui sont possibles celle qui favorise l'assuré. Après tout, « il [appartient aux assureurs] de veiller à la précision et à la clarté du texte » (voir *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., réédition de 2003, vol. 25, par. 87) et les assureurs ont retenu une formulation qui indique clairement que l'avenant F.A.N.-B. n° 44 n'est pas complémentaire à toutes les prestations susceptibles d'être recouvrées de quelque autre source connexe que ce soit : lorsqu'il s'agit des sommes que le demandeur admissible est en droit de recouvrer, l'avenant F.A.N.-B. n° 44 n'est complémentaire qu'aux sommes provenant des sources énumérées à la clause 4b).

[38] Une des sources énumérées à la clause 4b)(vii) est « un contrat d'assurance » prévoyant des prestations pour incapacité. Le présent appel soulève deux questions d'interprétation relativement à cette clause.

[39] Le premier débat ressortissant à l'interprétation oppose l'une à l'autre des opinions divergentes qui supposent des issues profondément différentes en ce qui

concerne les montants susceptibles d'être payés en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44. M<sup>me</sup> Lapalme prétend que la clause 4b) ne prescrit pas la déduction des prestations d'invalidité du RPC versées après le règlement amiable de son action en responsabilité délictuelle alors qu'Economical fait valoir d'autres prétentions : premièrement, elle dégage de l'arrêt *Somersall c. Friedman* la directive implicite de soustraire une somme équivalant à la valeur actualisée, à la date de l'accident, de la totalité des prestations d'invalidité du RPC qui sont recouvrables; deuxièmement, elle revendique, à tout le moins, le droit de soustraire toutes les prestations d'invalidité du RPC que M<sup>me</sup> Lapalme a recouvrées et est en droit de recouvrer au moment de la détermination de la somme payable en application de l'avenant F.A.N.-B. n° 44.

[40] Comme notre formation l'a souligné à l'audience, l'arrêt *Somersall c. Friedman* ne contient même pas une tentative d'interprétation de la clause 4, et à plus forte raison de ses dispositions relatives aux déductions, le débat devant la Cour suprême ayant exclusivement porté sur la clause 2. De plus, comme je l'ai mentionné dans mes remarques introductives, la façon plutôt large dont Economical interprète l'incidence de l'arrêt *Somersall c. Friedman* est irréconciliable avec plusieurs des caractéristiques fondamentales des dispositions relatives aux déductions qui sont énoncées à la clause 4b). En effet, si on y souscrivait, cette interprétation se trouverait à réécrire les dispositions en question en faveur de l'assureur.

[41] En premier lieu, elle rendrait inopérante la catégorie des déductions ressortissant aux sommes « effectivement recouvrées » : si toutes les déductions devaient être calculées à la date de l'accident, il ne pourrait jamais y avoir déduction d'une somme que le demandeur admissible recouvre effectivement. Pourtant, la clause 4b) prévoit explicitement une déduction de cette nature.

[42] En second lieu, les mots soulignés dans la phrase « [l]a somme payable à un demandeur admissible en application du présent avenant constitue une garantie complémentaire [...] aux sommes qu'il est en droit de recouvrer [...] (qu'il exerce son droit ou non) » perdraient aussi tout leur sens. Je reconnais que les rédacteurs emploient à

l'occasion des mots superflus. J'en veux pour exemple l'emploi, dans la version anglaise, du mot « legally » dans l'expression « is legally entitled to recover »: être en droit de recouvrer, dans ce contexte, peut uniquement vouloir dire être légalement en droit de recouvrer. À cet égard, il vaut la peine de mentionner que la version française de la clause 4 fait correspondre l'expression « any amounts the eligible claimant is entitled to recover » à l'expression « aux sommes qu'il est en droit de recouvrer ». Néanmoins, et en règle générale, l'interprétation des contrats exige que l'on attribue un sens à chacun des mots que les parties ont employés (voir l'arrêt *Art Hauser Centre Board Inc. c. Canadian Union of Public Employees Local No. 882*, 2008 SKCA 121, [2008] S.J. No. 574 (QL)). Corrélativement, chaque mot employé dans un contrat est [TRADUCTION] « réputé avoir un sens » (voir la décision *Hanna Collision Repair (1984) Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2009 BCSC 1200, [2009] B.C.J. No. 1758 (QL), et les arrêts *Pass Creek Enterprises Ltd. c. Kootenay Custom Log Sort Ltd.*, 2003 BCCA 580, [2003] B.C.J. No. 2508 (QL), *Scanlon c. Castlepoint Development Corp.*, [1992] O.J. No. 2692 (C.A.) (QL), au par. 89, *National Trust Co. c. Mead*, [1990] 2 R.C.S. 410, [1990] A.C.S. n° 76 (QL), au par. 26, et *Robichaud et al. c. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée. et autre*, 2008 NBCA 12, 328 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 205, au par. 32). Les rédacteurs de la clause 4b) n'auraient pas évoqué la question de l'exercice du droit à des sommes non recouvrées s'ils avaient voulu que les montants à déduire soient calculés à la date de l'accident qui est à l'origine de la perte : il va sans dire qu'à cette date, l'exercice de ce droit n'est pas, tant s'en faut, une possibilité réaliste.

[43] En troisième lieu, une quelconque déduction, qu'elle soit faite dans le cadre de la première ou de la deuxième catégorie, ne le serait pas au titre de « sommes » que le demandeur admissible recouvre effectivement ou de « sommes » qu'il est en droit de recouvrer, mais au titre de la valeur actualisée (à la date de l'accident) de ces sommes. La clause 4b) prévoit la soustraction du total des « sommes » que le demandeur admissible recouvre effectivement et des « sommes » qu'il est en droit de recouvrer, pas de la valeur de ces sommes à un moment antérieur à la date à laquelle elle seront exigibles.

[44] La deuxième question d'interprétation est celle de savoir si les prestations d'invalidité du RPC qui n'ont pas été effectivement recouvrées sont néanmoins susceptibles d'être soustraites en vertu de la clause 4b)(vii) à titre de « sommes [que le demandeur admissible] est en droit de recouvrer [aux termes d'] un contrat d'assurance prévoyant des prestations pour incapacité ». À l'appui d'une réponse affirmative à cette question, Economical invoque l'arrêt *Gignac c. Neufeld*, qui fait l'objet d'un examen plus approfondi aux paragraphes 82 à 88. Je ne doute pas un seul instant que c'est à bon droit que la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que l'assemblée législative de l'Ontario avait voulu englober les prestations d'invalidité du RPC en employant l'expression « contrat d'assurance » dans la disposition législative dont il était question dans l'affaire *Gignac c. Neufeld*. Il est manifeste que cette décision, bien qu'elle n'ait pas force obligatoire, constituerait un appui formidable pour Economical si les faits de cette affaire étaient sensiblement similaires à ceux de la présente instance. Toutefois, le débat en l'espèce est essentiellement différent de celui qu'a tranché l'arrêt *Gignac c. Neufeld* : la question en litige en l'espèce consiste à savoir si les prestations d'invalidité du RPC sont versées en application d'un « contrat d'assurance » pour les fins de la clause 4b)(vii). Si elles ne le sont pas, il sera inutile de trancher la question plus large qui consiste à savoir si la clause 4 vise les prestations d'invalidité futures. La discussion à ce propos devra tenir compte de la jurisprudence opposée à la reconnaissance d'un droit actuel et exécutoire à des prestations d'invalidité futures. Le droit à ces prestations est invariablement conditionnel à la capacité de l'assuré de remplir certaines conditions préalables qui ne prendront naissance que pendant la période future à laquelle la prestation se rapporte. À cet égard, je désire mettre en relief l'observation suivante que l'on trouve dans l'ouvrage de Norwood et Weir, intitulé *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 2002) :

[TRADUCTION] [...] on ne saurait tirer une conclusion de responsabilité pour incapacité *future* contre l'assureur qui fournit la garantie d'assurance-invalidité, puisque l'invalidité, ou l'incapacité, est une question que l'assuré demeure tenu d'établir par des éléments de preuve à l'occasion et de manière continue [p. 479].

[En italique dans l'original.]

La décision rendue dans l'arrêt *Melanson c. Co-operators* qui confirme la non-déductibilité des prestations d'invalidité futures sous le régime de la clause 4b) est conforme à cet énoncé de l'état du droit.

A. *La date du règlement amiable comme date limite aux fins de la déduction des prestations du RPC effectivement recouvrées*

[45] Les parties s'entendent pour reconnaître que M<sup>me</sup> Lapalme a touché des prestations d'invalidité du RPC tant avant qu'après la passation du règlement amiable. Si j'ai bien compris le dossier, elles reconnaissent également qu'elle a reçu toutes les prestations d'invalidité du RPC auxquelles elle a actuellement droit. Cela dit, rien ne garantit qu'elle continuera de recevoir ces prestations d'ici au procès et par la suite.

[46] Comme nous l'avons vu, M<sup>me</sup> Lapalme prétend que la décision de notre Cour dans l'affaire *Melanson c. Co-operators* prive Economical du droit qu'elle revendique à la déduction des prestations d'invalidité du RPC reçues après le règlement amiable, opinion qui l'a emporté en première instance. Economical, quant à elle, prétend dans son mémoire que l'arrêt *Somersall c. Friedman* [TRADUCTION] « enlève toute justification à une quelconque distinction entre les prestations passées et futures du RPC ». Il en serait ainsi parce dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, la majorité a conclu que [TRADUCTION] « les conditions qui doivent être réunies pour que soit conféré à l'assuré le droit de recouvrement prévu à l'avenant F.A.N.-B. n° 44 le sont au moment où le délit est commis ». Economical s'appuie ensuite sur les arrêts *MacNeill c. Co-operators* et *Campbell-MacIsaac c. Deveaux* pour prétendre qu'elle a le droit de déduire à la fois les prestations d'invalidité [TRADUCTION] « passées et futures » du RPC. Je ne souscris, en toute déférence, ni à la prétention de M<sup>me</sup> Lapalme ni à celle d'Economical.

[47] Comme je l'ai souligné au paragraphe 18, il n'est pas question, à la clause 4, de prestations [TRADUCTION] « passées » et [TRADUCTION] « futures » ni de sommes [TRADUCTION] « passées » et [TRADUCTION] « futures ». Cette clause établit une différence entre les sommes que le demandeur admissible recouvre

effectivement et les sommes qu'il est en droit de recouvrer. La clause 5 de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 (« Calcul de la somme que le demandeur admissible est en droit de recouvrer ») énonce le cadre procédural général qui régit le calcul de la somme que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré.

[48] Aux termes de la clause 5a), la somme qu'un demandeur admissible est en droit de recouvrer doit être calculée suivant la procédure établie au chapitre D (« Couverture d'automobiles non assurées ») pour le calcul du quantum des dommages-intérêts et l'imputation de la responsabilité. Cette procédure est énoncée à la clause 5 du chapitre D (« Modalités de règlement ») et elle prévoit deux modalités en vue du règlement d'un quelconque différend. Le premier est l'arbitrage, auquel cas la *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B. 1992, ch. A-10.1, s'applique. Le deuxième consiste dans une action que le demandeur admissible engage contre l'assureur devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. Je souligne incidemment que la clause 5(3) du chapitre D dispose que l'assureur peut, lorsqu'il défend une action, contester le droit légal du requérant de recouvrer des dommages-intérêts ou le montant des dommages-intérêts payables, « seulement si la question n'a pas déjà été décidée dans une action contestée devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick ». Il est peut-être nécessaire d'interpréter cette disposition à la lumière de la clause 5f) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 de telle sorte que l'assureur serait uniquement lié par les conclusions de la Cour du Banc de la Reine sur le quantum des dommages-intérêts ou sur l'imputation de la responsabilité si on lui a fourni une occasion raisonnable de se constituer partie aux procédures. En l'espèce, il n'y a aucune conclusion de la Cour du Banc de la Reine sur le quantum des dommages-intérêts.

[49] À mon avis, la conclusion tirée dans l'arrêt *Melanson c. Co-operators* concernant la date de la cristallisation est liée au fait que les dommages-intérêts de M<sup>me</sup> Melanson au titre de l'accident avaient été calculés dans une décision judiciaire antérieure. Les dommages-intérêts de M<sup>me</sup> Lapalme n'ont pas été déterminés lors du règlement amiable et ils n'ont pas encore été calculés par un juge de la Cour du Banc de la Reine. Puisque tel est le cas, la conclusion tirée dans *Melanson c. Co-operators*



relativement à la cristallisation n'est pas déterminante en ce qui concerne la présente controverse et l'examen du bien-fondé de cette conclusion attendra une instance analogue en tous points à cette affaire. Il devrait aller de soi qu'un débat sur cette question nécessitera un examen approfondi de toutes les dispositions pertinentes de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, tout particulièrement de la clause 5f) qui n'a pas été mentionnée dans l'arrêt *Melanson c. Co-operators*. Quoiqu'il en soit, en engageant son action sous-jacente devant la Cour du Banc de la Reine, M<sup>me</sup> Lapalme a choisi la procédure prévue à la clause 5(1)c) du chapitre D : ce sera à la Cour du Banc de la Reine qu'il appartiendra d'imputer la responsabilité et de calculer le quantum des dommages-intérêts conformément aux conditions de l'avenant F.A.N.-B. n° 44.

[50] La clause 5b) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 dispose que « [d]ans le calcul de la somme que le demandeur admissible est en droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré, le quantum des dommages-intérêts est établi en fonction du droit applicable dans la province régissant le contrat d'assurance ». Le droit applicable est celui de la Province du Nouveau-Brunswick. Ainsi, la clause 4 envisage le déroulement d'un processus de longue date qu'appliquent d'une façon presque métronomique les avocats plaidants et les juges de notre Province, processus qui suppose le calcul « du montant des dommages-intérêts payables » (voir la clause 5(3)b) du chapitre D) à la date de la décision. Dans notre province, la perte pécuniaire subie avant la décision doit être indemnisée par des dommages-intérêts particuliers alors que la valeur actualisée (à la date de la décision) de la perte pécuniaire subséquente est admise au titre des dommages-intérêts généraux pour perte pécuniaire (voir l'arrêt *Abu-Bakare c. Vincent*, 2003 NBCA 42, 259 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 66). Les dommages-intérêts particuliers doivent être calculés « jusqu'à ce moment-là » [le moment de leur liquidation] (règle 54.10(1) des *Règles de procédure*) tandis que les dommages-intérêts généraux, pour perte pécuniaire et extrapécuniaire, sont calculés à la date de leur évaluation ou de la décision. En ce qui concerne les dommages-intérêts particuliers, la condition susmentionnée s'applique dans tous les cas, y compris ceux où les dommages-intérêts doivent être évalués relativement à une cause d'action qui se continue, à des violations répétées d'obligations qui renaissent

périodiquement ou à des violations intermittentes d'une obligation continue (voir la règle 54.10(1)).

[51] Certes, dans notre ressort, le calcul des dommages-intérêts lui-même est incomplet sans la déduction des paiements ou prestations provenant de différentes sources connexes. Ainsi, les indemnités sans égard à la faute versées ou susceptibles de l'être en application du chapitre B sont calculées et déduites à la date de la décision, comme le sont les paiements reçus pour perte de revenu « actuelle » aux termes d'un texte législatif ou aux termes d'un régime de prestations pour le maintien du revenu et les paiements reçus en vertu d'un régime de congés de maladie (voir les par. 263(2) et 265.4(1) de la *Loi sur les assurances*). Je ne trouve rien dans le libellé de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 qui appuie la thèse voulant que ses rédacteurs aient voulu s'écarter de la démarche communément appliquée et exiger du décideur visé à la clause 5 qu'il calcule à un moment autre que celui de la décision ou de leur attribution, les dommages-intérêts (y compris la déduction de sommes provenant de sources connexes qui est exigée par une loi et en common law) et les déductions conformément à la clause 4. En fait, le libellé de la clause 5b), interprétée dans son contexte, contredit cette thèse.

[52] Le droit à des dommages-intérêts compensatoires peut fort bien avoir pris naissance au moment de l'accident, mais le quantum de ces dommages-intérêts doit être déterminé à la date de la décision. De plus, comme je l'ai indiqué, le règlement amiable ne prétend pas, à cet égard, modifier l'avenant F.A.N.-B. n° 44 de quelque façon que ce soit.

[53] D'ailleurs, le règlement amiable ne fait état d'aucune entente définitive sur le quantum des dommages-intérêts de M<sup>me</sup> Lapalme et encore moins d'un consensus sur la somme qui lui est payable aux termes de la clause 4 de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 . Le paragraphe 5 du règlement amiable est pertinent à ce propos et il est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

Malgré le paiement par Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, au nom de Sandra Young, de la limite

de garantie de deux cent mille dollars (200 000 \$) à la demanderesse Ginette Lapalme, Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, aura le droit de contester le quantum des dommages-intérêts sollicités par Ginette Lapalme ou le fait qu'il excéderait la limite de garantie stipulée dans la police d'assurance établie en faveur de la défenderesse Sandra Young.

[54] Cela étant, je ne vois pas sur quoi repose la conclusion voulant que les prestations d'invalidité du RPC reçues après la signature du règlement amiable ne soient pas déductibles en application de la clause 4. Sur cette question, je souscris, pour l'essentiel, à l'opinion qu'a exprimée Economical dans l'extrait suivant du mémoire qu'elle a déposé en appel :

[TRADUCTION]

[33] L'emploi du passé, dans la version anglaise, dans l'expression « amounts actually recovered » [« sommes qu'il recouvre effectivement »] désigne nécessairement une des trois dates suivantes : la date de l'accident, la date du [règlement amiable] ou la date du jugement rendu relativement à l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44. La première de ces trois possibilités est illogique. L'avenant [F.A.N.-B.] n° 44 a pour objet d'indemniser le demandeur des dommages subis dans un accident de véhicule à moteur lorsque l'auteur du délit est sous-assuré (*Somersall*, au par. 17). De ce fait, lorsqu'on interprète l'expression « any amount actually recovered » [« sommes qu'il recouvre effectivement »] à la lumière de l'avenant dans son ensemble, elle ne peut s'entendre que des sommes recouvrées relativement à l'accident de véhicule à moteur. Ces sommes doivent donc être recouvrées après l'accident; il serait absurde que l'avenant mentionne une indemnité qui aurait été recouvrée relativement à un accident avant que celui-ci ne se produise.

[34] La deuxième possibilité, savoir que l'expression « any amount actually recovered » [« sommes qu'il recouvre effectivement »] désigne la date du [règlement amiable] semble mal fondée dès lors que l'on reconnaît que la [date cruciale pour les fins du droit de recouvrement] est la date de l'accident. Si le droit de recouvrement de l'assuré en application de l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44 prend naissance au moment de l'accident, et si les sommes

auxquelles il a droit sont définitivement calculées à la date du jugement rendu relativement à l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44, il n'y a aucune raison d'interpréter l'alinéa 4b) en se reportant à la date du [règlement amiable]. Une interprétation plus intuitive de l'alinéa 4b) consisterait plutôt à évaluer les sommes effectivement recouvrées au moment du jugement rendu relativement à l'avenant [F.A.N.-B.] n° 44, moment où l'étendue de la responsabilité de l'assureur aux termes de l'avenant est déterminée d'une façon définitive.

[55] Cela m'amène à examiner les deux arrêts sur lesquels *Economical* s'appuie dans son mémoire pour prétendre que le total de toutes les sommes « passées et futures » doit être calculé à la date de l'accident.

[56] Dans l'affaire *MacNeill c. Co-operators*, les parties avaient demandé à la Cour, par la voie d'un exposé de cause, de trancher certaines questions de droit concernant l'application de la législation en matière d'indemnisation des accidents du travail en vigueur à l'Île-du-Prince-Édouard au titre d'une demande fondée sur l'avenant SEF 44. Stephen MacNeill avait subi des blessures lorsque le véhicule qu'il conduisait était entré en collision avec un véhicule conduit par Raymond Wright. Le véhicule que conduisait M. MacNeill appartenait à son employeur et était assuré par la compagnie d'assurance *Co-operators* par l'intermédiaire d'une police assortie d'un avenant SEF 44. M. MacNeill a poursuivi M. Wright en responsabilité délictuelle et la *Co-operators* en vue d'être indemnisé conformément à l'avenant SEF 44. Après que M. Wright fut décédé, sa succession a été ajoutée comme partie. La limite de l'assurance responsabilité civile fixée dans la police applicable au véhicule de M. Wright était de 200 000 \$ alors que le risque maximal assuré par la *Co-operators* en vertu de l'avenant SEF 44 s'établissait à 1 000 000 \$.

[57] Puisque la collision s'était produite dans le cadre de son emploi, M. MacNeill a touché des indemnités pour accident du travail pendant qu'il se remettait de ses blessures. Quelque temps après l'accident, l'assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard a abrogé la loi sur l'indemnisation des accidents du travail qui

était alors en vigueur et l'a remplacée par la *Workers Compensation Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. W-7.1. Cette *Loi* contenait une nouvelle disposition aux termes de laquelle un travailleur blessé dans un accident de véhicule à moteur était réputé ne pas avoir droit aux indemnités prévues par la *Loi* pour les fins de la *Insurance Act* de l'Île-du-Prince-Édouard ou d'un contrat d'assurance en vigueur à la date de l'accident. Avant cet amendement, les assureurs en vertu de l'avenant SEF 44 étaient autorisés à soustraire, conformément à la clause 4, les indemnités pour accident du travail.

[58] Co-operators a prétendu que la modification à la *Loi* n'avait pas d'effet rétroactif et qu'elle avait le droit de déduire non seulement les prestations effectivement recouvrées mais aussi une somme correspondant à la valeur actualisée des prestations susceptibles d'être versées régulièrement à M. MacNeill à l'avenir. M. MacNeill et la Workers Compensation Board ont quant à eux prétendu que la nouvelle disposition s'appliquait à l'instance et que, de toute façon, il ne pouvait y avoir aucune déduction en vertu de l'avenant SEF 44 parce que les dommages-intérêts de M. MacNeil n'avaient pas encore été déterminés et celui-ci n'était donc [TRADUCTION] « en droit de recouvrer » (au sens des clauses 2 et 4) aucune somme de la succession de M. Wright. La commission a également revendiqué un droit de subrogation à l'endroit des sommes payables à M. MacNeill en application de l'avenant SEF 44.

[59] En première instance, la Cour a statué que les droits prévus à l'avenant SEF 44 avaient pris naissance au moment où l'accident s'était produit et donc avant l'adoption de la nouvelle *Loi*, laquelle ne devait pas être appliquée avec effet rétroactif. La Cour était d'avis que Co-operators pouvait déduire les indemnités pour accident du travail, y compris les indemnités futures, et que ni l'avenant SEF 44 ni la *Loi* ne conféraient à la commission un droit de subrogation en ce qui concernait les sommes payables en vertu de l'avenant SEF 44.

[60] Dans le cadre de l'appel interjeté par la commission et de l'appel reconventionnel de M. MacNeill, le jugement rendu en première instance a été confirmé. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a estimé que le droit

qu'avait l'assureur, en vertu de l'avenant SEF 44, de déduire les indemnités pour accident du travail énoncé à la clause 4b)(viii) et englobait toutes les indemnités ou prestations touchées par suite de l'accident, ce qui comprenait les indemnités futures versées à intervalles réguliers dont on avait établi qu'elles étaient payables à M. MacNeill. La façon dont la Cour a interprété l'effet de l'arrêt *Somersall c. Friedman* se situe au cœur même du raisonnement sur lequel s'appuie cette opinion :

[TRADUCTION]

[L]'analyse du juge Iacobucci dans l'arrêt *Somersall c. Friedman* relative à la cristallisation du droit d'être indemnisé pour les dommages subis est également pertinente et, je pense, décisive en ce qui concerne la question précise de savoir si les indemnités futures sont ou non comprises dans les sommes que M. MacNeil[1] est en droit de recouvrer de la Workers Compensation Board.

Comme nous l'avons souligné, l'avenant SEF 44 contient les dispositions suivantes :

[TRADUCTION]

4. SOMME PAYABLE PAR DEMANDEUR  
ADMISSIBLE

[...]

b) La somme payable à un demandeur admissible en application du présent avenant constitue une garantie complémentaire aux sommes qu'il recouvre effectivement d'une autre source (autre que les sommes payables au décès en vertu d'un contrat d'assurance) et aux sommes qu'il est en droit de recouvrer des sources suivantes (qu'il exerce son droit ou non) :

[...]

(viii) les lois sur les accidents du travail ou autres lois semblables en vigueur là où l'accident s'est produit et applicables aux préjudices ou au décès en question; [...]  
(Italique ajouté par la juge d'appel Webber.)

La somme payable par l'assureur constitue donc une garantie complémentaire aux sommes que M. MacNeill est « en droit de recouvrer » de la Workers Compensation Board, que M. MacNeill exerce ce droit ou non.

Les renvois à l'arrêt *Somersall c. Friedman* qui sont faits relativement à la première question soumise à notre Cour sont pertinents en ce qui concerne la deuxième question parce que l'analyse relative à la question 1(i) se rapportait au sens de l'expression [TRADUCTION] « en droit de recouvrer » dans le contexte de l'avenant S.E.F. 44. Comme je l'ai dit précédemment, le juge Iacobucci a clairement conclu que le droit de recouvrement se rapporte au moment où se produit l'événement qui donne lieu à la demande. Le droit de recouvrement se cristallise à la date de cet événement. La naissance de ce droit n'attend pas la détermination du quantum des dommages-intérêts ni même une décision sur la question de savoir s'il y avait un automobiliste non assuré ou sous-assuré. Il prend naissance au moment de l'accident. Comme l'a souligné l'avocate de l'assuré, une fois que tous les éléments de preuve ont été reçus, il se peut que le quantum correspondant à ce droit soit de zéro mais cela ne change rien au fait que le droit de recouvrement se cristallise au moment où se produit l'événement qui cause le préjudice.

À la lumière de cette analyse effectuée par la Cour suprême du Canada, je ne pense pas que les décisions rendues dans les affaires *Melanson* et *Doran* puissent être suivies. Les analyses qu'on y trouve étaient fondées sur une conclusion selon laquelle le droit de recouvrement ne s'était cristallisé qu'au moment où les dommages-intérêts avaient été évalués. Étant donné ce qu'a dit le juge Iacobucci dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, je ne puis souscrire à cette opinion sur le moment où se cristallise le droit de recouvrement. Si j'applique la démarche analytique approuvée dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, le droit de M. MacNeill de recouvrer des indemnités de la commission s'est cristallisé au moment de son accident.

Il n'y a donc aucune raison justifiant l'établissement d'une distinction entre les indemnités versées jusqu'à la date d'un quelconque jugement de la Cour et celles qui seront versées passé la date de ce jugement. Le droit à ces indemnités existait à la date de l'accident et il englobe toutes les indemnités ou prestations découlant de l'accident.

Il s'ensuit que le droit de l'assureur de déduire les indemnités pour accident du travail payables aux travailleurs victimes d'accidents du travail comprend le droit de déduire la valeur actualisée des indemnités pour accident du travail qui seront régulièrement versées à l'avenir au travailleur en question, parce que le travailleur a le droit de recouvrer ces indemnités à la date de l'accident. Toutefois, la question qui a été posée à notre Cour concerne les indemnités futures qui « pourraient » être versées, par opposition aux indemnités futures qui « seront » versées.

Il ne fait aucun doute que c'est à l'assureur qu'il incombe de prouver que des indemnités pour accidents du travail seront payables à l'avenir, à intervalles réguliers, au travailleur qui a été victime de l'accident avant qu'une déduction ne puisse être faite au titre de la valeur actualisée de ces indemnités.

En ce qui concerne la question du degré de probabilité requis pour s'acquitter de cette charge de la preuve, je souscris aux observations du juge d'appel McQuaid selon lesquelles cette question n'a pas été débattue devant nous et ne doit donc pas être tranchée à ce moment-ci.

La réponse à la question qui a été posée à notre Cour est la suivante : l'assureur peut déduire la valeur actualisée des indemnités ou prestations qui seront régulièrement versées au travailleur à l'avenir, dans la mesure où son droit à ces indemnités ou prestations a été prouvé [par. 56 à 65].

[C'est moi qui souligne.]

[61] La Cour a ensuite statué que la commission n'avait pas droit à la subrogation relativement aux sommes payables en vertu de l'avenant SEF 44, son droit de subrogation étant limité à l'action que M. MacNeill avait engagée contre l'auteur du délit, M. Wright.

[62] Au bout du compte, « la valeur actualisée des indemnités ou prestations qui seront régulièrement versées [à M. MacNeill] à l'avenir, dans la mesure où son droit à ces indemnités ou prestations a été prouvé » (par. 65) n'a pas été déterminée. La Cour a également refusé de préciser quelle norme de preuve serait applicable à ce droit.



[63] Dans l'affaire *Campbell-MacIsaac c. Deveaux*, la demanderesse, la docteure Katherine Campbell-MacIsaac, avait subi des lésions débilitantes dans un accident impliquant deux véhicules survenu en 1995. Elle s'était auparavant procuré des assurances amplement suffisantes pour le cas où elle deviendrait invalide et ne pourrait plus exercer la profession de son choix, la médecine dentaire, savoir : (1) une garantie de 2 000 000 \$ en vertu de l'avenant SEF 44 auprès de son propre assureur automobile, la Compagnie d'assurance Lombard, garantie qui avait été majorée à 6 000 000 \$ conformément à une assurance responsabilité civile individuelle complémentaire; et (2) une assurance-invalidité de longue durée auprès de Canada-Vie qui prévoyait des prestations mensuelles de 5 400 \$ (indexées) tant et aussi longtemps qu'elle serait dans l'incapacité de travailler comme dentiste, qu'elle soit ou non en mesure de tirer un revenu d'une autre occupation. La D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac a engagé une action en indemnisation contre son assureur en vertu de l'avenant SEF 44, la Compagnie d'assurance Lombard, et la conductrice de l'autre véhicule, Lisa Deveaux. Au procès, M<sup>me</sup> Deveaux a reconnu sa responsabilité et les dommages-intérêts de la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac ont été évalués à 2 714 564,90 \$ (voir l'arrêt *Campbell-MacIsaac c. Deveaux*, 2003 NSSC 111, [2003] N.S.J. No. 170 (QL), au par. 253).

[64] L'assureur de M<sup>me</sup> Deveaux a payé 972 826 \$, soit le solde de la limite de l'assurance responsabilité civile, qui était de 1 000 000 \$. La preuve produite au procès a établi que la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac avait reçu des indemnités hebdomadaires au titre du chapitre B s'établissant à 55 720 \$ et des prestations d'invalidité de longue durée s'établissant à 567 514 \$; on a également établi que la valeur actualisée des indemnités hebdomadaires futures au titre du chapitre B et des prestations d'invalidité de longue durée futures était de 79 741 \$ et de 1 216 643 \$, respectivement.

[65] Au procès, Lombard a prétendu que la clause 4 de l'avenant SEF 44 prévoyait la déduction de toute somme reçue par la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac au titre des prestations d'invalidité de longue durée jusqu'à la date du procès ainsi que de la valeur actualisée des prestations d'invalidité de longue durée futures. Le juge du procès a rejeté ces arguments en s'appuyant sur la règle de la source parallèle (la valeur des prestations

d'assurance privée que l'assuré demandeur obtient par l'intermédiaire de son propre assureur ne peut être portée au crédit de l'auteur du délit). Lombard a interjeté appel de ce rejet, parmi d'autres décisions rendues au procès.

[66] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la règle de la source parallèle ne s'appliquait pas dans une instance se rapportant à un litige contractuel « de première partie » qui opposait une assurée à un assureur et a conclu après avoir examiné les arrêts *Somersall c. Friedman* et *MacNeill c. Co-operators*, que rien ne justifiait l'établissement d'une distinction entre les prestations versées jusqu'à la date du procès et les prestations payables après le procès :

[TRADUCTION]

Comme le précise la clause 4b), la promesse de Lombard de verser la [TRADUCTION] « somme payable » en application de l'avenant est considérée constituer une [TRADUCTION] « garantie complémentaire » aux sommes que la demanderesse [TRADUCTION] « recouvre effectivement » ou qu'elle peut être [TRADUCTION] « en droit de recouvrer » de certaines sources. Si l'on se rappelle l'objectif de l'avenant, l'expression « en droit de recouvrer » désigne forcément les prestations qui seront payables à l'assuré à l'avenir et c'est certainement là le sens qu'a voulu le rédacteur. L'ajout de l'expression entre parenthèses, « (qu'il exerce son droit ou non) », juste après l'expression « est en droit de recouvrer [...] » donne à penser que même si l'assuré n'avait pas eu recours aux autres sources de paiement énumérées au moment du procès, l'assureur avait néanmoins droit à ce que ces sommes soient, à l'avenir, imputées au profit de l'assureur. Le fait que, de par leur nature même, les prestations pour accident, qui sont mentionnées comme une des sources possibles à l'alinéa (vi), et les prestations d'invalidité de longue durée, qui sont mentionnées comme une des sources possibles à l'alinéa (vii), sont payables à l'avenir, me confortent dans l'opinion que ces prestations sont visées par le sens prospectif que j'attribue à l'expression « est en droit de recouvrer » à la clause 4b).

Pour conclure sur ce point, si l'on excepte les sommes qui doivent être soustraites parce qu'elles relèvent de la catégorie de celles que le demandeur « recouvre

effectivement » et au sujet desquelles il ne peut donc y avoir de différend, j'estime qu'une fois que l'existence d'un droit actuel est établie, l'expression « en droit de recouvrer » désigne à la fois les prestations qui seront payables à l'assurée à l'avenir et les prestations passées auxquelles elle avait droit mais qui n'ont pas encore été reçues.

Cette interprétation tient compte de la protection complémentaire qu'est censée constituer l'avenant SEF 44 au titre des dommages-intérêts qui ne peuvent être recouverts de l'automobiliste sous-assuré, mais pas d'une façon qui permettrait à la demanderesse d'obtenir un profit ou un bénéfice fortuit aux dépens de l'assureur. J'estime que toute autre interprétation viderait de son sens et ne refléterait pas la véritable intention qu'avaient les parties au moment où elles ont passé ce contrat d'assurance. Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner que la décision qu'a rendue le juge Wright, de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, dans l'affaire *Doran c. Commercial Union Assurance Co. of Canada* (2000), 182 N.S.R. (2d) 329, affaire qu'il a tranchée sans pouvoir bénéficier de la décision ultérieure de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Somersall*, précité, soit considérée comme tranchée de façon erronée et soit donc infirmée.

Avant de clore cette question, j'aimerais dire que je souscris à la remarque qu'a faite la juge d'appel Webber, dans l'arrêt *Prince Edward Island (Workers' Compensation Board) v. MacNeill*, (2003), 224 D.L.R. (4th) 385 (C.A.Î.-P.-É.) lorsque, en examinant l'application de l'avenant SEF 44 dans cette affaire, elle a dit ceci, au par. 61 :

Par conséquent, il n'y a rien qui justifie l'établissement d'une distinction entre les prestations versées jusqu'à la date à laquelle la Cour rend un certain jugement et les prestations qui seront versées après la date de ce jugement. Le droit à ces prestations existait à la date de l'accident et il englobe toutes les prestations découlant de l'accident.

En résumé, donc, je conclus que les prestations d'invalidité de longue durée auxquelles la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac a droit au moment du jugement et qui lui seront versées à

intervalles réguliers et échelonnées dans le temps devront, une fois reçues par celle-ci, être portées au crédit de Lombard pour les fins du calcul du montant dont elle est redevable à la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac en vertu de l'avenant SEF 44 [par. 76 à 80].

[67] La Cour s'est ensuite attaquée à l'épineuse question de l'effet pratique qu'il fallait donner à sa conclusion. Elle a vu des problèmes importants dans la suggestion de Lombard qui voulait qu'on l'autorise à soustraire des dommages-intérêts auxquels serait condamnée M<sup>me</sup> Deveaux la valeur actualisée des prestations d'invalidité de longue durée futures :

[TRADUCTION]

La question qui se pose ensuite concerne le mécanisme au moyen duquel devrait s'effectuer cette comptabilisation en faveur de l'assureur visé à l'avenant SEF 44.

Une des méthodes possibles consisterait à essayer de calculer la valeur actualisée des prestations futures et de permettre à l'assureur, Lombard, de soustraire cette somme du total des dommages-intérêts accordés à la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac au procès. J'estime que cette solution pose certains problèmes. Aux termes du contrat qu'elle a passé avec Canada-Vie, la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac a droit à des prestations d'invalidité de longue durée qui lui seront versées à l'avenir, à intervalles réguliers, jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans, pour perte de revenu imputable à une incapacité, à la condition qu'elle continue de satisfaire aux définitions et conditions de la police. Dans son cas, en vertu de l'« Avenant Propre profession », l'« invalidité » de la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac et donc son droit à des prestations futures sont ainsi définis :

[TRADUCTION]

Vous êtes incapable d'accomplir les tâches liées à votre profession habituelle, que cela entraîne ou non une perte de revenu gagné.

Par conséquent, les prestations d'invalidité de longue durée continueront d'être versées à la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac tant et aussi longtemps que Canada-Vie sera convaincue ou, en cas de litige entre Canada-Vie et la

D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac, dans la mesure où un tribunal déterminera que son état ainsi que son invalidité persistante satisfont aux conditions de la police. On nous a informés à l'audience que cela suppose une évaluation continue consistant apparemment en des révisions semestrielles, à tout le moins, effectuées par des représentants de Canada-Vie et ses conseillers médicaux.

Ainsi, bien que dans les circonstances que nous venons de décrire la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac ait droit à des prestations d'invalidité de longue durée futures, versées à intervalles réguliers, elle n'a absolument aucun droit à « la valeur actualisée » de ces prestations. Pour dire les choses simplement, elle n'aurait pas le droit d'insister pour que Canada-Vie lui remette un chèque d'un montant égal à la valeur actualisée des prestations d'invalidité de longue durée qui lui seront payables jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans. Si la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac n'a aucun droit immédiat à cette somme, il ne serait pas juste, tant s'en faut, que Lombard puisse chercher à acquérir cette même valeur actualisée, qui représente une somme d'argent tout à fait considérable, à son propre profit.

D'autres problèmes concernent la norme de preuve qui serait applicable si l'on devait retenir cette approche. Ces problèmes ont été évoqués par le juge d'appel McQuaid, dans des motifs distincts, dans l'arrêt *MacNeill c. Co-Operators*, précité (motifs auxquels la majorité a souscrit). Voici ce qu'il a dit aux par. 89 à 91 :

89 Étant donné la façon dont a été formulée la question posée, la question de la charge de la preuve n'a pas été débattue devant nous. On semble laisser entendre, dans la question, que Co-operators peut déduire la valeur actualisée des prestations qu'il « pourrait » être en droit de recevoir à l'avenir à intervalles réguliers. On se trouve peut-être ainsi à fixer à un niveau trop bas le degré de probabilité que suppose la norme de preuve applicable en matière civile.

90 Il est bien établi que la norme de preuve applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité. Certains événements sont plus probables que d'autres et les conséquences qui découlent de certaines décisions sont plus

importantes que d'autres. Voir : *Director of Child Welfare c. Victor and Victor* (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 81 (C.S.Î.-P.-É, Div. d'appel); *Director of Child Welfare (P.E.I.) c. N.W. and L.M.* (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 241, au par. 10 (C.S.Î.-P.-É, Div. d'appel).

91 Lorsque le défendeur cherche à soustraire de la somme qu'il est actuellement tenu de verser au demandeur la valeur actualisée des prestations susceptibles de lui être par ailleurs versées régulièrement à l'avenir, les tribunaux ont exigé du défendeur qu'il prouve le montant des prestations futures auxquelles le demandeur aura droit suivant un degré très élevé de probabilité. Voir les arrêts *Chrappa c. Ohm* (1997), 38 O.R. (3d) 651; et *Bannon c. McNeely* (1997), 38 O.R. (3d) 659. À ce moment-ci, je ne suis pas disposé à décider si le même degré élevé de probabilité est requis lorsqu'un assureur visé à l'avenant S.E.F. cherche à soustraire du montant de l'assurance qui est exigible et payable à titre de garantie complémentaire la valeur actualisée des indemnités d'accident du travail qui seront versées à l'avenir à intervalles réguliers. Toutefois, je ne suis pas non plus disposé à tout simplement affirmer que la norme de preuve applicable est la preuve par prépondérance des probabilités.

De même, en l'espèce, la question de la norme de preuve n'a pas été pleinement débattue devant nous et elle n'occupait pas non plus une place prépondérante dans les motifs du juge du procès étant donné l'approche qu'il a adoptée aux fins d'appliquer la règle de la source parallèle.

D'autres facteurs d'incertitude militent contre cette approche. Tous les calculs actuariels énoncent des hypothèses portant sur l'avenir qui peuvent ou non se révéler exactes, ce qui crée le risque que le montant soustrait à titre de valeur actualisée ne corresponde pas au montant finalement reçu. Il n'y a aucune raison découlant du texte de l'avenant, ou de la police, d'exposer la D<sup>re</sup> Campbell-MacIsaac à ce risque.

Je suis d'avis de rejeter la suggestion de Lombard voulant qu'en portant à son crédit les prestations d'invalidité de

longue durée de la D<sup>te</sup> Campbell-MacIsaac, on devrait aussi prévoir, en sa faveur, un montant au titre des intérêts. Lombard obtient à son crédit la somme que son assurée est en droit de recevoir, rien de plus. Aucun intérêt ne sera accordé [par. 81 à 87].

[68] Au bout du compte, la Cour n'a pas pu déterminer [TRADUCTION] « quelle approche pourrait être la plus appropriée et la plus équitable envers les parties » (par. 88) et elle a renvoyé au juge du procès la question de savoir [TRADUCTION] « quelle serait la meilleure façon de prendre en compte les prestations d'invalidité de longue durée futures de la D<sup>te</sup> Campbell-McIsaac pour évaluer la responsabilité de Lombard de verser une garantie complémentaire au titre des dommages-intérêts que l'assurée ne peut recouvrer de l'auteure du délit » (par. 88). La Cour a ensuite examiné l'incidence des clauses 9 (subrogation) et 10 (cession des droits de recours).

[69] Il va sans dire que dès lors que l'on reconnaît que l'expression « en droit de recouvrer » désigne également les « sommes » susceptibles d'être recouvrées à l'avenir des sources énumérées à la clause 4b), la détermination de la somme payable à un demandeur admissible devient complexe et très problématique. Il s'ensuit que le l'avenant F.A.N.-B. n<sup>o</sup> 44 devient un document peu convivial et il est difficile d'imaginer que le montant payable à un demandeur admissible puisse être déterminé sans une bataille entre actuaires et un long litige. Dans la pratique, les demandeurs admissibles sont susceptibles d'être dissuadés de faire valoir des prétentions qui pourraient fort bien être légitimes.

[70] Quoi qu'il en soit, tant dans l'affaire *Campbell-MacIsaac c. Deveaux* que dans l'affaire *MacNeill c. Co-operators*, les sources des sommes en litige étaient explicitement mentionnées aux clauses 4b)(vii) (un contrat d'assurance prévoyant des prestations pour incapacité) et 4b)(viii) (des prestations pour accident du travail), respectivement. Si la clause 4 prévoit la déduction des sommes qui sont effectivement recouvrées et de celles qui sont recouvrables, tant dans le passé qu'à l'avenir, il n'y a qu'un pas à franchir pour conclure que lorsqu'il est question d'une des neuf sources énumérées, la date de la cristallisation est relativement peu importante. Toutefois, et en

toute déférence envers les tenants de l'opinion contraire, je ne puis accepter la proposition voulant que l'arrêt *Somersall c. Friedman* ait éliminé la distinction entre les sommes que le demandeur admissible recouvre effectivement et celles qu'il est en droit de recouvrer.

[71] Heureusement, nous n'avons pas à déterminer : (1) si l'expression « en droit de recouvrer » désigne aussi les prestations « futures » que le demandeur admissible ne sera en droit de recouvrer que s'il satisfait à certaines conditions qui ne prendront naissance que pendant la période future à laquelle se rapportera la prestation en question; et (2) la portée réelle de la clause de subrogation (clause 9) et de la clause concernant la cession des droit de recours (clause 10). Néanmoins, il vaut la peine de rappeler que les droits de subrogation conférés à la clause 9 ne se rapportent qu'à une action contre l'automobiliste sous-assuré et les personnes visées à la clause 4b). En ce qui concerne la clause 10, elle ne semble s'appliquer qu'après que le calcul prescrit à la clause 4 a été effectué et que l'indemnité payable en vertu de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 a été payée. Il se peut que ces dispositions aient une portée très limitée (par exemple permettre à l'assureur en vertu de l'avenant F.A.N.-B. d'engager une action contre un tiers, au lieu de son assuré et demandeur admissible, afin de faire instruire la question de son droit à des sommes qui n'ont pas été effectivement recouvrées). J'examinerai maintenant ce que j'ai qualifié plus tôt de question primordiale dans le présent appel, celle de savoir si l'interprétation de la clause 2 qui a été retenue dans l'arrêt *Somersall c. Friedman* et qui est favorable à l'assuré entraîne nécessairement l'interprétation et l'application de la clause 4 qui est favorable à l'assureur et que préconise Economical.

[72] Dans l'affaire *Somersall c. Friedman*, les demanderesses, Pearl et Gwendolyn Somersall, avaient été blessées lors d'un accident de véhicule à moteur avec un automobiliste sous-assuré, Jerry Friedman. Une autre demanderesse, Janice Somersall, a présenté une demande d'indemnité à titre de personne à charge sous le régime de l'art. 61 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario. Après avoir déposé l'exposé de leur demande, les Somersall ont passé une convention (« convention de limitation ») avec M. Friedman, à l'insu de leur assureur en vertu de l'avenant SEF 44, Scottish & York



Insurance Co. Ltd. Aux termes de cette convention, M. Friedman se reconnaissait responsable de l'accident, son assureur s'engageait à verser une avance de 50 000 \$ et les Somersall s'engageaient à ne faire valoir contre lui aucune réclamation excédant la garantie d'assurance responsabilité civile de M. Friedman qui s'élevait à 200 000 \$. Par la suite, Scottish & York a été jointe à l'action à titre de défenderesse et les Somersall ont sollicité de celle-ci le paiement du solde de leurs dommages-intérêts après avoir recouvré tout ce qu'elles pouvaient de l'assureur de M. Friedman.

[73] Lorsque M. Friedman a invoqué la convention de limitation en réponse à sa demande reconventionnelle, Scottish & York a demandé, par voie de motion, que la question suivante soit tranchée : [TRADUCTION] « La convention [de limitation] empêche-t-elle les demanderesses de présenter une demande d'indemnité contre Scottish & York en invoquant les dispositions de la police [l'avenant SEF 44] qui concernent les automobilistes sous-assurés? ». C'était la seule question posée à la Cour. Plus précisément, Scottish & York n'a pas demandé à la Cour de déterminer la date limite en vertu de la clause 4b). La question précise dont ont été saisis les tribunaux ontariens et, finalement, la Cour suprême a été ainsi formulée par le juge Iacobucci, qui rendait jugement au nom de la majorité : « La convention de limitation conclue entre les [Somersall et M.] Friedman empêche-t-elle les [Somersall] de demander une indemnité à [Scottish & York] en vertu de l'avenant SEF 44? » (au par. 8) [c'est moi qui souligne]. La réponse à cette question dépendait de l'interprétation de la clause 2 et plus précisément du sens de l'expression qui est soulignée ci-dessous :

[TRADUCTION]

## 2. CONVENTION D'ASSURANCE

En contrepartie de la prime exigée et sous réserve des dispositions des présentes, il est entendu et convenu que l'Assureur indemniserà chaque demandeur admissible du montant que ce dernier a le droit de recouvrer d'un automobiliste sous assuré à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les lésions corporelles subies par une personne assurée ou pour son décès par suite d'un accident découlant de l'usage ou de la conduite d'une automobile.

[C'est moi qui souligne.]

[74] Le juge saisi de la motion a statué que les Somersall ne pouvaient pas demander une indemnité à Scottish & York conformément à l'avenant SEF 44 en raison de la condition explicite énoncée à la clause 2 selon laquelle le demandeur doit avoir le droit de recouvrer des dommages-intérêts de l'automobiliste sous-assuré. Le juge saisi de la motion était d'avis que cette condition signifiait que l'assuré devait avoir le droit exécutoire de recouvrer de l'auteur du délit des dommages-intérêts compensatoires excédant la garantie d'assurance de ce dernier pour pouvoir présenter une demande en vertu de l'avenant SEF 44. Or ce droit s'était éteint au moment de la passation de la convention de limitation.

[75] L'appel que les Somersall ont interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli. La Cour était d'avis que la convention de limitation ne faisait pas échec aux demandes que les Somersall avaient présentées contre Scottish & York. Pour être admissibles à la garantie, tout ce que les Somersall devaient prouver, c'était la faute de M. Friedman et le montant des dommages causés par cette faute. De plus, la convention de limitation n'avait pas d'incidence appréciable sur les droits de subrogation de Scottish & York contre M. Friedman. Scottish & York a interjeté appel.

[76] La Cour suprême du Canada a conclu à la majorité (5 contre 2) que la convention de limitation n'avait pas d'incidence sur le droit que possédaient les Somersall de recouvrer des dommages-intérêts compensatoires de M. Friedman au moment de l'accident, moment auquel il faut se reporter pour décider si l'assuré possède ce droit de recouvrement en vertu de la clause 2. De plus, la preuve n'établissait pas que les Somersall avaient contrecarré le droit de subrogation de leur assureur au point de faire subir à ce dernier une perte significative. Comme nous l'avons vu, toutefois, ni la majorité ni la minorité n'ont examiné et encore moins interprété les dispositions de la clause 4 qui prescrivent que certaines sommes doivent être déduites des dommages-intérêts que le demandeur admissible a le droit de recouvrer de l'automobiliste sous-assuré.

[77] En ce qui concerne la portée et le sens de la clause 2, le juge Iacobucci a fait les observations suivantes au nom de la majorité :

L'interprétation donnée par la Cour d'appel de l'Ontario des mots « a le droit de recouvrer » laisse croire que cette expression n'englobe que le droit substantiel en matière délictuelle, étant donné que la preuve requise se limite à la faute et aux dommages. Selon cette approche, les délais de prescription et, potentiellement, la convention de limitation sont exclus simplement parce que cette expression est censée renvoyer uniquement au droit substantiel de la responsabilité délictuelle et non aux règles de nature procédurale, renonciations et autres règles, lois ou conventions particulières quelconques qui entravent la poursuite effective de l'auteur du délit. Ce point de vue semble toutefois incompatible avec des commentaires comme ceux que le juge Charron a formulés en l'espèce, selon lesquels [TRADUCTION] « toutes les règles de droit applicables » régissent le droit du demandeur de recouvrer des dommages-intérêts en vertu de l'avenant SEF 44.

À mon avis, ces commentaires touchent le nœud de l'affaire. La véritable question n'est pas de savoir quelles [souligné dans l'original] règles de droit sont applicables, en principe, pour déterminer si l'assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts. La question de l'existence d'un droit de recouvrement doit être tranchée en tenant compte de toutes les règles de droit pertinentes en vigueur. Il faut plutôt déterminer à quel moment se reporter pour tirer une conclusion à cet égard. L'examen de toutes les lois et obligations existantes à l'époque pertinente permettra de déterminer si oui ou non, à cette époque, la demanderesse avait le droit de recouvrer des dommages-intérêts au regard de toutes les règles de droit applicables.

La clause 2 de l'avenant SEF 44 stipule que [TRADUCTION] « l'Assureur indemniserá [l'assuré] du montant que ce dernier a le droit de recouvrer » de l'auteur du délit sous-assuré. Mon collègue le juge Binnie met l'accent sur l'emploi du présent de l'indicatif dans l'expression « a [souligné dans l'original] le droit de recouvrer » et affirme que si l'auteur du délit est maintenant dégagé de toute responsabilité, l'assureur n'était pas tenu de payer l'indemnité. Je ne crois pas que le

présent de l'indicatif ait une telle importance. Cette disposition ne peut obliger le juge à vérifier ponctuellement si l'assuré a, à un moment précis, le droit de recouvrer des dommages-intérêts. Qu'il se reporte au moment de la demande d'indemnité, de l'introduction de l'action ou de l'accident, l'analyse de la question de savoir s'il existe un droit de recouvrement demeure un exercice rétrospectif.

Il faut donc décider à quel [souligné dans l'original] moment dans le passé il faut se reporter pour trancher cette question selon l'interprétation juste du contrat. À mon avis, il ressort clairement du libellé de la clause 2 que le moment où l'assureur devient assujéti à l'obligation de verser l'indemnité coïncide avec celui où l'assuré doit avoir le droit de recouvrer des dommages-intérêts. Dans les situations où le contrat prévoit que l'assureur [TRADUCTION] « indemniserà » l'assuré, c.-à-d. chaque fois que naît l'obligation de l'assureur, le montant que l'assuré « a » le droit de recouvrer à ce moment est celui que l'assureur doit lui verser à titre d'indemnité.

La question est donc de savoir à quel moment naît l'obligation d'indemniser l'assuré. À mon avis, il faut y répondre que l'assureur devient obligé d'effectuer le paiement dès que le droit de recours de l'assuré contre l'auteur du délit prend naissance, c'est-à-dire, au moment de l'accident. À ce moment, toutes les conditions prévues dans l'avenant SEF 44 sont réunies; il y a eu décès ou lésions corporelles, causés par la négligence d'un automobiliste sous-assuré. En d'autres termes, toutes les conditions nécessaires pour qu'une demande fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle puisse être formulée contre l'automobiliste sous-assuré prennent naissance au moment de l'accident. L'avenant SEF 44 vise à indemniser l'assuré qui possède un tel droit de recours contre un conducteur sous-assuré. Par conséquent, l'obligation de l'assureur prend naissance en même temps que l'obligation de l'auteur du délit de payer des dommages-intérêts.

Avec égards, je ne puis dire comme mon collègue que le « sens ordinaire » du contrat laisse entendre que nous devons nous reporter au moment où une demande d'indemnité est présentée. Le « droit de recouvrer » mentionné à la clause 2 ne vise pas uniquement, comme mon collègue le suggère, le quantum des dommages, mais aussi la question de la faute de l'automobiliste sous-assuré.

L'appréciation de la faute doit, selon moi, être centrée sur le moment de l'accident; aucune autre période ne peut aider à trancher cette question. Le droit d'être indemnisé pour les dommages subis se cristallise au même moment. J'estime aussi que le renvoi explicite au moment de la demande d'indemnité dans la clause 9, selon laquelle les droits de subrogation de l'assureur prennent naissance sur présentation de la demande d'indemnité, n'appuie pas la décision de le retenir comme moment pertinent pour évaluer le droit de recouvrement mentionné dans la clause 2. En recourant au principe d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius* (la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre), je suis plutôt d'avis que ce renvoi appuie le point de vue voulant qu'il n'ait jamais été dans l'intention des parties que le moment de la demande d'indemnité soit pertinent pour déterminer si les conditions fixées par la clause 2 sont réunies.

Si l'on évalue le droit de recouvrement en se reportant au moment de l'accident, il s'avérera, non pas en principe, mais parce que cette hypothèse ne sera que rarement, voire jamais fausse, que l'assuré n'est tenu de prouver que la faute de l'automobiliste sous-assuré et l'étendue des dommages pour obtenir une indemnité en vertu de l'avenant SEF 44 au moyen d'une action directe contre son assureur. Dans presque tous les cas, les seules questions pertinentes régissant le droit de recouvrement au moment même de l'accident se limiteront à des questions de droit substantiel en matière délictuelle, c.-à-d. relatives à la faute et au quantum des dommages. Il est donc clair, par exemple, qu'aucun délai de prescription n'empêchera l'introduction d'une action contre l'assureur, comme la Cour d'appel l'a conclu dans l'arrêt *Johnson*, précité, et confirmé dans *Chambo*, précité, puisque la période au cours de laquelle une action peut être formée contre l'auteur du délit ne peut jamais se terminer avant le moment même de l'accident.

Je dois par conséquent rejeter le point de vue exprimé très sommairement dans l'arrêt *Nielsen*, précité, selon lequel une quittance donnée à l'auteur du délit en contrepartie de sa garantie d'assurance peu élevée a exclu tout excédent que l'assuré avait « le droit de recouvrer » en vertu de l'avenant SEF 44. De même, je ne puis souscrire à la conclusion tirée dans *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (C.A.C.-B.).

À mon avis, indépendamment des différences entre les formules types en vigueur dans chaque province, la décision rendue dans chacun de ces arrêts n'analyse pas de façon assez approfondie les obligations mutuelles créées par l'avenant SEF 44. Sans me prononcer sur son bien-fondé, je ferais aussi une distinction avec la décision *Fogarty*, précitée, portant sur une demande d'indemnité présentée en vertu de l'avenant SEF 42 après qu'un tribunal eut conclu à l'absence de responsabilité de l'auteur du délit dans une action entre celui-ci et l'assuré. Je pense comme la Cour d'appel que, puisque l'avenant SEF 42 de l'Alberta ne prévoit pas d'examen judiciaire de la responsabilité et du quantum des dommages, l'arrêt *Fogarty* ne comporte pas d'analyse pertinente de la nature de la condition portant que l'assuré doit avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts.

c) La jurisprudence américaine et l'avenant SEF 44

Je suis conforté dans mon interprétation des mots « a le droit de recouvrer » par l'historique passablement plus long de l'interprétation de ces mots figurant dans diverses polices américaines stipulant une garantie sous-assurance et non-assurance des tiers. L'obligation imposée à l'assuré d'avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts de l'auteur du délit pour bénéficier de la garantie sous-assurance et non-assurance des tiers remonte à la mise en vigueur d'un avenant type par le National Bureau of Casualty Underwriters en 1956. Voir D. E. Ytreberg, « Insured's Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits », 73 A.L.R. 3d 632 (1976), § 1[a]. Au cours des quelque 25 années qui se sont écoulées entre le moment où cet avenant type a été mis en vigueur en 1956 – et adopté par la suite dans la plupart des États américains, avec diverses variantes – et l'apparition en 1980 de l'avenant SEF 42 en Ontario, un grand nombre de tribunaux américains ont eu l'occasion de se pencher sur le libellé pertinent. Étant donné l'adoption du libellé même qui est utilisé dans la plupart des polices américaines, il me semble qu'un regard sur l'interprétation qui a déjà été attribuée à l'expression consacrée « a le droit de recouvrer » peut nous éclairer quant à l'intention des rédacteurs des avenants SEF 42 et 44.

Même si les divers États américains ne concluent pas de façon absolument unanime qu'il suffit que l'assuré prouve

la faute et les dommages pour établir son droit de recouvrement, c'est la conclusion à laquelle sont parvenus la majorité des tribunaux des États qui ont examiné cette question. Voir par exemple *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Griffin*, 286 So.2d 302 (Ala. Civ. App. 1973); *Rhault c. Tsagarakos*, 361 F.Supp. 202 (D. Vt. 1973); *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (N.Y. 1966); *Wheless c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (N.C. Ct. App. 1971); voir de façon plus générale Ytreberg, *loc. cit.*, § 8[b]. De plus, dans plusieurs des États qui se sont écartés de ce point de vue, la législation relative aux automobilistes non assurés exigeait explicitement l'obtention d'un jugement contre l'auteur du délit avant qu'une action puisse être engagée contre l'assureur. Voir par exemple *Glover c. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (Tenn. 1971); *Conteh c. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (D.C. 2001); voir de façon plus générale Ytreberg, *loc. cit.*, § 9. Les rédacteurs de l'avenant SEF 44 connaissaient certainement le sens antérieur généralement accepté de cette expression et ils se seraient empressés de le modifier s'ils avaient voulu imposer aux assurés un fardeau de preuve qui aille au-delà des éléments substantiels de la faute et des dommages.

Je note en particulier que, dans les affaires *DeLuca* et *Wheless*, précitées, les tribunaux se sont penchés expressément sur le moment pertinent à retenir aux fins de déterminer les éléments à établir pour fonder une action directe contre l'assureur. Dans *Wheless*, la cour a noté que [TRADUCTION] « [d]es poursuites peuvent être engagées lorsque l'assureur devient tenu de payer. Un assureur devient tenu de payer par application d'une clause de garantie non-assurance des tiers d'une police au moment où l'assuré subit des dommages dans des circonstances qui l'habilitent à recouvrer des dommages-intérêts du propriétaire ou du conducteur d'une automobile non assurée » (p. 146-147). Dans la décision *DeLuca* aussi, la cour s'est prononcée sur le moment à partir duquel l'assureur est tenu de payer, même si, fait à signaler, le régime en vigueur dans l'État de New York prévoyait expressément que cette obligation prenait naissance au moment du dépôt d'une demande d'indemnité, plutôt qu'au moment de l'accident.

Quoi qu'il en soit, les rédacteurs de l'avenant SEF 44 savaient assurément que, selon son interprétation la plus courante, l'expression « a le droit de recouvrer » des dommages-intérêts exigeait seulement que soient établis (i) la faute et (ii) les dommages, que ce soit en raison d'un motif que je juge valable – à savoir que la convention prévoit qu'il faut faire cette constatation en se reportant au moment de l'accident – ou simplement pour une question de principe [par. 26 à 37].

[C'est moi qui souligne.]

[78]

Si j'ai bien compris ces observations, on y précise tout simplement que le décideur au titre de la clause 5 de l'avenant SEF 44 ou de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, lequel est, en l'espèce, un juge de la Cour du Banc de la Reine, doit se reporter aux faits tels qu'ils existaient à la date de l'accident pour déterminer si la condition préalable au droit de recouvrement prévu dans l'avenant est remplie, savoir que le demandeur admissible a le droit, ou est en droit, de recouvrer ses dommages-intérêts de l'automobiliste sous-assuré. En l'espèce, il est possible que cette question ne soit pas trop controversée étant donné qu'Economical a reconnu dans le cadre du règlement amiable que Sandra Young [TRADUCTION] « était l'unique responsable de la collision qui a eu lieu le 25 septembre 1997 » et qu'elle a reconnu dans l'exposé de sa défense que le véhicule des Young était [TRADUCTION] « sous-assuré ». Cela dit, je reconnais que les observations suivantes du juge Iacobucci viennent alimenter l'opinion qui veut que l'interprétation qu'a retenue la majorité dans l'arrêt *Somersall c. Friedman* est fondée sur la clause 2 : « Dans les situations où le contrat prévoit que l'assureur [TRADUCTION] « indemnise » l'assuré, c.-à-d. chaque fois que naît l'obligation de l'assureur, le montant que l'assuré « a » le droit de recouvrer à ce moment est celui que l'assureur doit lui verser à titre d'indemnité » (par. 29) [c'est moi qui souligne]. À mon sens, toutefois, l'énoncé qui est souligné veut seulement dire ceci : la clause 2 oblige l'assureur en vertu de l'avenant SEF 44 ou F.A.N.-B. n° 44 à indemniser le demandeur admissible si, à la date de l'accident, celui-ci a le droit, ou est en droit, de recouvrer ses dommages-intérêts de l'automobiliste sous-assuré.



[79] Je suis respectueusement d'avis que le *ratio decidendi* de l'arrêt *Somersall c. Friedman* exige que l'on se reporte à la date de l'accident en ce qui concerne la condition préliminaire énoncée dans l'avenant SEF 44 et l'avenant F.A.N.-B. n° 44 qui veut que le demandeur admissible soit « en droit » de recouvrer ses dommages-intérêts de l'automobiliste sous-assuré : la Cour ne formule pas cette exigence en ce qui concerne l'évaluation envisagée à la clause 4. À cet égard, il est peut-être opportun de réitérer les raisons pour lesquelles je conclus que l'interprétation contraire serait incompatible avec le libellé de la clause 4 :

- Elle éliminerait la première catégorie des déductions prévues à la clause 4b) : si toutes les déductions devaient être déterminées à la date de l'accident, aucune déduction ne pourrait jamais être faite au titre d'une somme que le demandeur admissible recouvre effectivement.
- Elle fait perdre tout son sens à l'expression « qu'il exerce son droit ou non » dans la phrase « [l]a somme payable à un demandeur admissible en application du présent avenant constitue une garantie complémentaire [...] aux sommes qu'il est en droit de recouvrer [...] (qu'il exerce son droit ou non) ». Les rédacteurs de la clause 4b) n'auraient pas mentionné la question de l'exercice de ce droit relativement à des sommes non encore recouvrées si les déductions devaient être calculées à la date à laquelle s'est produit l'accident qui est à l'origine de la perte.
- Une déduction, qu'elle soit faite en vertu de la première ou de la deuxième catégorie créée à la clause 4b), ne le serait pas au titre de « sommes » que le demandeur admissible recouvre effectivement ou de « sommes » qu'il est en droit de recouvrer, mais au titre de la valeur actualisée (à la date de l'accident) de ces sommes. La clause 4b) ne prévoit pas la déduction de la valeur (établie à un moment qui précède la date à laquelle elles sont exigibles) du total des « sommes ».

De plus et facteur tout aussi convaincant, la clause 5b) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 précise que les dommages-intérêts doivent être calculés « en fonction du droit applicable dans la province régissant le contrat d'assurance ». Cette province est le Nouveau-Brunswick. En vertu du droit en vigueur dans notre province, le quantum est déterminé à la date de la décision.

B. *Le sens de l'expression « contrat d'assurance » à la clause 4b)(vii) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44*

[80] La décision *Melanson c. Co-operators* traite précisément de cette question. Marianne Melanson avait subi d'assez graves blessures dans un accident d'automobile. Elle était assurée aux termes d'une police type d'assurance automobile du Nouveau-Brunswick établie par Co-operators. Cette police comprenait un avenant SEF 44. Par suite de ses blessures, M<sup>me</sup> Melanson a touché des indemnités sans égard à la faute (en vertu du chapitre B) ainsi que des prestations d'invalidité sous le régime de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada* et d'un régime d'assurance privé fourni par la Compagnie d'Assurance-Vie Croix Bleue du Canada. Finalement, elle a aussi obtenu un jugement condamnant la partie responsable de l'accident à lui verser des dommages-intérêts de 413 769 \$. Toutefois, le montant de l'assurance responsabilité civile de cette partie n'était que de 200 000 \$. S'appuyant sur l'avenant SEF 44, M<sup>me</sup> Melanson a poursuivi Co-operators afin de recouvrer la partie impayée du jugement qu'elle avait obtenu dans l'action en responsabilité délictuelle. Parmi les nombreuses conclusions qu'avait tirées le juge du procès, seule la suivante est pertinente en l'espèce :

[TRADUCTION]

On a débattu devant moi de la question de savoir si on pouvait déduire de la somme payable les prestations versées par le Régime de pensions du Canada. Je ne vois pas pourquoi on ne le ferait pas. Il s'agit clairement d'une source et elle est visée par la définition de tout montant réellement recouvré « d'une autre source » par le demandeur admissible. Il ne s'agit pas de l'action contre l'auteur du délit dans laquelle la règle de la source parallèle s'applique. Il s'agit d'une action fondée sur un contrat conclu entre Melanson et Co-operators et l'expression « d'une autre source » est mise en opposition avec la phrase

qui se trouve immédiatement après: « et (constitue une garantie complémentaire) aux sommes qu'il est en droit de recouvrer des sources suivantes (qu'il exerce son droit ou non) » et parmi lesquelles le Régime de pensions du Canada n'est pas nommé. Par ailleurs, j'estime que seule la prestation primaire effectivement reçue du Régime de pensions du Canada à la date de la décision du juge Higgins est à déduire [par. 17].

[81] Cette décision concernant la non-déductibilité des prestations du RPC aux termes de la clause 4b)(vii) a été confirmée en appel (voir *Melanson c. Co-operators*, aux par. 8 et 50). Economical presse notre Cour de revenir sur sa décision, compte tenu de la décision *Gignac c. Neufeld*, décision de la Cour d'appel de l'Ontario qui a été rendue en 1999.

[82] Dans l'affaire *Gignac c. Neufeld*, les parties ont demandé à la Cour de trancher certaines questions de droit se rapportant à la garantie non-assurance des tiers prévue par une police d'assurance et la garantie sous-assurance des tiers (avenant SEF 44) prévue par une autre police. Il va sans dire que ces questions devaient être tranchées à la lumière du régime d'assurance automobile en vigueur en Ontario au moment où s'était produit l'accident, savoir le 15 novembre 1991, qui avait donné lieu aux demandes de l'assurée demanderesse, Marianne Gignac. M<sup>me</sup> Gignac avait subi de graves blessures lorsqu'un véhicule non assuré était entré en collision avec le véhicule dans lequel elle était passagère. Ce dernier véhicule était assuré par State Farm aux termes d'une police comprenant une garantie non-assurance des tiers (chapitre D) qui était limitée à 200 000 \$. De plus, M<sup>me</sup> Gignac était assurée en vertu d'une autre police établie, celle-là, par Canadienne Générale, qui comportait la garantie prévue à l'avenant SEF 44 jusqu'à concurrence de 500 000 \$ et prévoyait le versement des indemnités sans égard à la faute qu'elle était en droit de recouvrer en vertu des lois régissant les assurances alors en vigueur en Ontario.

[83] Les dommages-intérêts de M<sup>me</sup> Gignac avaient été évalués à 1,2 million de dollars. State Farm (l'assureur en vertu du chapitre D) a prétendu qu'elle avait le droit de soustraire de la limite de 200 000 \$ le montant des indemnités sans égard à la faute

payées par Canadienne Générale conformément au par. 265(1) de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, lequel disposait que tout contrat d'assurance automobile devait prévoir le paiement à l'assuré des dommages-intérêts que celui-ci avait le droit de recouvrer du propriétaire ou du conducteur d'une automobile non assurée pour des lésions corporelles, sous réserve des règlements.

[84] L'alinéa 2(1)(b) du Règlement disposait qu'un assureur n'était pas tenu de payer quelque somme que ce soit lorsque la personne assurée aux termes du contrat était en droit de recouvrer des sommes aux termes d'un [TRADUCTION] « contrat d'assurance » valide, sauf pour ce qui concernait la différence entre la somme susceptible d'être ainsi recouvrée et la limite minimale prescrite à l'al. 251a) de la *Loi sur les assurances*, laquelle était de 200 000 \$. Ce qui est plus important encore pour les fins qui nous occupent, State Farm a également prétendu qu'elle pouvait soustraire les prestations d'invalidité payées à M<sup>me</sup> Gignac en vertu du Régime de pensions du Canada. Canadienne Générale, quant à elle, a prétendu qu'elle avait le droit de soustraire du montant de son engagement, savoir 500 000 \$, le montant correspondant au plafond de la police de State Farm (200 000 \$), quel que soit le montant réellement payé par cette dernière. Canadienne Générale a invoqué les clauses de l'avenant SEF 44 établi en faveur de M<sup>me</sup> Gignac, lesquelles précisaient que la somme dont elle était redevable était égale à la différence entre la limite de sa garantie (500 000 \$) et le total de toutes les limites de l'assurance responsabilité automobile de l'automobiliste sous-assuré et de toute personne conjointement responsable. Le juge saisi de la motion a souscrit aux positions adoptées par les assureurs. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel en partie.

[85] Elle a statué que Canadienne Générale avait le droit de soustraire un montant correspondant au plafond de la garantie non-assurance des tiers de State Farm qui était de 200 000 \$. L'étendue de la garantie sous-assurance des tiers énoncée dans l'avenant SEF 44 était clairement définie en fonction du plafond d'autres polices et non en fonction des sommes susceptibles d'être payées aux termes de ces polices. Par conséquent, suivant le sens ordinaire de l'avenant SEF 44, force était de conclure que la responsabilité de Canadienne Générale était limitée à 300 000 \$ (soit 500 000 \$ moins

200 000 \$) quelle que soit la somme réellement versée par State Farm. Quant à State Farm, elle n'avait pas le droit de soustraire du montant de sa garantie non-assurance des tiers, soit 200 000 \$, les indemnités sans égard à la faute prévues par la loi versées à M<sup>me</sup> Gignac. Ces indemnités devaient être soustraites du total des dommages-intérêts accordés. La Cour a conclu que si l'on souscrivait à la position de State Farm, les indemnités sans égard à la faute seraient déduites deux fois, en vertu du par. 267(1) puis de nouveau en vertu de l'al. 2(1)b) du Règlement. La Cour était d'avis qu'il était raisonnable de retenir une interprétation selon laquelle l'al. 2(1)b) exigeait que l'on ne soustraie du montant de la garantie non-assurance des tiers que les indemnités sans égard à la faute qui n'avaient pas déjà été déduites en vertu du par. 267(1).

[86] De plus, et chose plus importante encore pour l'analyse qui nous occupe, la Cour a ensuite statué que State Farm avait le droit de déduire les prestations d'invalidité du RPC versées à M<sup>me</sup> Gignac. Elle estimait que ces prestations du RPC étaient des sommes versées aux termes d'un « contrat d'assurance » valide conformément à l'al. 2(1)b) du Règlement :

[TRADUCTION]

State Farm invoque l'arrêt *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, 37 D.L.R. (3d) 229, à l'appui de ses prétentions. Dans l'affaire *Gill*, une veuve et ses enfants avaient sollicité des dommages-intérêts relativement à l'homicide délictuel de M. Gill. La question s'est posée de savoir si les prestations du RPC payables aux demandeurs par suite du décès de M. Gill devaient être prises en compte dans le calcul des dommages-intérêts. La réponse à cette question dépendait de l'interprétation du par. 4(4) de la *Families' Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 138, qui était ainsi rédigé :

[TRADUCTION] Dans l'appréciation des dommages, il ne faut tenir compte d'aucune somme versée ou devant être versée au décès du défunt en vertu d'un contrat d'assurance. [C'est la Cour d'appel de l'Ontario qui souligne.]

La Cour suprême a examiné la nature du RPC et a conclu que les pensions payables dans le cadre de ce régime

« présentent un caractère tellement semblable aux contrats d'assurance ordinaires qu'elles doivent également ne pas entrer en ligne de compte dans l'évaluation des dommages effectuée en vertu des dispositions du *Families' Compensation Act* ». Le juge Spence, qui rendait jugement au nom de la Cour, a fait la comparaison suivante entre le RPC et un contrat d'assurance (aux pages 669 et 670 [R.C.S.] :

[...] la catégorie de personnes ayant droit à la pension de retraite est tenue par la loi de contribuer au régime de pensions; l'employeur verse des contributions, et ensuite une pension est versée au moment où une personne prend sa retraite ou devient invalide, ou bien une pension est versée à la veuve et aux enfants à charge au décès du cotisant. Le régime, par conséquent, remplace exactement une police d'assurance qui aurait été contractée personnellement par la personne décédée chez une compagnie d'assurance privée, avec prestations payables au décès ou au moment de l'invalidité de l'assuré. Le Régime de pensions du Canada implique un élément de risque tant pour le cotisant que pour le gouvernement qui verse des prestations en vertu de ce régime. Il peut très bien arriver que le cotisant ne fasse que quelques versements et se trouve ensuite en état d'incapacité et reçoive des prestations de pension pendant une longue durée, et d'un autre côté, le cotisant peut verser des contributions pendant de nombreuses années et ensuite, après avoir pris sa retraite, décéder en l'espace de quelques mois, de façon à ne recevoir que très peu de prestations.

Il y a certainement de nombreuses formes d'assurance, et l'on peut indubitablement considérer l'assurance sociale, telle qu'elle est actuellement illustrée par le Régime de pensions du Canada, comme l'une de ses formes. En ce qui concerne le mot « contrat », il existe effectivement un contrat entre le cotisant au Régime de pensions du Canada et le gouvernement qui prélève, en vertu de la loi, des déductions hebdomadaires sur son salaire. On doit se souvenir du caractère manifestement réparateur du par. 4 de l'art. 4 du *Families' Compensation Act*.

[C'est la Cour d'appel de l'Ontario qui souligne.]

Le juge saisi de la motion a statué que l'arrêt *Gill* était déterminant en ce qui concernait cette question. Il a donc statué que les prestations d'invalidité du RPC versées à M<sup>me</sup> Gignac étaient des sommes payées aux termes d'[TRADUCTION] « un contrat d'assurance valide » au sens de l'al. 2(1)b) du Règlement 676 et étaient par conséquent déductibles de la limite de la garantie de State Farm qui était de 200 000 \$.

L'appelante nous demande d'écarter l'arrêt *Gill* pour le motif qu'il se rapportait à la déductibilité des prestations de décès du RPC et non aux prestations d'invalidité du RPC. J'estime qu'il n'y a rien dans le raisonnement qu'a suivi la Cour suprême dans l'arrêt *Gill* qui puisse amener notre Cour à faire cette distinction. Il est clair, même à la lecture du court extrait cité ci-dessus, que la Cour suprême a estimé que les prestations de décès et les prestations d'invalidité du RPC étaient assimilables à des sommes payables en vertu d'un contrat d'assurance.

L'appelante prétend également que même si le RPC doit être assimilé à un contrat d'assurance, les prestations d'invalidité payables dans le cadre de ce régime relèvent d'une catégorie tout à fait différente de celle des prestations versées au titre de la garantie non-assurance des tiers. Elle prétend que les prestations d'invalidité du RPC sont des paiements à caractère non indemnitaire et que de ce fait, il n'y a pas lieu de les déduire des paiements à caractère indemnitaire faits en application de la garantie non-assurance des tiers. J'estime que cet argument n'est pas utile pour ce qui concerne l'interprétation de l'al. 2(1)b) du Règlement 676.

La catégorisation des paiements selon qu'ils ont un caractère indemnitaire ou non indemnitaire est davantage pertinente lorsque la disposition législative qui prévoit la réduction des dommages-intérêts comporte une notion d'indemnisation. Ainsi, dans l'arrêt *Cugliari c. White* (1998), 38 O.R. (3d) 641, notre Cour a statué que les prestations d'invalidité du RPC n'étaient pas déductibles à titre de paiements pour perte de revenu en vertu de l'al. 267(1)c) de la *Loi*. La distinction entre les paiements à caractère indemnitaire et les paiements à caractère non indemnitaire était plus pertinente dans cette affaire parce

que les mots employés à l'al. 267(1)c) comportaient en soi une notion d'indemnisation. L'alinéa 267(1)c) est ainsi rédigé :

267(1) Les dommages-intérêts accordés à une personne dans une instance pour pertes ou dommages résultant directement ou indirectement de l'usage ou de la conduite d'une automobile font l'objet des réductions suivantes :

c) tous les paiements que la personne a reçus ou qui étaient ou sont offerts pour une perte de revenu aux termes des lois de tout ressort ou aux termes d'un régime de prestations pour le maintien du revenu et la valeur actuelle des paiements auxquels elle a droit[.]

Notre Cour a conclu que les prestations d'invalidité du RPC ne constituaient pas des « paiements [...] pour une perte de revenu » au sens de l'al. 267(1)c) pour le motif, principalement, que les conditions d'admissibilité aux prestations d'invalidité du RPC n'exigent pas que le bénéficiaire occupe un emploi au moment où il est frappé d'incapacité ni qu'il établisse qu'il a subi une perte pécuniaire. Les mêmes considérations concernant la notion d'indemnisation ne s'appliquent pas lorsque l'on examine le libellé de l'al. 2(1)b) du Règlement 676.

L'issue qu'a connue l'affaire *Cugliari* est néanmoins pertinente en ce qui concerne la question que nous devons examiner dans le cadre du présent appel. Il ressort clairement de l'arrêt *Cugliari* que les prestations d'invalidité du RPC ne sont pas déductibles au moment du calcul des dommages-intérêts en vertu de l'al. 267(1)c) et, par conséquent, une déduction effectuée en vertu de l'al. 2(1)b) du Règlement 676 ne donnerait pas lieu à une double déductibilité.

Finalement, l'appelante prétend que le législateur n'a certainement pas voulu que les personnes qui ont subi de très graves blessures et qui touchent des prestations du RPC dont le montant est supérieur à 200 000 \$ ne reçoivent aucune indemnisation en vertu de la garantie non-assurance des tiers. À mon avis, ce résultat possible ne change rien à l'intention tout à fait claire d'empêcher la double



indemnisation. La déduction des prestations d'invalidité du RPC en vertu de l'al. 2(1)*b*) du Règlement 676 empêche la double indemnisation lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des prestations d'invalidité sont payables par suite de l'accident.

Il va sans dire que notre Cour est liée par l'arrêt *Gill* et je ne vois aucune raison de principe pour laquelle nous devrions l'écarter. Par conséquent, je suis d'accord avec le juge saisi de la motion pour conclure que l'arrêt *Gill* est déterminant en ce qui concerne la question de la déductibilité des prestations d'invalidité du RPC en l'espèce. Ces prestations constituent des paiements faits aux termes d'[TRADUCTION] « un contrat d'assurance valide » au sens de l'al. 2(1)*b*) et sont déductibles de la limite de garantie de la police de State Farm [par. 30 à 39].

[87] Le contexte est fondamental. Ainsi dans la décision *Ellis c. Fisher*, [1977] O.J. No. 2380 (QL), le juge Evans, juge en chef de la Haute Cour de justice, a conclu que les prestations d'assurance-chômage n'étaient pas versées conformément à un « contrat d'assurance » et n'étaient donc pas déductibles au moment de calculer la somme payable en vertu des dispositions ontariennes relatives aux jugements inexécutés. En arrivant à cette conclusion, le juge en chef s'est dit d'avis que [TRADUCTION] « l'interprétation des mots “assureur” et “contrat d'assurance” qui se dégage des précédents anglais et canadiens indique clairement que ces expressions se limitent aux “contrats” passés avec des organismes privés. Les prestations versées dans le cadre de régimes publics ne constitueraient pas des sommes payables aux termes d'un “contrat” d’“assurance” établi par un “assureur” » (par. 11). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision sans donner de motifs (voir l'arrêt *Ellis c. Fisher*, [1978] O.J. No. 3715 (QL)).

[88] Comme je l'ai dit dans mes remarques introductives, je suis d'avis que l'on peut écarter, en l'espèce, l'arrêt *Gignac c. Neufeld*. Dans cette affaire, la Cour avait été appelée à interpréter une petite partie d'un labyrinthe législatif complexe ressortissant à l'assurance automobile en Ontario alors qu'en l'espèce, la tâche dont nous devons nous acquitter consiste à interpréter un avenant rédigé exclusivement par l'assureur, mais à la lumière de la législation en matière d'assurance qui est en vigueur au

Nouveau-Brunswick. Comme on pouvait s'y attendre, les principes d'interprétation des polices d'assurance qui sont favorables à l'assuré et que j'ai exposés en détail plus tôt dans les présents motifs n'ont pas influé sur le processus d'interprétation des lois qui a été suivi dans l'arrêt *Gignac c. Neufeld*, processus qui s'est soldé par une issue défavorable à l'assurée demanderesse. La question qui se pose en l'espèce consiste à savoir si au Nouveau-Brunswick, compte tenu des principes d'interprétation dont j'ai fait état au par. 28 ci-dessus, l'expression « contrat d'assurance » que l'on trouve à la clause 4b)(vii) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 s'entend aussi des dispositions de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada* en vertu de laquelle des prestations d'invalidité pourraient être payables à M<sup>me</sup> Lapalme.

[89] L'expression « contrat d'assurance » n'est pas définie dans l'avenant F.A.N.-B. n° 44. Toutefois, selon la définition de son équivalent anglais « policy of insurance » qui a été donnée dans d'autres ressorts, elle désigne [TRADUCTION] « le document dans lequel [sont] énoncées » les clauses du contrat d'assurance (voir la définition du mot anglais « insurance » que l'on trouve dans l'ouvrage de Roger Bird, intitulé *Osborn's Concise Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 1983), à la p. 182); [TRADUCTION] « un instrument écrit » par lequel l'assureur s'engage, moyennant une prime, à indemniser l'assuré d'une perte éventuelle (voir la définition de l'expression anglaise « insurance policy » qui est donnée dans l'ouvrage de William P. Statsky, intitulé *West's Legal Thesaurus/Dictionary* (St. Paul (Minnesota) : West Publishing Company, 1985), à la p. 417); [TRADUCTION] « un contrat d'assurance » et « un document constatant ce contrat dans le détail » (voir la définition de l'expression anglaise « insurance policy » que l'on trouve dans l'ouvrage intitulé *Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd. (St. Paul (Minnesota) : Thomson West, 2004), à la p. 820). Au Canada, l'expression anglaise « policy of insurance » est invariablement définie comme étant [TRADUCTION] « le document qui fait foi d'un contrat » (voir la définition du mot « policy » dans l'ouvrage intitulé *The Dictionary of Canadian Law*, à la p. 786).

[90] C'est précisément là le sens qui a été donné au mot « police » à l'art. 1 de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, qui dispose que ce mot « désigne le

document qui fait foi d'un contrat ». Cette disposition définitoire donne ensuite au mot « contrat » le sens suivant : « un contrat d'assurance et comprend une police, un certificat, une quittance provisoire, une quittance de renouvellement, un écrit, scellé ou non, constatant le contrat, et une convention verbale liant les parties ». Ma position est tout simplement la suivante : le sens normal de ces mots suivant les définitions qu'en donnent les dictionnaires et la loi nous interdit de conclure que les textes législatifs prévoyant le versement de prestations sont visés par l'expression « contrat d'assurance » employée à la clause 4b)(vii). Il devrait aller de soi que les rédacteurs devaient être conscients de la définition des mots « police » et « contrat » donnée à l'art. 1 de la *Loi sur les assurances* du Nouveau-Brunswick lorsqu'ils ont choisi d'incorporer l'expression « contrat d'assurance » dans la clause 4b)(vii). On peut aussi tenir pour acquis, sans crainte de se tromper, que ces mêmes rédacteurs devaient être au fait des ramifications de la règle *contra proferentem* pour ce qui concerne l'interprétation de l'expression entre guillemets.

[91] Ce qui est tout aussi important, le contexte plus large milite lui aussi contre l'interprétation de l'expression « contrat d'assurance » que propose Economical. Les expressions « contrat d'assurance » et « police d'assurance » sont employées partout dans la *Loi sur les assurances* pour désigner des conventions passées entre un assureur et un assuré (voir par exemple les articles, paragraphes, alinéas, sous-alinéas et divisions suivants : 1, 2, 20(1), 20(2)f) et g), 20.1(1), 22, 24(8), 43, 48(2)c), 51(2), 58(2)b), 58(3)b), 58(4)b), 58(5)b), 64, 85(1), 85(2), 85(6), 96, 97, 98(1), 98(4), 98(5), 100(1), 102(2), 103(2), 105(4), 111, 113(1), 113(2), 113(3), 114(1), 116(1), 186, 255(5), 256(2), 257(2), 266.1(4), 266.4a)(ii), 266.4(b)(iii)(B), 266.7(1)f), 266.92d), 266.96(3)b), 273, 285(3), 289(2), 304(3), 307, 357, 364(1), 364(4), 369.1d), e), f) et h). On ne saurait, dans aucun de ces cas, retenir une interprétation selon laquelle les expressions « police d'assurance » et « contrat d'assurance » s'entendent également de dispositions législatives prévoyant le versement de prestations ou d'indemnités. En fait, au par. 265.4(1), qui modifie la règle de la source parallèle en common law, le « texte législatif » et la « police d'assurance-invalidité » sont considérés comme des sources distinctes pour ce qui concerne les paiements déductibles.

[92] De plus, l'expression « contrat d'assurance » est employée ailleurs dans l'avenant F.A.N.-B. n° 44 et dans la Police type d'assurance automobile. Ainsi, elle fait partie intégrante de la clause 6a)(ii) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, que peut invoquer l'assureur pour exiger du demandeur admissible qu'il « donne le détail de tout contrat d'assurance dont il peut bénéficier, autre que les contrats d'assurance-vie ». Il n'est guère contestable que l'expression « contrat d'assurance » au sens de la clause 6a)(ii) n'englobe pas les textes législatifs prévoyant le versement de prestations ou d'indemnités. En effet, aucun assureur raisonnable n'envisagerait un instant la possibilité de recourir à la clause 6a)(ii) pour forcer un demandeur admissible à donner le détail des dispositions de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada* dont il pourrait bénéficier. La clause 6(1)(d) du chapitre D (« Couverture d'automobiles non assurées ») oblige elle aussi le demandeur, ou requérant, à « fournir à l'assureur les détails de toute police d'assurance, autre qu'une police d'assurance-vie auxquels [sic] le requérant peut avoir recours ». Le libellé du chapitre D est prescrit par règlement de sorte que les définitions des mots « police » et « contrat » données à l'art. 1 de la *Loi sur les assurances* s'appliquent à l'interprétation de l'expression « police d'assurance » qui est employée à la clause 6(1)(d). L'avenant F.A.N.-B. n° 44 fait partie du contrat d'assurance intervenu entre Economical et M<sup>me</sup> Lapalme, contrat qui comprend le chapitre D. À mon avis, la clause 6a)(ii) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 et la clause 6(1)(b) du chapitre D étayaient l'opinion voulant que l'expression « contrat d'assurance » ne désigne pas les textes législatifs prévoyant le versement de prestations d'invalidité.

[93] Finalement, le contexte plus immédiat de la clause 4b) de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 joue en défaveur de l'interprétation à laquelle Economical nous presse de souscrire. Si l'on avait voulu que l'expression « contrat d'assurance » désigne aussi les textes législatifs prévoyant le versement de prestations d'invalidité, la clause 4b)(viii) aurait été inutile. Elle prévoit la soustraction de « sommes » que le demandeur admissible est en droit de recouvrer en vertu des « lois sur les accidents du travail ou autre lois semblables en vigueur là où l'accident s'est produit et applicables aux préjudices ou au décès en question ». Les lois de cette nature prévoient le versement de prestations d'invalidité et pourtant, les rédacteurs ont choisi de les mentionner explicitement dans la

liste figurant à la clause 4b). Il est bien établi en droit que les tribunaux doivent s'employer à donner un sens à chacun des mots et des clauses d'un contrat (voir par exemple l'arrêt *Theriault c. Fidelity Insurance Company of Canada* (1984), 52 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 236, [1984] A.N.-B. n<sup>o</sup> 84 (C.A.) (QL), au par. 6, ainsi que la jurisprudence mentionnée ci-dessus au par. 42).

[94] Le mécanisme qui permet de recouvrer des prestations d'invalidité en vertu de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada* peut fort bien « remplacer » une police d'assurance invalidité, « équivaloir », être « comparable », « semblable » ou « assimilable » aux mécanismes prévus par des polices d'assurance invalidité pour les fins de la règle de la source parallèle applicable en matière de responsabilité civile délictuelle, mais cela ne fait pas du *Régime de pensions du Canada* un « contrat d'assurance » pour les fins de la clause 4b)(vii).

[95] Je suis respectueusement d'avis que c'est à bon droit que dans la décision *Melanson c. Co-operators*, la Cour a décidé que les prestations d'invalidité du RPC ne sont pas visées par la clause 4b)(vii) de l'avenant SEF 44 ou de l'avenant F.A.N.-B. n<sup>o</sup> 44. Dans les affaires *MacNeill c. Co-operators* et *Campbell-MacIsaac c. Deveaux*, les prestations d'invalidité dont il était question provenaient de sources expressément mentionnées à la clause 4b). Sans me prononcer sur la valeur de précédent qu'ils peuvent avoir dans notre province, je suis respectueusement d'avis que les arrêts *MacNeill c. Co-operators* et *Campbell-MacIsaac c. Deveaux* ne s'appliquent pas en l'espèce; ils peuvent en effet être écartés pour les raisons susmentionnées et pour le motif que les dispositions de l'avenant SEF 44 relatives à la subrogation et à la cession des droits de recours, l'une ou l'autre de ces dispositions, ou les deux, ayant pu contribuer à l'issue qu'ont connue ces deux instances, n'interviennent pas en l'espèce.

## VI. Conclusion et dispositif

[96] Par l'intermédiaire de l'avenant F.A.N.-B. n<sup>o</sup> 44, les assureurs automobiles qui font affaire dans notre province fournissent à leurs clients une assurance

« complémentaire » qui n'a rien d'absolu contre les pertes que subissent leur assuré (et les membres de sa famille qui y sont admissibles) par la faute d'un automobiliste sous-assuré. Aux termes de la clause 2 de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, l'assureur s'engage à indemniser tout demandeur admissible des dommages-intérêts compensatoires qu'il « est » en droit de recouvrer d'un automobiliste sous-assuré. Dans l'arrêt *Somersall c. Friedman*, la Cour suprême du Canada a, à la majorité, statué que la date de l'accident de véhicule à moteur qui donne lieu aux pertes sous-jacentes était la date à laquelle il fallait se reporter pour évaluer le droit de recouvrement auprès de l'automobiliste sous-assuré. Je suis respectueusement d'avis que cette décision favorable à l'assuré concerne exclusivement la clause 2 et n'éclaire pas l'interprétation de la clause 4. Cette dernière clause énonce la formule qu'il faut utiliser pour calculer la somme que doit payer l'assureur visé à l'avenant F.A.N.-B. n° 44 : il faut soustraire des dommages-intérêts auxquels est condamné l'automobiliste sous-assuré le total des sommes que le demandeur admissible recouvre effectivement de toutes les sources et des sommes qu'il est en droit de recouvrer de certaines sources précises. Le libellé des clauses 4 et 5b) confirme que la date pertinente pour les fins de la clause 4 est la date de la décision qui détermine la somme payable par l'assureur. La clause 4b)(vii), qui prévoit la déduction de sommes que le demandeur admissible ne recouvre pas effectivement mais qu'il est en droit de recouvrer en vertu d'« un contrat d'assurance prévoyant des prestations pour incapacité », ne s'applique pas aux prestations d'invalidité versées en vertu de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada*. Seules les prestations d'invalidité du RPC que le demandeur a effectivement recouvrées sont déductibles conformément à la clause 4.

[97] Il s'ensuit que je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement rendu en première instance et de décider ainsi les points suivants : (1) aux termes de la clause 4 de l'avenant F.A.N.-B. n° 44, toutes les prestations d'invalidité du RPC que la demanderesse admissible, Ginette Lapalme, aura effectivement recouvrées entre le moment de l'accident et celui où un juge de la Cour du Banc de la Reine déterminera la somme qui lui est payable en vertu de l'avenant F.A.N.-B. n° 44 doivent être déduites; et (2) la clause 4 ne prévoit pas, toutefois, la déduction d'autres prestations d'invalidité du RPC, notamment les prestations d'invalidité du RPC qui n'ont pas été recouvrées avant

que la somme payable ne soit déterminée mais que M<sup>me</sup> Lapalme est en droit de recouvrer ou encore les prestations d'invalidité du RPC qu'elle pourrait être en droit de recouvrer à l'avenir.

[98] Les parties ayant plus ou moins eu gain de cause également, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie supporte ses propres dépens en première instance et en appel.

[99] Il convient de faire une dernière observation. Bien que rien ne prouve qu'Economical a utilisé des tactiques dilatoires et que M<sup>me</sup> Lapalme, dans son exposé de la demande, n'ait pas prétendu qu'Economical avait usé de telles tactiques, il n'en demeure pas moins que presque une décennie après qu'elle a été introduite, l'action sous-jacente n'a toujours pas été tranchée. Bien entendu, lorsqu'un assureur visé à l'avenant F.A.N.-B. n° 44 omet de coopérer afin d'accélérer le règlement sur le fond du litige de son assuré, les *Règles de procédure* et la common law fournissent tout un arsenal de mesures judiciaires : il incombe au demandeur/assuré d'insister pour obtenir qu'elles soient appliquées. Cela dit, il convient de dire les choses franchement : le contrôle judiciaire de ce litige se fait attendre depuis trop longtemps.