

**Scottish & York Insurance Co.  
Ltd. Appellant**

v.

**Pearl Somersall, Gwendolyn Somersall and  
Janice Somersall Respondents**

**INDEXED AS: SOMERSALL v. FRIEDMAN**

**Neutral citation: 2002 SCC 59.**

File No.: 27851.

2002: January 21; 2002: August 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Insurance — Automobile insurance — Underinsured driver coverage — Subrogation — Limits agreement between insured and underinsured tortfeasor made without notice to insurer — Agreement providing that tortfeasor would admit to fault at trial and that insured would not pursue damages beyond limits of tortfeasor's insurance — Insurer denying insurer's claim for damages over and above tortfeasor's coverage limit — Whether limits agreement justifying denial of claim.*

Two of the respondents suffered serious injuries in a motor vehicle collision and brought an action against the driver of the other vehicle, an underinsured motorist. The third respondent based her claim on s. 61 of Ontario's *Family Law Act*. The respondents later entered into a limits agreement with the tortfeasor, without notice to the appellant, their insurer. This agreement provided that (1) the tortfeasor would admit liability at trial and (2) the respondents would not sue him in excess of his liability coverage. The respondents sought to recover the remainder of their damages from the appellant pursuant to their underinsured driver coverage known as the SEF 44 Endorsement which requires that an insured must be "legally entitled to recover" damages from the underinsured motorist in order to collect payment from the insurer. When the appellant cross-claimed against the underinsured motorist, he submitted in his defence that the respondents were bound by the limits agreement. The

**Scottish & York Insurance Co.  
Ltd. Appelante**

c.

**Pearl Somersall, Gwendolyn Somersall et  
Janice Somersall Intimées**

**RÉPERTORIÉ : SOMERSALL c. FRIEDMAN**

**Référence neutre : 2002 CSC 59.**

N° du greffe : 27851.

2002 : 21 janvier; 2002 : 8 août.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Assurance — Assurance automobile — Garantie sous-assurance des tiers — Subrogation — Convention de limitation entre l'assuré et l'auteur du délit sous assuré conclue à l'insu de l'assureur — Convention prévoyant que l'auteur du délit s'avouerait responsable au procès et que l'assuré ne ferait valoir contre lui aucune demande de dommages-intérêts excédant sa garantie d'assurance — Rejet par l'assureur de la demande d'indemnité de l'assuré pour les dommages excédant la garantie d'assurance de l'auteur du délit — La convention de limitation justifiait-elle le rejet de la demande d'indemnité?*

Deux des intimées ont subi de graves blessures lors d'une collision d'automobiles et elles ont intenté une action contre le conducteur de l'autre véhicule, qui était sous assuré. La troisième intimée a fondé sa demande sur l'art. 61 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario. Les intimées ont ensuite signé une convention de limitation avec l'auteur du délit, à l'insu de l'appelante, leur assureur. Cette convention prévoyait que : (1) au procès, l'auteur du délit s'avouerait responsable de l'accident et (2) les intimées ne ferait valoir contre lui aucune réclamation excédant sa garantie d'assurance. Les intimées ont tenté de recouvrer le solde de leurs dommages-intérêts de l'appelante en vertu de leur garantie sous-assurance des tiers, connue sous le nom d'ave-nant SEF 44, aux termes duquel l'assuré doit avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts de l'automobiliste sous assuré pour bénéficier de la protection offerte par son assureur. Lorsque l'appelante a formé une

appellant then moved before trial for a determination of its liability on a question of law. The motions judge ruled that the limits agreement precluded the respondents from advancing a claim against the appellant pursuant to the SEF 44 Endorsement. The Court of Appeal, however, allowed the respondents' appeal.

*Held* (Major and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and LeBel JJ.: The limits agreement, like a limitation period, does not block the action. It has no bearing on the right of the insured against the tortfeasor at the time of the accident, which is the relevant time for the determination of legal entitlement. The promise by the respondents not to pursue the underinsured motorist beyond his policy limits has no bearing on any question of the legal entitlement that existed at the time of the accident. It only renders the respondents unable to further their legal rights against the tortfeasor in the courts. This rationale and result sit comfortably with both the policy purpose and the contractual nature of underinsured and uninsured motorist coverage. The respondents are precisely within the zone which SEF 44 coverage is designed to patch over within the Ontario system of mandatory insurance. The terms of the policy and public policy alike support their claim.

The respondents have not interfered with the appellant's rights of subrogation to such an extent as to deprive it of a right it acquired in the contract. Only a clear and unambiguous obligation upon the insured to maintain a claim in tort and not to waive it in exchange for a payment can support an interpretation favourable to the appellant. Further, it has long been the law, in the absence of contractual terms to the contrary, that the insurer's right of subrogation will not arise until the insured has been fully indemnified. Here, the appellant's right of subrogation has not yet arisen, and in any event there is no evidence that the respondents did not honestly and in good faith believe that it was prudent and wise to enter into the limits agreement. Absent any evidence of actual or probable loss, the insurers should not be allowed to raise an alleged breach of subrogation rights in order to bar a claim made in good faith by the insured. Moreover, the plain language of the contract does not support a

demande reconventionnelle contre le tiers sous assuré, celui-ci a fait valoir dans sa défense que la convention de limitation liait les intimées. L'appelante a alors demandé par voie de motion, en invoquant un point de droit, que la question de sa responsabilité soit tranchée avant l'instruction. Le juge des requêtes a statué que la convention de limitation empêchait les intimées de présenter une demande d'indemnité contre l'appelante en invoquant l'avenant SEF 44. La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel des intimées.

*Arrêt* (les juges Major et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et LeBel : La convention de limitation, à l'instar d'un délai de prescription, ne fait pas obstacle à l'action. Elle n'a aucune incidence sur le droit que possédait l'assuré contre l'auteur du délit au moment de l'accident, moment auquel il faut se reporter pour décider si l'assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts. La promesse des intimées de ne pas réclamer en justice au tiers sous assuré un montant excédant sa garantie d'assurance n'a aucun effet sur quelque question que ce soit concernant le droit de recouvrement qui existait au moment de l'accident. Elle empêche seulement les intimées de faire valoir plus amplement leurs droits contre l'auteur du délit devant les tribunaux. Ce raisonnement et son résultat sont compatibles avec l'objectif de politique générale et la nature contractuelle de la garantie sous-assurance et non-assurance des tiers. Les intimées se trouvent précisément dans la situation à laquelle la garantie de l'avenant SEF 44 est censée remédier au sein du système ontarien d'assurance-automobile obligatoire. Les termes de la police et des considérations de principe appuient leur demande.

Les intimées n'ont pas contrecarré les droits de subrogation de l'appelante au point de la priver d'un droit que le contrat lui avait conféré. Seule une obligation claire et non ambiguë imposée à l'assuré de préserver son droit de recours délictuel et de s'abstenir d'y renoncer en contrepartie d'un paiement peut étayer une interprétation qui serait favorable à l'appelante. De plus, il est établi de longue date en droit qu'en l'absence de stipulations contractuelles contraires, le droit de subrogation de l'assureur ne prend naissance qu'après l'indemnisation complète de l'assuré. En l'espèce, le droit de subrogation de l'appelante n'a pas encore pris naissance et, quoi qu'il en soit, aucune preuve ne démontre que les intimées ne croyaient pas honnêtement et de bonne foi qu'il était sage et prudent de conclure la convention de limitation. En l'absence de preuve d'une perte réelle ou probable, les assureurs ne doivent pas être autorisés à soulever une présumée atteinte à leurs droits de subrogation pour faire

finding that the limits agreement interfered with a contractual right of the appellant. The only clear obligation on the insured is to “cooperate with the insurer” (except in a pecuniary way) in the pursuit of the action, but this obligation only arises once a payment has been made, and no payment has yet been made here. If there is an ambiguity in the content of this obligation, the interpretive principle *contra proferentem* would demand that it be resolved in favour of the insured.

A finding that the limits agreement somehow interferes with the right of subrogation to such an extent as to nullify the right of the insured to indemnity would seriously undermine the position of the case law that the direct action against the insurer exists at all. Since subrogation rights against underinsured or uninsured drivers are rarely very valuable, it would be over-reaching to regard its loss as significantly changing the insurer’s position.

The minority’s position on s. 278(6) of the *Insurance Act* was agreed with. The provision cannot assist the insurer because it has neither made any payment nor assumed any liability therefor as required by s. 278(1).

*Per* Major and Binnie JJ. (dissenting): Ambiguities with respect to cover are to be resolved in favour of the insured. The language of the SEF 44 Endorsement, however, is not ambiguous and clearly requires that the insured refrain from acts destructive of the insurer’s subrogation interest. There must be a subsisting right of action against the tortfeasor at the time the claim is asserted against the insurer. It is not sufficient that it exists at the time of the accident. The expression “is legally entitled to recover” is framed in the present, not the past, tense. The respondents had no legal entitlement as of the date of their claim against the appellant.

Subrogation is a matter of substance, not form. The fact that the respondents signed a limits agreement rather than a release of the cause of action was of little importance for, in either case, the insurer is precluded from a successful claim over. The risk undertaken by the appellant was not the whole of the respondents’ loss but the loss reduced, at least potentially, by assigning the insurer all proper and available means of reimbursement. Although the right of subrogation cannot be exercised until payment is made, it is a contingent right that vests

échec à une demande d’indemnité présentée de bonne foi par l’assuré. En outre, le sens ordinaire du contrat n’étaye pas la conclusion que la convention de limitation a contrecarré un droit contractuel de l’appelante. La seule obligation clairement imposée à l’assuré est celle de « coopérer avec l’assureur » (sauf sur le plan pécuniaire) dans la poursuite de l’action, mais l’assuré n’est pas obligé de coopérer tant qu’il n’y a pas eu paiement d’une indemnité et aucun paiement n’a encore été fait en l’espèce. S’il subsistait une ambiguïté quant à la teneur de cette obligation, le principe d’interprétation *contra proferentem* exigerait qu’elle soit résolue en faveur de l’assuré.

La conclusion que la convention de limitation contrecarre le droit de subrogation à tel point que l’assuré perd le droit d’être indemnisé s’écarterait sérieusement du principe jurisprudentiel voulant qu’il existe bel et bien un droit d’action directe contre l’assureur. Comme la valeur des droits de subrogation contre un tiers sous assuré ou non assuré est rarement élevée, ce serait exagérer que de considérer sa perte comme modifiant sensiblement la situation de l’assureur.

La majorité a souscrit à l’opinion de la minorité concernant le par. 278(6) de la *Loi sur les assurances*. Cette disposition n’est d’aucun secours pour l’assureur puisqu’il n’a effectué aucun paiement ni assumé aucune responsabilité à cet égard, comme l’exige le par. 278(1) de la Loi.

*Les* juges Major et Binnie (dissidents) : Les ambiguïtés concernant la garantie d’assurance doivent être résolues en faveur de l’assuré. Le libellé de l’avenant SEF 44 n’est toutefois pas ambigu et exige clairement que l’assuré s’abstienne de tout acte qui priverait l’assureur de son droit à la subrogation. Il doit subsister un droit d’action contre l’auteur du délit au moment où la demande d’indemnité est présentée contre l’assureur. Il ne suffit pas qu’un droit d’action existe à la date de l’accident. On n’a pas utilisé le passé, mais bien le présent de l’indicatif dans l’expression « a le droit de recouvrer ». Les intimées n’avaient pas de droit de recouvrement à la date de présentation de leur demande d’indemnité contre l’appelante.

La subrogation est une question de fond et non de forme. Le fait que les intimées ont signé une convention de limitation plutôt qu’une renonciation à la cause d’action n’a pas beaucoup d’importance, car, dans les deux cas, l’assureur est empêché de recouvrer le montant de son paiement. L’appelante n’avait pas assumé le risque de la perte totale des intimées, mais plutôt celui de leur perte réduite, du moins potentiellement, du fait de la cession en faveur de l’assureur de tous les moyens légitimes possibles d’obtenir un remboursement. Bien que le droit

at the time the policy is entered into. For the Court now to add the requirement that an insurer denied subrogation must prove that the denial did in fact result in “actual and probable loss” ignores the wording of SEF 44 and introduces unnecessary uncertainty in its day-to-day application. The amount to which the insured is legally entitled is determined by the insurance contract, and the terms of the SEF 44 Endorsement explicitly make subrogation part of the package accepted by both parties to the insurance contract. If the insured has prejudiced the subrogation rights of the insurer then it is open to the insurer to refuse the claim.

The appellant could not move to set aside the limits agreement under s. 278(6) of the *Insurance Act* because that provision is intended to protect the interests of an insurer who has paid or assumed liability for payment to the insured. It does not limit the ability to settle an action of a plaintiff who has not claimed (and may never claim) against the insurer. To allow an insurer who had no interest at the time to contest the validity of the limits agreement years after the settlement would contribute uncertainty to the settlement process and undermine the finality of litigation.

### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Considered:** *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Wheless v. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (1971); **distinguished:** *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; **referred to:** *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *University of Saskatchewan v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Griffin*, 286 So.2d 302 (1973); *Rhault v. Tsagarakos*, 361 F.Supp. 202 (1973); *Glover v. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (1971); *Conteh v. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (2001); *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24; *Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72; *July*

de subrogation ne puisse être exercé qu'après le paiement de l'indemnité, il s'agit d'un droit conditionnel qui prend naissance dès la signature de la police. L'imposition, par la Cour, d'une nouvelle exigence selon laquelle l'assureur dont on nie le droit à la subrogation doit d'abord prouver qu'il encourt de ce fait une « perte réelle ou probable » fait fi du libellé de l'avenant SEF 44 et créera inutilement de l'incertitude quant à son application pratique quotidienne. Le montant que l'assuré a le droit de recouvrer est déterminé par le contrat d'assurance et l'avenant SEF 44 stipule explicitement que la subrogation fait partie de la convention globale à laquelle les deux parties au contrat d'assurance ont souscrit. Si l'assuré a porté atteinte aux droits de subrogation de l'assureur, alors ce dernier peut rejeter la demande d'indemnité.

L'appelant ne pouvait pas demander l'annulation de la convention de limitation en invoquant le par. 278(6) de la *Loi sur les assurances*, parce que cette disposition est censée protéger les intérêts d'un assureur qui a versé une indemnité à l'assuré ou assumé la responsabilité à cet égard. Elle ne limite pas la capacité de régler une action d'un demandeur qui n'a pas présenté (et peut ne jamais présenter) une demande d'indemnité contre l'assureur. Permettre à l'assureur qui n'avait aucun intérêt à l'époque de venir plusieurs années après le règlement contester la validité de la convention de limitation aurait pour effet d'insérer un élément d'incertitude dans le processus de règlement et de porter atteinte au caractère définitif des instances.

### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêts examinés :** *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Wheless c. St. Paul Fire and Marine Insurance Co.*, 181 S.E.2d 144 (1971); **distinction d'avec les arrêts :** *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; **arrêts mentionnés :** *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *University of Saskatchewan c. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Griffin*, 286 So.2d 302 (1973); *Rhault c. Tsagarakos*, 361 F.Supp. 202 (1973); *Glover c. Tennessee Farmers Mutual Insurance Co.*, 468 S.W.2d 727 (1971); *Conteh c. Allstate Insurance Co.*, 782 A.2d 748 (2001); *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24; *Derksen c. 539938 Ontario*

*v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *A.F.G. Insurances Ltd. v. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655; *Pacific Coyle Navigation Co. v. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715; *Ontario Health Insurance Plan v. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190; *Confederation Life Insurance Co. v. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1; *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. v. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227; *Commercial Union Assurance Co. v. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Puckett v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (1971); *Sahloff v. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (1969).

By Binnie J. (dissenting)

*Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi* (1915), 51 S.C.R. 562; *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Ledingham v. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 S.C.R. 332; *Glynn v. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 2 O.R. 705, rev'g [1963] 1 O.R. 599; *John Edwards & Co. v. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249; *Hobbs v. Marlowe*, [1978] A.C. 16; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. v. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539; *Napier v. Hunter*, [1993] A.C. 713; *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Khederlarian v. Safeco Insurance Co.*, Ont. Ct. (Gen. Div.), June 16, 1992; *Birtles v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193; *Barton v. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133; *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569, rev'g (1992), 8 O.R. (3d) 11; *Transnational Insurance Co. v. Simmons*, 507 P.2d 693 (1973); *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Allstate Insurance Co. v. Skeeters*, 846 F.2d 932 (1988); *Biafore v. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409; *Toronto Hydro-Electric Commissioners v. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539.

#### Statutes and Regulations Cited

*Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4, s. 61.  
*Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 278(1), (6).  
*Insurance Act Regulations*, R.R.O. 1980, Reg. 535, s. 4(1) [now R.R.O. 1990, Reg. 676].

*Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 398, 2001 CSC 72; *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *A.F.G. Insurances Ltd. c. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655; *Pacific Coyle Navigation Co. c. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715; *Ontario Health Insurance Plan c. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190; *Confederation Life Insurance Co. c. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1; *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. c. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227; *Commercial Union Assurance Co. c. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Puckett c. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (1971); *Sahloff c. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (1969).

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Guardian Assurance Co. c. Town of Chicoutimi* (1915), 51 R.C.S. 562; *Simpson c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431; *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177; *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600; *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305; *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Ledingham v. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 R.C.S. 332; *Glynn c. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 2 O.R. 705, inf. [1963] 1 O.R. 599; *John Edwards & Co. c. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249; *Hobbs c. Marlowe*, [1978] A.C. 16; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. c. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539; *Napier c. Hunter*, [1993] A.C. 713; *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380; *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754; *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545; *Khederlarian c. Safeco Insurance Co.*, C. Ont. (Div. gén.), 16 juin 1992; *Birtles c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193; *Barton c. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133; *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569, inf. (1992), 8 O.R. (3d) 11; *Transnational Insurance Co. c. Simmons*, 507 P.2d 693 (1973); *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d 482 (1966); *Allstate Insurance Co. c. Skeeters*, 846 F.2d 932 (1988); *Biafore c. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409; *Toronto Hydro-Electric Commissioners c. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539.

#### Lois et règlements cités

*Insurance Act Regulations*, R.R.O. 1980, Règl. 535, art. 4(1) [maintenant R.R.O. 1990, Règl. 676].  
*Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, art. 61.



*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 21.01.

### Authors Cited

*Birds' Modern Insurance Law*, 5th ed. by John Birds and Norma J. Hird. London, Sweet & Maxwell, 2001.

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.

Jerry, Robert H. *Understanding Insurance Law*, 2nd ed. New York: Matthew Bender, 1996.

*MacGillivray on Insurance Law*, 9th ed. by Nicholas Legh-Jones, general editor. London: Sweet and Maxwell, 1997.

Ytreberg, Dag E. "Insured's Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits", 73 A.L.R. 3d 632 (1976).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 183 D.L.R. (4th) 396, 129 O.A.C. 68, 17 C.C.L.I. (3d) 1, 50 M.V.R. (3d) 148, [2000] O.J. No. 401 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1998), 40 O.R. (3d) 461, 162 D.L.R. (4th) 229, 5 C.C.L.I. (3d) 309, 36 M.V.R. (3d) 153, [1998] I.L.R. ¶ I-3571, [1998] O.J. No. 2223 (QL). Appeal dismissed, Major and Binnie JJ. dissenting.

*Brian J. E. Brock, Q.C.*, and *Rita Bambers*, for the appellant.

*Jeffrey W. Strype*, for the respondents.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

### I. Introduction

<sup>1</sup> I have had the benefit of reading the succinct reasons of Justice Binnie. With respect, I differ with my colleague and would dismiss the appeal. Consequently, I prefer to set forth the background of the appeal prior to discussing my reasons for disagreement with my colleague.

*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 278(1), (6).

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01.

### Doctrine citée

*Birds' Modern Insurance Law*, 5th ed. by John Birds and Norma J. Hird. London : Sweet & Maxwell, 2001.

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London : Butterworths, 1993.

Jerry, Robert H. *Understanding Insurance Law*, 2nd ed. New York : Matthew Bender, 1996.

*MacGillivray on Insurance Law*, 9th ed. by Nicholas Legh-Jones, general editor. London : Sweet & Maxwell, 1997.

Ytreberg, Dag E. « Insured's Right to Bring Direct Action Against Insurer for Uninsured Motorist Benefits », 73 A.L.R. 3d 632 (1976).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 183 D.L.R. (4th) 396, 129 O.A.C. 68, 17 C.C.L.I. (3d) 1, 50 M.V.R. (3d) 148, [2000] O.J. No. 401 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 40 O.R. (3d) 461, 162 D.L.R. (4th) 229, 5 C.C.L.I. (3d) 309, 36 M.V.R. (3d) 153, [1998] I.L.R. ¶ I- 3571, [1998] O.J. No. 2223 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Major et Binnie sont dissidents.

*Brian J. E. Brock, c.r.*, et *Rita Bambers*, pour l'appelante.

*Jeffrey W. Strype*, pour les intimées.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et LeBel rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

### I. Introduction

J'ai lu les motifs succincts du juge Binnie. Je ne partage malheureusement pas son opinion et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je vais donc décrire le contexte du pourvoi avant d'exposer les raisons de mon désaccord avec mon collègue.

The Somersalls were struck and injured by an underinsured motorist in 1989. They recovered as much of their damages as they could from that motorist's insurer, and, aware that they had purchased additional coverage to protect them against just such an eventuality, sought the remainder from their own insurer. But their insurer did not wish to pay their claim. The insurer says that, by signing an agreement with the man whose negligence caused their injuries, they would not pursue him beyond his policy limits, and that the Somersalls have lost their claim and interfered with the insurer's subrogation rights. To resolve this dispute, we must look to the rights and obligations the insurance contract between the parties sets out.

## II. Background

The facts can be briefly stated. On January 29, 1989, the plaintiffs Pearl and Gwendolyn Somersall ("respondents") were injured in a car accident with the defendant Jerry Friedman. The respondents filed the statement of claim in their action on January 28, 1991. On December 13, 1991, an agreement was entered into between the respondents and the defendant Friedman, which the parties have referred to as the "Limits Agreement". The Limits Agreement provided that (a) Friedman was to admit liability for the accident at trial; (b) the respondents would not claim against Friedman or his insurer in excess of Friedman's policy limit of \$200,000; and (c) Friedman's insurer was to make an advance payment of \$50,000 to the respondents.

The co-defendant, and now appellant, was the respondents' insurer, Scottish & York Insurance Co. Ltd. ("Scottish & York"), and was joined to this action in July 1994. The respondents sought to recover the remainder of their damages from Scottish & York pursuant to their underinsured driver coverage. This coverage existed pursuant to the Family Protection Endorsement, an optional but

Les Somersall ont été heurtées et blessées par un automobiliste sous assuré en 1989. Elles ont recouvré de l'assureur de cet automobiliste toute la part des dommages-intérêts qu'elles pouvaient obtenir de lui puis, se rappelant avoir souscrit à une garantie additionnelle pour se protéger contre une telle éventualité, elles ont demandé le solde à leur propre assureur. Ce dernier n'a toutefois pas voulu leur verser l'indemnité demandée. L'assureur prétend qu'en raison de la convention qu'elles ont signée avec l'homme dont la négligence leur a causé des lésions corporelles et dans laquelle elles se sont engagées à ne pas lui réclamer en justice une somme excédant la garantie stipulée dans sa police d'assurance, les Somersall ont perdu leur droit à une indemnité et contrecarré les droits de subrogation de l'assureur. Pour résoudre ce différend, nous devons examiner les droits et obligations que prévoit le contrat d'assurance conclu entre les parties.

## II. Le contexte

Les faits peuvent être exposés brièvement. Le 29 janvier 1989, les intimées Pearl et Gwendolyn Somersall (« les intimées ») ont été blessées dans un accident d'automobile avec le défendeur Jerry Friedman. Les intimées ont déposé la déclaration dans leur action le 28 janvier 1991. Le 13 décembre 1991, les intimées et le défendeur Friedman ont conclu une convention que les parties ont appelée la [TRADUCTION] « convention de limitation ». La convention de limitation prévoyait ce qui suit : a) au procès, M. Friedman s'avouerait responsable de l'accident; b) les intimées ne feraient valoir contre M. Friedman ou son assureur aucune réclamation excédant la garantie d'assurance de M. Friedman, qui s'élevait à 200 000 \$; enfin, c) l'assureur de M. Friedman verserait une avance de 50 000 \$ aux intimées.

La codéfenderesse au procès et appelante dans le présent pourvoi était l'assureur des intimées, la société Scottish & York Insurance Co. Ltd. (« Scottish & York »), qui a été jointe à l'action en juillet 1994. Les intimées ont réclaté le solde de leurs dommages-intérêts à Scottish & York en invoquant leur garantie sous-assurance des tiers. Cette garantie était prévue dans l'avenant de protection

2

3

4

very common endorsement in an Ontario automobile insurance agreement, also known as the “SEF 44 Endorsement”. According to this provision, a plaintiff must be “legally entitled to recover” damages from an underinsured motorist in order to access their own insurer’s pool of coverage for such circumstances. Specifically, it obliges the insurer to:

... 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.

5 The SEF 44 Endorsement is the product of Ontario’s statutory automobile insurance scheme, and the language “legally entitled to recover” is a standard phrase also in use under similar standard endorsements in most Canadian jurisdictions. It is important to note that the Ontario scheme is now quite different from the scheme by which this action is governed. The scheme governing the claim in this appeal was primarily tort-based, while the current regime generally involves first-party recovery from the insurer of the injured party, tort damages being relegated to instances of “catastrophic loss”.

6 Scottish & York cross-claimed against Friedman. Friedman submitted in his Amended Statement of Defence to this cross-claim that the Limits Agreement bound the respondents. The appellant moved, pursuant to Rule 21.01 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for determination before trial of the following question of law:

Does the agreement reached between counsel for the plaintiffs and counsel for the defendant Friedman limiting the plaintiffs’ claim to that defendant’s policy limits preclude the plaintiffs from advancing a claim against Scottish & York pursuant to the underinsured motorist provisions of its policy?

familiale, avenant optionnel mais très courant dans les contrats d’assurance automobile de l’Ontario, aussi connu sous le nom d’avenant « SEF 44 ». Aux termes de cet avenant, le demandeur doit avoir « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts d’un automobiliste sous assuré pour bénéficier de la protection offerte par son assureur en pareil cas. Elle oblige plus particulièrement l’assureur à :

[TRADUCTION] ... indemniser 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.

L’avenant SEF 44 est issu du régime d’assurance automobile de l’Ontario et l’expression « a le droit de recouvrer » (« *is legally entitled to recover* ») est une expression courante qui figure également dans des avenants types similaires dans la plupart des ressorts canadiens. Il importe de noter que le régime ontarien maintenant en vigueur est assez différent de celui qui régit la présente espèce. Le régime applicable au présent pourvoi reposait principalement sur la responsabilité délictuelle, tandis que, selon le régime actuel, la partie lésée est généralement dédommée par son propre assureur, les dommages-intérêts en responsabilité civile délictuelle n’entrant en jeu que dans les cas de « catastrophes ».

Scottish & York a formé une demande reconventionnelle contre M. Friedman. Celui-ci a fait valoir dans sa défense modifiée à la demande reconventionnelle que la convention de limitation liait les intimées. L’appelante a demandé par voie de motion, conformément à la règle 21.01 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, que la question de droit suivante soit décidée avant l’instruction :

[TRADUCTION] La convention conclue entre l’avocat des demanderessees et l’avocat du défendeur Friedman limitant la réclamation des demanderessees au montant de la garantie stipulée dans la police de ce défendeur empêche-t-elle les demanderessees de présenter une demande d’indemnité contre Scottish & York en invoquant les dispositions de la police qui concernent les automobilistes sous assurés?



Spiegel J. ruled that the Limits Agreement did preclude the plaintiffs' claim against Scottish & York: (1998), 40 O.R. (3d) 461. The Ontario Court of Appeal allowed an appeal by the Somersalls and found that the Limits Agreement did not have that effect: (2000), 183 D.L.R. (4th) 396. Scottish & York now appeals to this Court.

### III. Relevant Contractual and Statutory Provisions

#### *SEF 44 Family Protection Endorsement*

#### 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.

#### 3. LIMIT[ATION] OF COVERAGE UNDER THIS ENDORSEMENT

- (a) The Insurer's maximum liability under this endorsement, regardless of the number of eligible claimants, or number of insured persons injured or killed, or number of automobiles insured under the policy shall be the amount by which the Limit of Family Protection Coverage exceeds the total of all limits of motor vehicle liability insurance, or bonds, or cash deposits, or other financial guarantees as required by law in lieu of such insurance, of the inadequately insured motorist and of any person jointly liable therewith;
- (b) Where this endorsement applies as excess, the Insurer's maximum liability under this endorsement is the amount determined in accordance with paragraph 3(a) less the amounts available to eligible claimants under any first loss insurance as referred to in paragraph 7 of this endorsement.

Le juge Spiegel a conclu que la convention de limitation empêchait effectivement les demandereses de présenter une demande d'indemnité contre Scottish & York : (1998), 40 O.R. (3d) 461. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par les Somersall et conclu que la convention de limitation n'avait pas cet effet : (2000), 183 D.L.R. (4th) 396. Scottish & York se pourvoit maintenant devant notre Cour.

### III. Les dispositions contractuelles et législatives pertinentes

#### *Avenant de protection familiale SEF 44*

[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.

#### 3. LIMITE DE LA GARANTIE PRÉVUE PAR LE PRÉSENT AVENANT

- a) La responsabilité maximale de l'Assureur en vertu du présent avenant, indépendamment du nombre de demandeurs admissibles ou du nombre de personnes assurées blessées ou décédées, ou du nombre d'automobiles assurées en vertu de la police, est le montant correspondant à l'excédent de la garantie de protection familiale sur le total de toutes les garanties d'assurance responsabilité civile automobile, ou des cautionnements, dépôts en espèces ou autres cautionnements financiers exigés par la loi pour tenir lieu d'assurances, de l'automobiliste sous assuré et de toute personne responsable conjointement avec lui.
- b) Lorsque le présent avenant s'applique à titre d'assurance complémentaire, la responsabilité maximale de l'Assureur en vertu du présent avenant est le montant déterminé conformément à l'alinéa 3a) moins les sommes dont les demandeurs admissibles peuvent se prévaloir en vertu de toute assurance de premier rang visée à l'article 7 du présent avenant.

## 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 motorist 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;

## 4. MONTANT PAYABLE À CHAQUE DEMANDEUR ADMISSIBLE

- a) Le montant payable en conformité avec le présent avenant à tout demandeur admissible correspond au montant des dommages-intérêts que le demandeur admissible a le droit de recouvrer de l'automobiliste sous assuré, déduction faite du total des montants visés à l'alinéa 4b), mais l'Assureur ne peut jamais être tenu de payer un montant excédant la limite de garantie stipulée au paragraphe 3 du présent avenant.
- b) Le montant payable en application du présent avenant à tout demandeur admissible est complémentaire au montant effectivement recouvré par ce dernier de toute source (sauf les sommes payables au décès en vertu d'une police d'assurance) et à tout montant que le demandeur admissible a le droit de recouvrer (qu'il fasse valoir ce droit ou non) :
  - (i) des assureurs de l'automobiliste sous assuré et des cautionnements, dépôts en espèces ou autres cautionnements financiers fournis au nom de l'automobiliste sous assuré;
  - (ii) des assureurs de toute personne responsable conjointement avec l'automobiliste sous assuré du dommage subi par une personne assurée;
  - (iii) de la Régie de l'assurance automobile du Québec;
  - (iv) d'une caisse d'indemnisation des créanciers de jugements inexécutés ou d'un régime semblable ou qu'une telle caisse ou un tel régime aurait dû verser n'eût été le présent avenant;
  - (v) de la garantie non-assurance des tiers d'une police d'assurance responsabilité civile automobile;
  - (vi) de tout régime d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles applicable dans le ressort où l'accident s'est produit;
  - (vii) de toute police d'assurance stipulant une indemnité d'invalidité ou de réadaptation, ou une indemnité pour manque à gagner ou frais médicaux;
  - (viii) de tout régime d'indemnisation des accidents du travail ou régime semblable du ressort, applicable aux lésions corporelles subies ou au décès;

- (ix) any Family Protection Coverage of a motor vehicle liability policy.

- (ix) de toute garantie de protection familiale d'une police d'assurance responsabilité civile automobile.

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.

5. DÉTERMINATION DU MONTANT QUE LE DEMANDEUR ADMISSIBLE A LE DROIT DE RECOUVRER

- a) Le montant qu'un demandeur admissible a le droit de recouvrer est déterminé selon la méthode établie pour résoudre les questions de quantum et de responsabilité dans les dispositions de la police régissant la garantie non-assurance des tiers.
- b) Pour déterminer le montant qu'un demandeur admissible a le droit de recouvrer de l'automobiliste sous assuré, les questions de quantum sont tranchées en conformité avec les lois de la province régissant la police et les questions de responsabilité sont résolues en conformité avec les lois du lieu où l'accident s'est produit.
- c) Dans le calcul du montant qu'un demandeur admissible a le droit de recouvrer, aucun montant n'est inclus au titre de l'intérêt avant jugement couru avant l'avis exigé par le présent avenant.

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.

6. PROCÉDURE

- a) Les stipulations qui suivent constituent des conditions préalables à la responsabilité de l'Assureur envers le demandeur admissible en vertu du présent avenant :
- (i) le demandeur admissible informe promptement l'Assureur, par un avis écrit donnant tous les détails dont il dispose, de tout accident ayant causé des lésions corporelles à une personne assurée ou entraîné son décès et de toute demande d'indemnité relative à l'accident;
- (ii) le demandeur admissible fournit, sur demande, le détail de toute police d'assurance, autre qu'une assurance-vie, qu'il peut faire valoir;
- (iii) le demandeur admissible et la personne assurée se soumettent à un interrogatoire sous serment et produisent, pour examen au lieu et à la date raisonnables désignés par l'Assureur ou son représentant, tous les documents qui ont trait aux questions en cause et se trouvent en leur possession et sous leur contrôle, et ils permettent qu'il en soit pris des copies ou des extraits.

- (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 representative 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.
- b) Le demandeur admissible qui engage une action en dommages-intérêts pour des lésions corporelles ou un décès contre toute autre personne propriétaire ou conductrice d'une automobile impliquée dans l'accident, expédie par courrier recommandé ou remet immédiatement copie du bref introductif d'instance ou de tout autre acte introductif à l'agence principale ou au siège social de l'Assureur dans la province, en donnant des précisions sur l'assurance et sur la perte.
- c) Toute action ou procédure en recouvrement engagée contre l'Assureur en vertu du présent avenant est introduite dans un délai de 12 mois à compter de la date à laquelle le demandeur admissible ou ses représentants légaux ont appris ou auraient dû savoir que le quantum des demandes d'indemnité à l'égard d'une personne assurée excédait la garantie minimum d'assurance responsabilité civile automobile applicable dans le ressort où l'accident s'est produit. La présente clause n'emporte pas prescription d'une action intentée dans les 2 ans suivant la date de l'accident.

## 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).

## 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.

*Insurance Act Regulations, R.R.O. 1980, Reg. 535*

## DETERMINATION OF LEGAL LIABILITY AND AMOUNT OF DAMAGES

4. — (1) The determination as to whether the person insured under the contract is legally entitled to recover damages and, if so entitled, the amount thereof shall be determined,

## 9. SUBROGATION

Sur présentation d'une demande d'indemnité en vertu du présent avenant, l'Assureur est subrogé dans les droits du demandeur admissible qui en est l'auteur et peut ester en justice au nom de cette personne contre l'automobiliste sous assuré et contre les personnes mentionnées à l'alinéa 4b).

## 10. CESSION DES DROITS D'ACTION

Sur paiement d'une indemnité en application du présent avenant, l'Assureur a le droit d'obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d'action, qu'un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s'engage à coopérer avec l'Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d'action ainsi cédé.

*Insurance Act Regulations, R.R.O. 1980, règle 535*

[TRADUCTION]

## DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ ET DU MONTANT DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

4. — (1) La question de savoir si l'assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts et, dans l'affirmative, quel en est le montant, est tranchée, selon le cas :

- (a) by agreement between the person insured under the contract and the insurer;
- (b) at the request of the person insured under the contract, and with the consent of the insurer, by arbitration by some person to be chosen by both parties, or if they cannot agree on one person, then by two persons, one to be chosen by the person insured under the contract and the other by the insurer and a third person to be appointed by the persons so chosen; or
- (c) by a court of competent jurisdiction in Ontario in an action brought against the insurer by the person insured under the contract, and unless the determination has been previously made in a contested action by a court of competent jurisdiction in Ontario, the insurer may include in its defence the determination of liability and the amount thereof.

*Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8

**278.** — (1) An insurer who makes any payment or assumes liability therefor under a contract is subrogated to all rights of recovery of the insured against any person and may bring an action in the name of the insured to enforce those rights.

. . .

(6) A settlement or release given before or after an action is brought does not bar the rights of the insured or the insurer, as the case may be, unless they have concurred therein.

IV. Issue

Does the Limits Agreement entered into between the respondents and the defendant Friedman preclude the claim of the respondents for compensation under the SEF 44 Endorsement against the appellant insurer?

V. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 40 O.R. (3d) 461

Spiegel J. reviewed the Ontario Court of Appeal's decisions in *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, and *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305. He found that they established that an insured could directly sue the SEF 44 carrier rather

- a) par entente entre la personne assurée par le contrat et l'assureur,
- b) à la demande de la personne assurée par le contrat et avec le consentement de l'assureur, par arbitrage par une personne choisie par les deux parties ou, si celles-ci ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'une seule personne, par deux personnes, l'une étant choisie par la personne assurée par le contrat et l'autre par l'assureur, et par une troisième personne nommée par les personnes ainsi choisies,
- c) par une cour compétente en Ontario dans une action intentée contre l'assureur par la personne assurée par le contrat, et l'assureur peut inclure dans sa défense la question de la responsabilité et du montant de celle-ci, sauf si une cour compétente en Ontario s'est déjà prononcée à cet égard dans le cadre d'une action contestée.

*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8

**278** (1) L'assureur qui effectue un paiement ou assume la responsabilité à cet effet en vertu d'un contrat est subrogé à tous les droits de recouvrement que l'assuré possède contre toute personne et peut intenter une action au nom de l'assuré pour faire valoir ces droits.

. . .

(6) Un règlement conclu ou une quittance donnée avant ou après l'introduction de l'action ne fait pas obstacle aux droits de l'assuré ou de l'assureur, selon le cas, à moins qu'ils n'aient donné leur consentement à cet effet.

IV. La question en litige

La convention de limitation conclue entre les intimées et le défendeur Friedman empêche-t-elle les intimées de demander une indemnité à l'assureur appelant en vertu de l'avenant SEF 44?

V. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 40 O.R. (3d) 461

Le juge Spiegel a passé en revue les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, et *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305. Il a conclu qu'ils ont établi qu'un assuré pouvait poursuivre directement



than having to obtain judgment against the tortfeasor in order to collect payment from the carrier under the SEF 44 Endorsement. This direct action could be brought even if the limitation period governing the action against the tortfeasor had expired. Spiegel J. distinguished actions brought despite the statutory prescription of the action against the tortfeasor from the present circumstances. Examining the case of *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.), Spiegel J. found that an agreement between the insured and the tortfeasor purporting to release the tortfeasor from liability further than the agreed upon payment would render the insured no longer “legally entitled to recover”, and thus without remedy against the insurer. The agreement in *Burns* did not release the tortfeasor from liability above that which was settled by agreement. Therefore, unlike in the case of the present Limits Agreement, the insured was still at all times “legally entitled to recover” damages over and above the settlement.

10 Thus, Spiegel J. concluded that the Limits Agreement rendered the plaintiffs no longer “legally entitled to recover” damages beyond those already recovered pursuant to that agreement. The stated question was answered in the affirmative and the action against the insurer was therefore dismissed.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 183 D.L.R. (4th) 396

11 Charron J.A., for a unanimous panel, held that the question before Spiegel J., though novel, was governed by existing jurisprudence and that the motions judge was bound to answer it in the negative. He was in error in distinguishing the authorities.

12 There was no principled reason to distinguish the interference with a legal right of action caused by a limitation period from that caused by the Limits

la société d'assurance émettrice de l'avenant SEF 44 et n'était pas tenu d'obtenir un jugement contre l'auteur du délit pour se faire indemniser par la société d'assurance en vertu de l'avenant SEF 44. Cette action directe peut être formée même si le délai de prescription de la poursuite contre l'auteur du délit est expiré. Le juge Spiegel a distingué les actions engagées contre l'auteur du délit malgré l'expiration du délai de prescription des circonstances de la présente espèce. Examinant l'affaire *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.), le juge Spiegel a conclu qu'à la suite d'une convention entre l'assuré et l'auteur du délit visant à dégager ce dernier de toute responsabilité excédant le paiement convenu, l'assuré n'aurait plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts et qu'il se trouverait ainsi sans recours contre l'assureur. La convention conclue dans l'affaire *Burns* ne libérait pas l'auteur du délit de toute responsabilité au-delà de la responsabilité qui lui était imputée dans la convention de règlement amiable. Par conséquent, contrairement à la situation créée par la présente convention de limitation, l'assuré avait encore en tout temps « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts en sus des sommes prévues dans le règlement.

Le juge Spiegel a par conséquent conclu que, par l'effet de la convention de limitation, les demanderessees n'avaient plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts en sus de ceux qu'elles avaient déjà recouvrés en vertu de cette convention. La question soulevée a donc reçu une réponse affirmative et l'action engagée contre l'assureur a été rejetée.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 183 D.L.R. (4th) 396

Le juge Charron, au nom d'une formation unanime, a conclu que la question portée devant le juge Spiegel, même si elle était nouvelle, était régie par la jurisprudence existante et que le juge des requêtes était tenu d'y répondre par la négative. Ce dernier avait commis une erreur en établissant une distinction avec la jurisprudence.

Il n'existait aucune raison de principe permettant d'établir une distinction entre une entrave à l'exercice d'un droit d'action légal causée par un délai

Agreement. The principle in *Johnson*, repeated in *Chambo*, was that only fault and the quantum of damages were required to be proved by the insured in a direct action against the insurer. It was only necessary for the plaintiffs to show that Friedman was at fault in the accident, and that the damages caused by his fault exceeded his policy limits. The essence of *Johnson* and *Chambo* was that the direct right of action against the insurer did not require a prior judicial determination of liability.

Charron J.A. found that even if the Limits Agreement interfered with the subrogation rights of the insurer, the insurer's position would not be advanced, since the operation of a limitation period would have the same effect. Furthermore, although the issue was unnecessary to decide in light of the fact that Friedman was not party to the present appeal, s. 278(6) of the *Insurance Act* appeared to preserve the rights of the insurer in this case against him.

Finally, Charron J.A. distinguished the cases from Alberta that reached the opposite result in interpreting the underinsured motorist endorsement. By contrast to the Ontario regulation governing the point, the Alberta provision considered in *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (Alta. Q.B.), and in *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.), did not allow determination of liability and quantum of damages by a court of competent jurisdiction, but only by resort to arbitration, failing agreement between the insured and the insurer.

Therefore, the appeal was allowed and the stated question answered in the negative.

## VI. Analysis

### A. *Introduction: the SEF 44 Endorsement*

The purpose of liability insurance generally is to spread risk among those who, as policyholders, pay premiums for this coverage. Risk was defined

de prescription et l'entrave causée par la convention de limitation. Selon le principe énoncé dans l'arrêt *Johnson* et repris dans l'arrêt *Chambo*, l'assuré n'est tenu de prouver que la faute et le quantum des dommages dans une action directe formée contre l'assureur. Les demanderessees n'avaient qu'à démontrer que M. Friedman avait commis une faute dans l'accident et que les dommages causés par sa faute excédaient sa garantie d'assurance. Les arrêts *Johnson* et *Chambo* enseignent essentiellement que le droit d'action directe contre l'assureur n'exige pas qu'une cour de justice tranche au préalable la question de la responsabilité.

Le juge Charron a conclu que même si la convention de limitation contrecarrait les droits de subrogation de l'assureur, celui-ci ne se trouverait pas dans une situation plus avantageuse, puisque l'expiration d'un délai de prescription les contrecarrerait aussi. De plus, même s'il n'était pas nécessaire de trancher cette question puisque M. Friedman n'était pas partie à l'appel, le par. 278(6) de la *Loi sur les assurances* semblait préserver les droits de l'assureur en l'espèce contre lui.

Le juge Charron a enfin établi une distinction avec les affaires tranchées en Alberta qui ont mené à une conclusion opposée dans l'interprétation de l'avenant concernant les automobilistes sous assurés. Par contraste avec la réglementation ontarienne sur ce point, la disposition albertaine examinée dans *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (B.R. Alb.), et *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.), ne permettait pas une détermination de la responsabilité et du quantum des dommages-intérêts par un tribunal compétent, mais uniquement par arbitrage à défaut d'entente entre l'assuré et l'assureur.

L'appel a donc été accueilli et la question soulevée a reçu une réponse négative.

## VI. Analyse

### A. *Introduction : l'avenant SEF 44*

L'assurance responsabilité civile a pour objet général de répartir le risque entre les personnes qui ont contracté une police d'assurance et paient, à ce

13

14

15

16

by L'Heureux-Dubé J., adopting the language of Malouf J.A., in *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at p. 668, as [TRANSLATION] “a future event, certain or uncertain, which may occasion loss”. In *University of Saskatchewan v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223 (C.A.), Sherstobitoff J.A., at paras. 33-34, defined risk as “the peril insured against”, or “the hazard or chance of misfortune or loss at some time in the future”. He noted that “[i]f the misfortune or loss has already occurred, it is no longer a risk, but a certainty.” Thus, the insurer crafts a policy which provides the policyholders with protection against a specified risk or future peril in return for the periodic payment of a premium. To provide this protection, the insurer undertakes to be prepared to pay out to the insured up to the maximum quantum of loss that could be suffered were the risk to occur, usually set at some cap.

titre, une prime pour être protégées. Dans l'arrêt *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 668, madame le juge L'Heureux-Dubé a repris les propos du juge Malouf de la Cour d'appel et définit le risque comme un « événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner une perte ». Dans la décision *University of Saskatchewan c. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (1997), 158 Sask. R. 223 (C.A.), le juge Sherstobitoff a, aux par. 33-34, défini la notion de risque comme [TRADUCTION] « le danger contre lequel l'assuré se prémunit » ou « la possibilité qu'une malchance ou perte survienne un jour ». Il a précisé que [TRADUCTION] « la malchance ou perte qui est déjà survenue ne constitue plus un risque, mais une certitude. » Par conséquent, l'assureur crée une police qui protège les assurés contre un risque précis ou un danger futur en contrepartie du paiement périodique d'une prime. Pour fournir cette protection, l'assureur s'engage à être prêt à verser un montant à l'assuré jusqu'à concurrence du quantum maximum de la perte que ce dernier pourrait subir si le risque se réalise, pour lequel on fixe habituellement un plafond.

17 The specific purpose of the SEF 44 Endorsement is to provide coverage, in exchange for a premium paid by the insured, for injuries sustained by the insured and eligible other occupants of the vehicle, in motor vehicle accidents caused by motorists who are not insured or whose liability limits are insufficient to compensate the injuries suffered by the claimants. Although the form of the SEF 44 is standardized, it is an optional coverage for which the premium paid is in addition to the premium paid for the coverage purchased under the standard automobile policy.

L'avenant SEF 44 a pour objet particulier de fournir, en contrepartie d'une prime versée par l'assuré, une garantie contre les lésions corporelles subies par l'assuré et les autres occupants du véhicule admissibles, dans des accidents d'automobiles causés par des automobilistes non assurés ou dont les limites de responsabilité sont insuffisantes pour compenser les lésions corporelles subies par les demandeurs. Même si la formule de l'avenant SEF 44 est normalisée, il s'agit d'une garantie facultative pour laquelle une prime doit être versée en sus de la prime payée pour la garantie souscrite en vertu de la police type d'assurance automobile.

18 The essence of this endorsement is that the insured protects himself, by making the extra payment, from the risk of being injured by an inadequately insured motorist. The insured pays a fee to the insurer to make direct compensation in the event that such an accident occurs. Since motor vehicle insurance is mandatory for all drivers in Ontario, and was at the time of the accident at issue here, this risk is, relatively speaking, small. It has been

Par cet avenant, l'assuré se protège essentiellement, en versant une prime supplémentaire, contre le risque d'être blessé par un automobiliste sous assuré. L'assuré paie une prime à l'assureur afin que celui-ci l'indemnise directement en cas de survenance d'un tel accident. Comme l'assurance automobile est obligatoire pour tous les conducteurs en Ontario, et qu'elle l'était au moment de l'accident à l'origine du pourvoi, ce risque est relativement peu

reduced further since the introduction of the generally first-party compensation system of automobile insurance in Ontario. Since the apportionment of fault is now, in most cases, a matter to be determined between the involved insurance companies, the class of inadequately insured drivers has been reduced, so far as the insured person is concerned, to those drivers who do not carry insurance at all.

The clause that is most central to the present dispute is clause 2 of the SEF 44, which sets out the general conditions of the agreement. Clause 2 reads:

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. [Emphasis added.]

The scope and meaning of this phrase, “legally entitled to recover”, is the first and most important issue in this appeal.

The appellant has argued, in addition, that the interference by the respondents with the insurer’s right to be subrogated to the respondents’ claim against Friedman immunizes the appellant from the present action. These rights are set out in clauses 9 and 10 of the SEF 44. I will consider each of these two aspects of the case in turn.

#### B. *The Meaning of “Legally Entitled to Recover”*

The SEF 44 uses the phrase “legally entitled to recover” in setting out the requirements an insured must meet to collect under the endorsement. Specifically, it provides that the insured must be legally entitled to recover damages from the inadequately insured motorist with whom the accident has occurred.

##### (a) The Previous Case Law in Ontario

The Ontario Court of Appeal has considered the meaning of this section before and found, as

élevé. Il a été encore réduit par l’introduction, dans le régime d’assurance automobile ontarien, du système général d’indemnisation directe de la partie lésée par son propre assureur. Comme le partage de la responsabilité est maintenant, dans la plupart des cas, une question qu’il appartient aux compagnies d’assurance de régler entre elles, la catégorie des automobilistes sous assurés se limite maintenant, en ce qui concerne la personne assurée, aux conducteurs qui n’ont souscrit aucune assurance.

La clause la plus déterminante dans le présent litige est la clause 2 de l’avenant SEF 44, qui énonce les conditions générales de la convention. La voici :

[TRADUCTION] En contrepartie de la prime exigée et sous réserve des dispositions des présentes, il est entendu et convenu que l’Assureur indemnifiera 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. [Je souligne.]

La portée et le sens de l’expression « a le droit de recouvrer » constituent le premier et le plus important point en litige dans le présent pourvoi.

L’appelante prétend en outre que l’atteinte portée par les intimées au droit de l’assureur d’être subrogé dans leur droit de recours contre M. Friedman l’immunise contre la présente action. Ce droit à la subrogation est énoncé aux clauses 9 et 10 de l’avenant SEF 44. J’analyserai tour à tour chacun de ces deux aspects de l’affaire.

#### B. *Le sens de l’expression « a le droit de recouvrer »*

L’avenant SEF 44 emploie l’expression « a le droit de recouvrer » pour établir les conditions auxquelles l’assuré doit satisfaire pour recevoir une indemnité en vertu de l’avenant. Celui-ci prévoit plus précisément que l’assuré doit avoir le droit de recouvrer des dommages-intérêts de l’automobiliste sous assuré impliqué dans l’accident.

##### a) La jurisprudence ontarienne

La Cour d’appel de l’Ontario s’est déjà penchée sur le sens de cette disposition et elle a conclu,

19

20

21

22

Spiegel J. noted, that the statutory prescription of the underlying action against the tortfeasor will not defeat the legal entitlement of the insured to damages within the meaning of the SEF 44. In *Johnson, supra*, the defendant insurer was joined to an action against the defendant tortfeasor four days after the expiry of the limitation period against the tortfeasor. Morden J.A., for a majority of the court, held that the action against the insurer was a distinct action sounding in contract, and that the limitation period for such a direct action did not begin to run until the plaintiff knew or ought to have known the material facts of the cause of action against the insurer, i.e., that the tortfeasor was inadequately insured. In distinguishing the cause of action against the tortfeasor from the cause of action against the insurer, Morden J.A. considered the meaning of the words “legally entitled to recover”. He found at p. 609 that

[t]he words “legally entitled to recover” do not import a requirement that this issue must have received a prior judicial determination but, rather, simply that the person insured must establish that the uninsured or unidentified owner or driver is at fault and the amount of the damages. . . .

23

The Ontario Court of Appeal again considered the phrase, and the conclusion of Morden J.A., in *Chambo, supra*. In *Chambo*, an action was brought by the insurer against the uninsured tortfeasor within the limitation period. A second action was then brought by the insured against the insurer and the tortfeasor together four days after the limitation had expired against the tortfeasor. The insurer asserted, in defence of the latter action, the same position that was rejected in *Johnson*, namely, that failure to timely pursue the tortfeasor resulted in the insured no longer being “legally entitled to recover” damages, and thus without remedy against the insurer as well. Osborne J.A. said (at p. 312):

comme le note le juge Spiegel, que la prescription légale de l’action sous-jacente contre l’auteur du délit ne porte pas atteinte au droit de l’assuré de recouvrer des dommages-intérêts au sens de l’ave-nant SEF 44. Dans l’arrêt *Johnson*, précité, l’as-sureur défendeur a été joint à une action engagée contre le défendeur auteur du délit quatre jours après l’expiration du délai de prescription du recours contre l’auteur du délit. Le juge Morden, qui s’exprimait au nom de la majorité de la Cour, a conclu que l’action contre l’assureur était une action distincte de nature contractuelle et que le délai de prescription d’une telle action directe ne commençait à courir qu’à partir du moment où le demandeur avait pris ou aurait dû prendre connaissance des faits essentiels de la cause d’action contre l’assureur, soit le fait que l’auteur du délit était sous assuré. En établissant une distinction entre la cause d’action contre l’auteur du délit et la cause d’action contre l’assureur, le juge Morden s’est penché sur le sens des mots « a le droit de recouvrer ». Il a conclu en ces termes, à la p. 609 :

[TRADUCTION] . . . [I]es mots « a le droit de recouvrer » ne signifient pas que cette question doit avoir été tranchée au préalable par une cour de justice, mais plutôt, tout simplement, que la personne assurée doit établir que le propriétaire ou le conducteur non assuré ou non identifié a commis une faute et prouver le montant des dommages.

La Cour d’appel de l’Ontario s’est de nouveau penchée sur cette expression et sur la conclusion tirée par le juge Morden, dans *Chambo*, précité. Dans cette affaire, l’assureur avait intenté une action contre l’auteur non assuré du délit dans le délai prescrit. L’assuré a ensuite introduit une deuxième action à la fois contre l’assureur et contre l’auteur du délit quatre jours après l’expiration du délai de prescription contre l’auteur du délit. L’assureur a fait valoir en défense à cette dernière action la même argumentation que celle qui avait été rejetée dans *Johnson*, soit qu’à défaut d’avoir poursuivi l’auteur du délit dans le délai imparti, l’assuré n’avait plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts et que, par conséquent, il se trouvait également sans recours contre l’assureur. Le juge Osborne a dit (à la p. 312) :



It seems to me that in *Johnson v. Wunderlich*, Morden J.A. stated in unambiguous terms that in a direct action against the insurer, the words “legally entitled to recover damages”, in the context of the uninsured motorist coverage, require the insured person to establish only that the uninsured motorist is at fault and the amount of the insured person’s damages.

Since the limitation period against the insurer directly had not expired, the action was permitted to proceed. The fact that the tortfeasor could not be pursued directly by the plaintiff owing to the operation of limitation periods was irrelevant to the availability of the direct action against the insurer.

I do not agree with my colleague Binnie J.’s view that *Chambo* constituted a “considerable and unjustified extension” (para. 128) of *Johnson*. Morden J.A. was very clear in *Johnson* that there might be situations in which the subrogated claim was lost, as I discuss below. While he expressed concern about this possibility, he concluded — rightly, in my view — that the contract required this and that it was not his place to rewrite it. The reduction of the insured’s obligation to a mere showing that she was “legally entitled to recover”, and the availability of the direct action under s. 4(1)(c) of Regulation 535, by design, result in a truncation of the process of proving a claim against the tortfeasor. There would be no practical purpose in having a direct action at all, otherwise, because an actual judicial determination of fault and damages and a corresponding award would then be the *de facto* requirement for recovery. *Chambo*, like *Johnson*, simply recognizes the trade-offs inherent in the relationship created by the SEF 44.

In short, the law in Ontario is already clear to the extent that limitation periods are the barrier standing in the insured’s way of actually exercising a legal right to recover from the tortfeasor, but are not a barrier that prevents the insured from exercising a legal

[TRANSLATION] Il me semble que dans *Johnson c. Wunderlich*, le juge Morden a dit en termes non équivoques que dans une action directe contre l’assureur, les mots « a le droit de recouvrer des dommages-intérêts », dans le contexte d’une garantie non-assurance des tiers, exigent que l’assuré établisse seulement la faute de l’automobiliste non assuré et le montant des dommages subis par l’assuré.

Comme le délai de prescription de l’action directe contre l’assureur n’était pas expiré, l’action a pu se poursuivre. Le fait que le demandeur ne pouvait pas poursuivre directement l’auteur du délit en raison de l’expiration du délai de prescription n’était pas pertinent quant à son droit d’intenter l’action directe contre l’assureur.

Je ne suis pas d’accord avec mon collègue le juge Binnie lorsqu’il dit que l’interprétation donnée dans *Chambo* « étend considérablement et de façon injustifiée » (par. 128) la portée de la décision *Johnson*. Le juge Morden a dit très clairement dans l’arrêt *Johnson* qu’il pouvait survenir des situations où le droit de recours par subrogation est perdu, comme je l’expliquerai plus loin. Tout en exprimant une certaine appréhension au sujet de cette possibilité, il a conclu, à bon droit selon moi, que tel était l’effet du contrat et qu’il ne lui appartenait pas de le reformuler. La réduction de l’obligation de l’assuré à la seule preuve qu’il avait « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts et la possibilité d’intenter une action directe en vertu de l’al. 4(1)c) du Règlement 535, en soi, ont pour effet de tronquer le processus de la preuve du bien-fondé d’un recours contre l’auteur du délit. Autrement, la possibilité d’intenter une action directe ne serait d’aucune utilité, car il faudrait obtenir *de facto* une décision judiciaire quant à la faute et aux dommages ainsi que l’octroi de dommages-intérêts correspondants avant de pouvoir obtenir une indemnité. L’arrêt *Chambo*, à l’instar de l’arrêt *Johnson*, reconnaît simplement les concessions mutuelles inhérentes à la relation créée par l’avenant SEF 44.

En résumé, il est clair que, selon le droit applicable en Ontario, les délais de prescription empêchent l’assuré d’exercer un droit légal d’obtenir compensation de l’auteur du délit, mais n’empêchent pas l’assuré d’exercer un droit légal contre son assureur

right against his or her insurer under an endorsement such as SEF 44. The novel question here is whether we should regard agreements of the type entered into in this case as barring the insured from recovery from the insurer. The parties have stipulated that the agreement in this case is not of the same type as in *Burns, supra*. That is, whereas in *Burns* the insured was found only to have released the tortfeasor from any action to collect the portion of damages he had already paid out by agreement, in this case we must suppose that the Limits Agreement commits the insured to refrain from any further legal action arising from this accident against the tortfeasor.

(b) The Relevant Time of the Inquiry

26

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.

27

In my view, these comments get to the underlying truth of the matter. The real question is not which 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

en vertu d’un avenant comme l’avenant SEF 44. La question inédite qui se pose en l’occurrence est de savoir si nous devrions considérer les conventions telle celle conclue en l’espèce comme empêchant l’assuré de se faire indemniser par l’assureur. Les parties ont stipulé que la convention en l’espèce n’est pas du même type que celle en cause dans *Burns*, précité. En d’autres termes, dans l’affaire *Burns*, l’assuré n’avait reconnu l’auteur du délit quitte qu’à l’égard de toute action visant à recouvrer la partie des dommages-intérêts déjà payés en vertu de la convention, alors qu’en l’espèce, force nous est de supposer que, dans la convention de limitation, l’assuré s’engage à s’abstenir de prendre, contre l’auteur du délit, toute autre mesure juridique découlant de l’accident.

b) Le moment pertinent de l’examen

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 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

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 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 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,

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 indemnifiera [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 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 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] « indemnifiera » 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

28

29

30

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.

31 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.

32 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

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 fautive, 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

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

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



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 § 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”.

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.

35

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 § 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 § 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

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

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.

(d) Other Matters

Before concluding, I would note two further divergences between the approach of Binnie J. and myself.

First, my colleague states that the benefits and sums received in respect of the accident that are excluded and thus deducted from the indemnity payment owed by the insurer pursuant to clause

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’habilite 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.

d) Autres questions

Avant de conclure, j’aimerais noter deux autres divergences entre l’approche du juge Binnie et la mienne.

En premier lieu, mon collègue dit que les prestations et les sommes reçues à l’égard de l’accident qui sont exclues et, par conséquent, déduites du paiement de l’indemnité due par l’assureur aux

36

37

38

39

4(b) of the SEF 44 do not include potential recovery against the tortfeasor. While it is true that there is no pro rata amount deductible for potential recovery, I think it is important to note that clause 4(b) deducts, of course, “any amount actually recovered by the eligible claimant from any source”, in addition to the amounts the claimant can recover from the enumerated sources. Thus, the insurer need not pay the amount the plaintiffs actually recovered from Friedman. It is only when the insured recovers nothing on her own that it becomes relevant that no deduction (or addition) will be made for potential, future recovery. But that is clear enough from the existence of the subrogation clauses.

termes de la clause 4b) de l’avenant SEF 44, n’incluent pas le montant potentiel qui pourrait être recouvré de l’auteur du délit. Même s’il est vrai qu’il n’y a pas de montant proportionnel déductible au titre du montant potentiel qui pourrait être recouvré, je crois qu’il est important de noter que la clause 4b) stipule qu’il faut déduire, bien sûr, [TRADUCTION] « le montant effectivement recouvré par ce dernier de toute source », en plus des sommes que le demandeur peut recouvrer des sources énumérées. Ainsi, l’assureur n’est pas tenu de payer la somme que les demanderesses ont effectivement recouvrée de M. Friedman. Ce n’est que dans le cas où l’assuré ne recouvre rien par lui-même que le fait qu’il n’y aura aucune défalcation (ni aucun ajout) à l’égard du montant potentiel qu’il pourrait recouvrer à l’avenir devient pertinent. Mais cela ressort déjà de façon suffisamment claire de l’existence des clauses de subrogation.

40

Second, and with great respect for my colleague, I do not think that the question whether the insured notified the insurer of the accident promptly, as required by clause 6 of the SEF 44, has any bearing upon this appeal. No finding of fact was made on this point in the courts below. Neither party brought this to the attention of the Court in the record supplied. I do not think an assumption of fact ought to be made without the opportunity for the parties to present evidence and argue the point. In my respectful view, nothing within the corners of this appeal turns on the promptness of notification.

En deuxième lieu et en toute déférence pour mon collègue, je ne crois pas que la question de savoir si l’assuré a informé promptement l’assureur de l’accident, comme l’exige la clause 6 de l’avenant SEF 44, ait quelque incidence sur le présent pourvoi. Aucune conclusion de fait n’a été tirée à cet égard par les juridictions inférieures. Aucune partie n’a porté ce point à l’attention de notre Cour dans le dossier produit. Je ne pense pas qu’il y ait lieu de tenir un fait pour acquis sans donner aux parties l’occasion de présenter des éléments de preuve et des arguments sur la question. À mon humble avis, aucun élément du présent pourvoi ne dépend de la promptitude avec laquelle l’assureur a été informé.

(e) Conclusion

e) Conclusion

41

In this case, the Limits Agreement, like a limitation period, does not block the action. This agreement had no bearing at all on the right of the insured against the tortfeasor at the time of the accident; it did not exist at the time of the accident. It may be useful as evidence, in the plaintiffs’ favour, of the fault of the tortfeasor, as an admission of fault was part of the agreement reached. But the promise by the plaintiffs not to pursue Friedman beyond his policy limits does not have any other bearing on any question of the legal entitlement that existed

En l’espèce, la convention de limitation, à l’instar d’un délai de prescription, ne fait pas obstacle à l’introduction de l’action. Cette convention n’a absolument aucune incidence sur le droit que possédait l’assuré contre l’auteur du délit au moment de l’accident, car elle n’existait pas au moment de l’accident. Elle peut s’avérer utile aux demanderesses comme élément de preuve de la faute de l’auteur du délit, puisqu’elle prévoit un aveu de responsabilité. Néanmoins, la promesse des demanderesses de ne pas réclamer en justice à M. Friedman un montant

on January 29, 1989, when Friedman struck the Somersalls' automobile with his own. It only renders the plaintiffs unable to further pursue their legal rights against Friedman in the courts.

This rationale and result sit comfortably with both the policy purpose and the contractual nature of underinsured and uninsured motorist coverage. The plaintiffs in this appeal are precisely within the zone which SEF 44 coverage is designed to patch over within the Ontario system of mandatory insurance. They were injured by a motorist whose insurance simply could not meet the cost of their injuries. They paid their insurer each month in order to be assured of full compensation should such an event occur. They received a small payment from Friedman and sought the remainder from their insurance policy. In my view, the terms of this policy and public policy alike support their claim.

### C. *Subrogation Rights*

The insurer briefly argues, in the alternative, that the plaintiffs have interfered with the insurer's rights of subrogation to such an extent as to deprive the insurer of a right it acquired in the contract. The insurer says that this amounts to a breach of contract, and that the Somersalls, being the "at-fault" parties in the breach, ought not to be permitted to insist on compliance from the innocent party. My colleague Binnie J. regards this as the determinative issue in this appeal. Although it was not argued as fully as might be desired, it is an important one and is worth the time of the Court to settle. I now turn to consider the rights of subrogation set out in the SEF 44 Endorsement and whether the plaintiffs have indeed breached the contract by entering the Limits Agreement.

excédant sa garantie d'assurance n'a aucun autre effet sur quelque question que ce soit concernant le droit de recouvrement qui existait le 29 janvier 1989, lorsque l'automobile de M. Friedman est entrée en collision avec celle des Somersall. Elle empêche seulement les demanderesse de faire valoir plus amplement leurs droits contre M. Friedman devant les tribunaux.

Ce raisonnement et son résultat sont compatibles avec l'objectif de politique générale et la nature contractuelle de la garantie sous-assurance et non-assurance des tiers. Les demanderesse en l'espèce se trouvent précisément dans la situation à laquelle la garantie de l'avenant SEF 44 est censée remédier au sein du système ontarien d'assurance automobile obligatoire. Elles ont été blessées par un automobiliste dont l'assurance ne suffisait tout simplement pas à couvrir le coût des lésions corporelles qu'elles ont subies. Elles ont payé chaque mois une prime à leur assureur pour s'assurer d'être indemnisées complètement si un tel sinistre survenait. Elles ont reçu un paiement modique de la part de M. Friedman et elles ont demandé le solde en application de leur police d'assurance. À mon avis, les termes de cette police et des considérations de principe appuient leur demande.

### C. *Les droits de subrogation*

L'assureur soutient brièvement, de manière subsidiaire, que les demanderesse ont contrecarré les droits de subrogation de l'assureur au point de le priver d'un droit que le contrat lui avait conféré. L'assureur dit qu'il s'agit là d'une rupture de contrat et que les Somersall, parce qu'elles sont les parties responsables de cette rupture, ne devraient pas être autorisées à exiger que la partie innocente s'acquitte de son obligation. Mon collègue le juge Binnie estime qu'il s'agit là de la question déterminante dans le présent pourvoi. Même si ce point n'a pas été débattu de façon aussi approfondie qu'il aurait été souhaitable qu'il le soit, il s'agit d'un point important qui mérite l'attention de notre Cour. J'examinerai maintenant les droits de subrogation énoncés dans l'avenant SEF 44 et la question de savoir si les demanderesse ont effectivement manqué à leurs obligations contractuelles en signant la convention de limitation.

42

43

44 The SEF 44 sets out the obligations of the insured with respect to subrogation at clauses 9 and 10. These clauses read:

#### 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).

#### 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.

45 In order to discern whether or not the appellant has a right with which the respondents have interfered by signing the Limits Agreement, there are, in my view, four major points to keep in mind. First, we must of course consider the plain language of the contract. Second, and in relation to the first step, we must consider the special principles of interpretation and the general principles of law applicable to insurance contracts. Third, we must have regard to the views of other courts, in particular with an eye to maintaining a consistency of approach in the law. Finally, in an insurance contract like this one, promulgated by the public regulators at the Insurance Commission, we must pay heed to the wisdom of the policy that will result from whatever interpretation of the subrogation clauses is adopted.

(a) Applicable Principles of Insurance Law

46 Although the language of a contract is always the first and most important matter to be examined in interpreting its terms, I prefer to preface this by recalling the applicable principles of insurance law, both interpretive and substantive.

Les clauses 9 et 10 de l'avenant SEF 44 énoncent les obligations qui incombent à l'assuré en ce qui concerne la subrogation. Les voici :

[TRADUCTION]

#### 9. SUBROGATION

Sur présentation d'une demande d'indemnité en vertu du présent avenant, l'Assureur est subrogé dans les droits du demandeur admissible qui en est l'auteur et peut ester en justice au nom de cette personne contre l'automobiliste sous assuré et contre les personnes mentionnées à l'alinéa 4b).

#### 10. CESSION DES DROITS D'ACTION

Sur paiement d'une indemnité en application du présent avenant, l'Assureur a le droit d'obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d'action, qu'un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s'engage à coopérer avec l'Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d'action ainsi cédé.

Pour déterminer si l'appelante a un droit auquel les intimées ont porté atteinte en signant la convention de limitation, il faut selon moi tenir compte de quatre éléments majeurs. Premièrement, nous devons bien sûr examiner le sens ordinaire du contrat. Deuxièmement, par rapport à la première étape, nous devons examiner les principes d'interprétation spéciaux et les principes de droit généraux applicables aux contrats d'assurance. Troisièmement, il nous faut tenir compte des points de vue retenus par d'autres tribunaux, en nous souciant plus particulièrement d'assurer la cohérence du raisonnement juridique. Quatrièmement, dans un contrat d'assurance comme celui qui nous est soumis, promulgué par les responsables de la réglementation à la Commission des assurances, nous devons nous préoccuper de la sagesse de la politique qui découlera de l'interprétation attribuée aux clauses de subrogation.

a) Les principes du droit des assurances applicables

Même si le libellé d'un contrat est toujours le premier élément à considérer et celui qui revêt le plus d'importance pour en interpréter les stipulations, je préfère commencer par rappeler les principes d'interprétation et de droit substantiel applicables en matière d'assurances.



The applicable principle of interpretation is that we interpret insurance contracts *contra proferentem*, or in favour of the insured. In *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24, at para. 70, in comments reaffirmed in *Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72, the Court said:

Since insurance contracts are essentially adhesionary, the standard practice is to construe ambiguities against the insurer. . . . A corollary of this principle is that “coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly”. . . . Therefore one must always be alert to the unequal bargaining power at work in insurance contracts, and interpret such policies accordingly.

See also *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.). There is little doubt that this is an adhesionary contract. The insurance industry was intimately involved in the development of the SEF 42 and subsequently the SEF 44, while the insured was simply presented with the standard endorsement on a “take it or leave it” basis.

Therefore, if we find that there is any ambiguity in the subrogation clauses as to whether or not the insurer has a right that the Limits Agreement could have interfered with, such an ambiguity must be resolved in favour of the insured. In other words, only a clear and unambiguous obligation upon the insured to maintain a claim in tort and not waive it in exchange for a payment, can, in my view, support an interpretation favourable to the appellant.

In addition to this principle of interpretation, there are a number of relevant substantive principles.

First, it is important to keep in mind the underlying objectives of the doctrine of subrogation which are to ensure (i) that the insured receives no more and no less than a full indemnity, and (ii) that the loss falls on the person who is legally responsible for causing it: see *Birds' Modern Insurance Law* (5th ed. 2001), at pp. 289-90; R. H. Jerry, *Understanding Insurance Law* (2nd ed. 1996), at p. 602. The

Le principe d'interprétation applicable est celui qui commande que les contrats d'assurance soient interprétés *contra proferentem*, ou en faveur de l'accusé. Notre Cour a formulé les remarques suivantes dans *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24, par. 70, et les a reprises dans *Derksen c. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 398, 2001 CSC 72 :

Comme le contrat d'assurance est essentiellement un contrat d'adhésion, il est courant d'interpréter les ambiguïtés contre l'assureur [. . .] Le corollaire de ce principe est que « les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive » [. . .] Il faut donc toujours être vigilant face au déséquilibre du rapport de force entre les parties à un contrat d'assurance et en interpréter les clauses en conséquence.

Voir également *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.). On ne saurait douter qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion. L'industrie des assurances a été mêlée étroitement à la rédaction de l'avenant SEF 42, puis de l'avenant SEF 44, tandis que l'assuré a simplement reçu une proposition d'avenant « à prendre ou à laisser ».

Par conséquent, si nous décelons une ambiguïté dans les clauses de subrogation quant à savoir si l'assureur a un droit que la convention de limitation pourrait avoir contrecarré, cette ambiguïté doit être résolue en faveur de l'assuré. En d'autres termes, seule une obligation claire et non ambiguë imposée à l'assuré de préserver son droit de recours délictuel et de s'abstenir d'y renoncer en contrepartie d'un paiement peut, à mon avis, étayer une interprétation qui serait favorable à l'appelante.

Outre ce principe d'interprétation, plusieurs principes de droit substantiel sont pertinents.

Premièrement, il importe de garder à l'esprit les objectifs sur lesquels repose la théorie de la subrogation et qui consistent à garantir (i) que l'assuré ne recevra ni plus ni moins qu'une indemnisation complète et (ii) que c'est la personne qui est juridiquement responsable de la perte qui la supportera : voir *Birds' Modern Insurance Law* (5<sup>e</sup> éd. 2001), p. 289-290; R. H. Jerry, *Understanding Insurance*

47

48

49

50

doctrine of subrogation operates to ensure that the insured received only a just indemnity and does not profit from the insurance: see *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), at pp. 386-87; *A.F.G. Insurances Ltd. v. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655 (H.C. Aus.); C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 13-1; E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6th ed. 1993), at p. 494; *MacGillivray on Insurance Law* (9th ed. 1997), at p. 531. Consequently, if there is no danger of the insured's being overcompensated and the tortfeasor has exhausted his or her capacity to compensate the insured there is no reason to invoke subrogation. Similarly, if the insured enters into a limits agreement or otherwise abandons his or her claim against an impecunious tortfeasor the insurer has lost nothing by the inability to be subrogated.

*Law* (2<sup>e</sup> éd. 1996), p. 602. Le principe de la subrogation entre en jeu pour garantir que l'assuré ne reçoive rien de plus qu'une indemnité juste et ne tire aucun avantage de l'assurance : voir *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), p. 386-387; *A.F.G. Insurances Ltd. c. City of Brighton* (1972), 126 C.L.R. 655 (H.C. Aus.); C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 13-1; E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6<sup>e</sup> éd. 1993), p. 494; *MacGillivray on Insurance Law* (9<sup>e</sup> éd. 1997), p. 531. En conséquence, s'il n'existe aucun risque de surindemnisation de l'assuré et si la capacité de l'auteur du délit d'indemniser l'assuré a été épuisée, il n'existe aucune raison d'invoquer la subrogation. De même, si l'assuré conclut une convention de limitation ou abandonne autrement ses droits de recours contre l'auteur d'un délit qui est sans le sou, l'assureur ne perd rien du fait qu'il ne peut être subrogé.

51

In this case, there is no danger that the insured parties will be overcompensated by payment on the policy in addition to the \$200,000 received in the settlement. If the appellant pays out the difference between what the insureds recovered from the tortfeasor and the loss the respondents actually suffered, the respondents will only receive a full indemnity; the respondents will not be overcompensated. Likewise, while the evidence on this point is perhaps not as clear as one might prefer, it also appears that the Limits Agreement exhausted Friedman's capacity to compensate the respondents. As this is consistent with the widely held view, which I will discuss more fully below, that subrogation rights are of near-negligible value to insurers generally, it seems to me that the right of subrogation is of no value to the appellants. The objectives that the doctrine of subrogation are intended to advance are not prejudiced by the appellant's inability to be subrogated.

En l'espèce, il n'existe aucun risque que les assurées soient surindemnisées en recevant un paiement en vertu de la police en sus de la somme de 200 000 \$ reçue en exécution du règlement amiable. Si l'assureur verse la différence entre le montant que les assurées ont recouvré de l'auteur du délit et le montant de la perte que les intimées ont réellement subie, les intimées ne recevront qu'une indemnisation complète; elles ne seront pas surindemnisées. De même, bien que la preuve à cet égard ne soit pas aussi claire qu'on l'aurait souhaité, il semble que la convention de limitation a épuisé la capacité de M. Friedman d'indemniser les intimées. Cette constatation étant conforme à l'opinion très répandue, dont je reparlerai plus abondamment, voulant que les droits de subrogation aient une valeur pratiquement négligeable pour les assureurs, il me semble que le droit de subrogation n'a aucune valeur pour l'appelante. Le fait que l'appelante ne peut être subrogée ne contrecarre pas les objectifs que la doctrine de la subrogation est censée réaliser.

52

That the appellant appears to have suffered no real loss as a result of its inability to be subrogated supports the conclusion that the appellant's appeal should be dismissed. Absent any evidence of actual or probable loss, insurers should not be allowed to raise an alleged breach of subrogation rights in order

Le fait que l'appelante ne semble avoir subi aucune perte réelle du fait qu'elle ne peut être subrogée constitue un argument en faveur du rejet du pourvoi. En l'absence de preuve d'une perte réelle ou probable, les assureurs ne doivent pas être autorisés à soulever une présumée atteinte à leurs droits

to bar a claim made in good faith by the insured. It would be impossible to reconcile barring a claim on such grounds with the nature of insurance policies as good faith contracts. Equitable relief for technical breaches of subrogation rights is both a well-established part of the law of subrogation and consistent with the nature of indemnity insurance as a good faith contract designed to ensure that the insured is compensated when the insured-against hazard occurs.

Second, it has long been the law, in the absence of contractual terms to the contrary, that the insurer's right of subrogation will not arise until the insured has been fully indemnified: *Pacific Coyle Navigation Co. v. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715 (B.C.S.C.); *Ontario Health Insurance Plan v. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190 (C.A.); *Confederation Life Insurance Co. v. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1 (B.C.C.A.). The insurer may not control the process of litigation until this full indemnity has been met: *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. v. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227 (S.C., App. Div.). Thus, in equity, Scottish & York would not yet be entitled to assert or pursue a subrogated claim in this case since they have not indemnified the insured fully.

Third, the insured is obliged to pursue any claim it has against a third party, up until such time as the insurer is entitled to and does assert control of the claim, in good faith: *Commercial Union Assurance Co. v. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Globe & Rutgers, supra*. In *Globe & Rutgers*, the Ontario Court of Appeal applied the rule by asking whether the insured took from the third party less than, considering the possibility of not establishing liability and the chances and expenses involved in litigation, he honestly and in good faith thought it wise and prudent to accept. This requirement does not impose upon a policyholder an obligation actually to obtain the best deal that he or she could have obtained. Rather, so long as the respondents genuinely

de subrogation pour faire échec à une demande d'indemnité présentée de bonne foi par l'assuré. Il serait impossible de concilier l'irrecevabilité d'une demande d'indemnité fondée sur un motif semblable avec la nature des polices d'assurance, qui sont des contrats fondés sur la bonne foi. La possibilité d'accorder réparation en equity en cas d'atteinte technique au droit de subrogation est à la fois bien établie en droit de la subrogation et compatible avec la nature de l'assurance à caractère indemnitaire, qui constitue un contrat fondé sur la bonne foi visant à garantir que l'assuré soit indemnisé advenant la réalisation du risque contre lequel il s'est assuré.

Deuxièmement, il est établi de longue date en droit qu'en l'absence de stipulations contractuelles contraires, le droit de subrogation de l'assureur ne prend naissance qu'après l'indemnisation complète de l'assuré : *Pacific Coyle Navigation Co. c. Ruby General Insurance Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 715 (C.S.C.-B.); *Ontario Health Insurance Plan c. United States Fidelity and Guaranty Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 190 (C.A.); *Confederation Life Insurance Co. c. Causton* (1989), 38 C.C.L.I. 1 (C.A.C.-B.). L'assureur ne peut contrôler les mesures judiciaires tant que l'indemnisation complète n'a pas eu lieu : *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. c. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227 (C.S., Div. app.). Ainsi, en equity, Scottish & York ne serait pas encore habilitée à exercer son droit de recours par subrogation en l'espèce puisqu'elle n'a pas indemnisé complètement l'assuré.

Troisièmement, l'assuré est tenu d'exercer de bonne foi ses droits de recours contre un tiers jusqu'à ce que l'assureur soit habilité à les prendre en charge et les prenne effectivement en charge : *Commercial Union Assurance Co. c. Lister* (1874), L.R. 9 Ch. App. 483; *Globe & Rutgers, précité*. Dans *Globe & Rutgers*, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué cette règle en se demandant si, eu égard à la possibilité que la responsabilité ne puisse être établie et aux risques et dépenses liés à une poursuite judiciaire, l'assuré avait obtenu du tiers moins qu'il aurait en toute honnêteté et bonne foi cru sage et prudent d'accepter. Cette exigence n'impose pas au détenteur de la police l'obligation d'obtenir effectivement le meilleur marché possible. Elle signifie

53

54

believed that entering into the Limits Agreement was a wise and prudent thing to have done they must be regarded as having acted in good faith. That it cannot be said with absolute certainty that there was not some small amount yet to be had does not, in and of itself, support an inference that the respondents did not act honestly and in good faith.

55 Thus, were we to simply apply the equitable law of subrogation to this situation, I would be prepared to conclude that the Limits Agreement does not affect Scottish & York's rights. The appellant's right of subrogation has not yet arisen, and in any event, there is no evidence that the respondents did not honestly and in good faith believe that it was prudent and wise to enter into the Limits Agreement. However, as this right of subrogation is governed by a contract, I must now turn to the contract's own language, while keeping in mind these principles as background to the rights thereby created.

(b) Language of the Contract

56 Equitable insurance principles of subrogation, though not the principle of interpretation *contra proferentem*, may be altered by the terms of the contract between the parties.

57 Clause 9 of this contract provides that, upon the making of a claim by the insured under the SEF 44 coverage, the insurer (a) "is subrogated" to the insured's rights, and (b) "may maintain" an action in that person's name. This clause sets out, in the first place, the relationship between the insurer's rights and the claimant's right as identical upon the making of a claim. In the second place, it permits the insurer to maintain whatever action exists at law as a result of this identity of rights between insurer and insured. What it does not appear to do is impose any obligation upon the insured to himself maintain or preserve the viability of that action. In fact, nowhere in clause 9 is there language that could reasonably appear to impose any obligation upon the insured at all. The subject of the entire clause is the insurer.

plutôt qu'il faut croire à la bonne foi des intimées si elles ont signé la convention de limitation en croyant sincèrement qu'il était sage et prudent d'agir ainsi. Le fait qu'il soit impossible d'affirmer avec certitude qu'aucun autre petit montant n'aurait pu être perçu ne permet pas d'inférer en soi que les intimées n'ont pas agi honnêtement et de bonne foi.

Par conséquent, s'il nous fallait appliquer tout simplement à la situation qui nous est soumise les règles de l'équité en matière de subrogation, je serais disposé à conclure que la convention de limitation n'a pas d'incidence sur les droits de Scottish & York. Le droit de subrogation de l'appelante n'a pas encore pris naissance et, quoi qu'il en soit, aucune preuve ne démontre que les intimées ne croyaient pas honnêtement et de bonne foi qu'il était sage et prudent de conclure la convention de limitation. Toutefois, comme ce droit de subrogation est régi par un contrat, je dois maintenant examiner le libellé du contrat, tout en gardant à l'esprit ces principes qui servent de toile de fond aux droits stipulés.

b) Le libellé du contrat

Les principes de subrogation reconnus par l'équité en matière d'assurance, exception faite du principe d'interprétation *contra proferentem*, peuvent être modifiés par les stipulations du contrat conclu entre les parties.

La clause 9 du présent contrat prévoit que, sur présentation par l'assuré d'une demande d'indemnité en vertu de l'avenant SEF 44, l'assureur a) « est subrogé » dans les droits de l'assuré et b) « peut ester » en justice au nom de cette personne. Cette clause établit premièrement la relation d'identité qui existe entre les droits de l'assureur et le droit du demandeur dès la présentation d'une demande d'indemnité. Deuxièmement, elle permet à l'assureur d'exercer tous les recours possibles en droit par suite de cette identité de droits entre l'assureur et l'assuré. Elle n'a toutefois apparemment pas pour effet d'imposer quelque obligation que ce soit à l'assuré d'exercer pareil recours ni d'en préserver la recevabilité. En fait, la clause 9 ne contient aucune disposition qui pourrait raisonnablement sembler imposer une obligation quelconque à l'assuré. Cette clause entière ne concerne que l'assureur.

Having noted that, this clause clearly means to avoid part of the common law *status quo* and its embodiment, in the present context, in s. 278(1) of the *Insurance Act*. By making the subrogation right of the insurer contingent upon the making of a claim, the requirement of indemnity is clearly meant to be waived. The insurer need not wait until it has agreed to cover the insured's damages before asserting its subrogation rights and directing an action in the name of the insured. It may begin as soon as the insured makes the claim.

At the same time, it is also clear that the insurer's right of subrogation is not required to be exercised, and that the insured may herself maintain the right of action until such time as the insurer assumes control. The insurer "may maintain" an action in the insured's name. Thus, if the insured were to bring an action, even while the insurer is processing the claim, and recover successfully, the insurer would not be able to claim any interference with its subrogation rights. The situation is no different in respect of reaching a settlement such as the Limits Agreement. So long as the insured acts in the good faith equity requires of him, the insurer cannot complain of the insured's own diligence in speedily and successfully resolving the underlying dispute.

Clause 10 makes provision for the assignment of rights of action, rather than subrogation, at the time payment is made by the insurer. The provision is evidently intended to provide for a straight transfer of the right where neither the insurer nor the insured has pursued the claim prior to satisfactory indemnification. The insurer is entitled under this clause, in consideration for the indemnity payment made, to an "assignment of all rights of action whether judgment is obtained or not". The insured is further required by this clause to undertake to cooperate with the insurer in pursuing such assigned actions. Again, nothing in the plain language of clause 10 puts any obligation on the insured to maintain the viability of the action, let alone to pursue it to judgment, as is made clear from the proviso "whether judgment is obtained or not". The entitlement of the insurer is to whatever cause of action the insured

Cela dit, cette clause vise clairement à écarter certaines règles de common law intégrées, dans le présent contexte, au par. 278(1) de la *Loi sur les assurances*. Il est clair que les parties, en assujettissant le droit de subrogation de l'assureur à la présentation d'une demande d'indemnité, entendaient renoncer à l'exigence du paiement de l'indemnité. L'assureur n'est pas tenu d'attendre d'avoir consenti à couvrir les dommages de l'assuré pour faire valoir ses droits de subrogation et ester en justice au nom de l'assuré. Il peut agir dès que l'assuré présente sa demande d'indemnité.

Par ailleurs, il ressort clairement qu'il n'est pas obligatoire que l'assureur exerce son droit de subrogation; l'assuré peut exercer lui-même son droit de recours jusqu'à ce que l'assureur en prenne charge. L'assureur [TRADUCTION] « peut ester en justice » au nom de l'assuré. Par conséquent, si l'assuré introduit une action, même pendant que l'assureur traite sa demande d'indemnité, et obtient gain de cause, l'assureur ne peut prétendre qu'il y a eu entrave à ses droits de subrogation. Cela vaut tout autant en ce qui concerne la conclusion d'un règlement comme la convention de limitation. Dans la mesure où l'assuré agit avec la bonne foi que l'équité exige de lui, l'assureur ne peut se plaindre de la diligence avec laquelle l'assuré a réussi à régler le différend sous-jacent avec célérité.

La clause 10 prévoit la cession des droits d'action, plutôt que la subrogation, au moment du paiement de l'indemnité par l'assureur. Cette disposition vise évidemment à prévoir un transfert direct du droit lorsque ni l'assureur, ni l'assuré n'ont exercé un recours avant l'exécution de l'obligation d'indemnisation. Aux termes de cette clause, l'assureur a le droit, en contrepartie du versement de l'indemnité, à la [TRADUCTION] « cession de tous les droits d'action, qu'un jugement ait été obtenu ou non ». L'assuré doit en outre, conformément à cette clause, s'engager à coopérer avec l'assureur aux fins de l'exercice des droits d'action cédés. Encore une fois, le sens ordinaire de la clause 10 n'oblige en rien l'assuré à préserver la recevabilité de l'action, et encore moins à la poursuivre jusqu'à l'obtention d'un jugement, comme l'indique clairement les termes [TRADUCTION] « qu'un jugement ait été

58

59

60



may have in respect of the accident. The insurer's entitlement to an assignment of such causes of action is not affected by the fact that such actions are not, in fact, able to be pursued successfully. In other words, the insured may be obliged to pass along whatever she has, but this obligation is still met when what she has is nothing.

obtenu ou non ». Le droit de l'assureur porte sur toutes les causes d'action que l'assuré peut posséder relativement à l'accident. Le fait qu'il ne soit pas possible, en pratique, de mener ces actions à terme avec succès ne modifie en rien le droit de l'assureur à la cession des causes d'action. En d'autres termes, l'assuré peut avoir l'obligation de transmettre tout ce qu'il a, mais il s'acquitte de cette obligation même s'il n'a rien.

61 The only obligation that is clearly placed upon the insured in either of these clauses is the requirement that the insured "cooperate with the Insurer, except in a pecuniary way", in the pursuit of the action. I am again not persuaded that this can be regarded as requiring the insured to maintain the action's viability. In the first place, the insured is not required to cooperate until a payment has been made. Since, in this case, no payment has yet been made, the insured is not bound by this provision at all. To view this breach of this obligation as creating a bar to payment when the payment is itself a condition precedent to the obligation arising makes no sense.

La seule obligation clairement imposée à l'assuré par l'une ou l'autre de ces clauses, est celle de [TRADUCTION] « coopérer avec l'assureur, sauf sur le plan pécuniaire », dans la poursuite de l'action. Encore une fois, je ne suis pas convaincu que cette stipulation puisse être perçue comme obligeant l'assuré à préserver la recevabilité de l'action. En premier lieu, l'assuré n'est pas obligé de coopérer tant qu'il n'y a pas eu paiement d'une indemnité. Comme aucun paiement n'a encore été fait en l'espèce, l'assuré n'est aucunement lié par cette disposition. Il est absurde de considérer l'inexécution de cette obligation comme un empêchement au paiement, alors que le paiement constitue précisément une condition préalable à l'existence de cette obligation.

62 Secondly, once a payment has been made, it seems to me that the actions of the insured prior to that payment being made cannot conflict with her undertaking to cooperate from the time of the payment forward. If no action remains to be pursued, obviously the cooperation of the insured will, in practical terms, mean very little. But that is simply the nature of the undertaking set out by the parties to this contract.

En deuxième lieu, une fois un paiement effectué, il me semble que les actes accomplis par l'assuré avant ce paiement ne peuvent contrevenir à son engagement à coopérer à partir du moment du versement. Si aucune action ne peut plus être poursuivie, il est évident que la coopération de l'assuré se résumera en pratique à très peu de chose. Mais telle est la nature de l'engagement stipulé par les parties au contrat.

63 Thirdly, if this requirement were to be interpreted so as to allow the insurer to refuse payment because of non-cooperation simply on the basis that the action is no longer available, the insurer could avoid payment merely by refusing to make a payment until the action against the tortfeasor expired by prescription. It seems to me that such a change in the relationship between insurer and insured ought to be accomplished with the participation of the Superintendent of Insurance.

En troisième lieu, si cette obligation devait être interprétée de façon à permettre à l'assureur de refuser d'effectuer le paiement pour cause de non-coopération tout simplement parce que l'action n'est désormais plus possible, l'assureur pourrait se soustraire au paiement en refusant simplement de l'effectuer jusqu'à ce que l'action contre l'auteur du délit soit prescrite. J'estime que les rapports entre l'assureur et l'assuré ne sauraient être ainsi modifiés sans le concours du surintendant des assurances.



Finally, even if there is an ambiguity in the content of the obligation to “cooperate”, the accepted principle of interpretation *contra proferentem* would, as discussed above, demand that we resolve it in favour of the insured. Cooperation in the pursuit of the action, especially in light of the proviso that the insured need not cooperate “in a pecuniary way”, appears to be intended primarily to ensure that the insured will provide testimony in a subrogated action. Although I do not wish to be conclusive with respect to what exactly might be required, I would restrict the content of “cooperation” to the reasonable intent of the parties in light of a *contra proferentem* interpretation, and find that little more than actual participation as a witness in the assigned action is required by this clause.

Therefore, it is my view that the plain language of the contract does not support a finding that the Limits Agreement interfered with a contractual right of the appellant. Any lingering doubt over this should be dispelled by bearing in mind the principle *contra proferentem*.

(c) Precedent

Although it is always open to this Court to reject the interpretations of statutes (and statutory contracts) adopted by lower courts, it is also incumbent upon us to pay heed to their thoughtful views and to participate in creating a consistent approach to the areas of law these courts work with every day. The courts below have not yet fully canvassed the nature of the subrogation rights contained in the SEF 44. However, I would still make a couple of observations with a view to maintaining the desired harmony of approach.

In the first place, the potential interference with subrogation rights was noticed as far back as in *Johnson, supra*, by Morden J.A., who said (at p. 608):

The reservation that I expressed about [the existence of a direct action against the insurer] is primarily based

Enfin, même s’il subsistait quelque ambiguïté quant à la teneur de l’obligation de « coopérer », le principe reconnu d’interprétation *contra proferentem* nous obligerait, comme je l’ai mentionné plus haut, à résoudre la question en faveur de l’assuré. La coopération dans la poursuite de l’action, tout particulièrement à la lumière de la stipulation précisant que l’assuré n’est pas tenu de coopérer « sur le plan pécuniaire », semble destinée principalement à faire en sorte que l’assuré témoigne dans une action par subrogation. Je n’ai pas l’intention de tirer de conclusion quant à la teneur exacte de cette obligation de « coopérer », mais je la restreindrais à l’intention raisonnable des parties en adoptant une interprétation *contra proferentem* et je conclurais que cette clause n’exige guère plus que la participation effective de l’assuré comme témoin dans l’instance fondée sur le droit d’action cédé.

Je suis donc d’avis que le sens ordinaire du contrat ne permet pas de conclure que la convention de limitation a contrecarré un droit contractuel de l’appelante. L’application du principe *contra proferentem* devrait dissiper tout doute qui pourrait subsister à cet égard.

c) Les précédents

Même si notre Cour peut toujours rejeter l’interprétation des lois (et des contrats légaux) adoptée par les tribunaux d’instance inférieure, il nous faut tenir compte de leurs points de vue réfléchis et participer à l’élaboration d’un raisonnement cohérent dans les domaines du droit dans lesquels ils exercent quotidiennement leur compétence. Les tribunaux d’instance inférieure n’ont pas encore examiné de façon exhaustive la nature des droits de subrogation stipulés dans l’avenant SEF 44. Je voudrais toutefois faire quelques observations susceptibles de maintenir l’harmonie désirée dans le raisonnement juridique.

D’abord, l’entrave potentielle aux droits de subrogation a été soulignée il y a longtemps dans l’arrêt *Johnson*, précité, par le juge Morden, en ces termes (à la p. 608) :

[TRADUCTION] La réserve que j’ai exprimée [à l’égard d’une action directe contre l’assureur] repose avant tout

64

65

66

67

on the concern that a claim confined to the direct-action route could result in the insurer's subrogation rights being frustrated . . . as well as the insurer's inability to confine its liability to the balance of what is owed on a judgment obtained against the tortfeasor. . . . If, however, my interpretation, and apparently that of the parties, does not reflect the intention of the drafters the necessary correction lies close to hand in the form of an amendment to Reg. 535.

This statement was made in 1986, and to date no amendments have been made to either Regulation 535 (now R.R.O. 1990, Reg. 676) nor to the standard endorsements that suggest that the occasional loss of subrogation rights has been addressed. It was repeated by Grange J.A. in *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), at p. 760, with respect to the SEF 42. Given this lack of response, I am ever more reluctant to alter the *status quo*, apparently accepted by the industry and by the Superintendent of Insurance. We should not, in my view, second-guess the conclusions of these courts on the language of the contract in light of a question of pure policy, though such a problem may be of concern to the Superintendent of Insurance.

68

Second, a finding that the Limits Agreement somehow interferes with the right of subrogation to such an extent as to nullify the right of the insured to indemnity would seriously undermine the central holding in *Johnson* — that the direct action against the insurer exists at all. The essence of *Johnson* was, of course, that an insured was not required to bring an action through to judgment, nor even maintain its viability in the face of a limitation period, in order to collect an indemnity payment under the SEF 44. If an insured interferes with the subrogation right by signing a Limits Agreement, how can this be distinguished from the interference with subrogation rights that would be occasioned by allowing a limitation period to expire? In either case, the action or inaction of the insured results in the insurer being deprived of the potential value of the subrogated tort claim. It seems to me that finding the endangerment of the subrogation right by the Limits Agreement sufficient to bar a claim under the SEF 44, would provide a back route away from allowing

sur la crainte qu'une demande qui se limiterait à l'action directe fasse échec aux droits de subrogation de l'assureur [. . .] et l'empêche de limiter sa responsabilité au solde du montant d'un jugement obtenu contre l'auteur du délit. [. . .] Toutefois, si mon interprétation, qui est apparemment aussi celle des parties, n'est pas conforme à l'intention des rédacteurs, il est facile de corriger la situation en modifiant le Règlement 535.

Cette déclaration a été faite en 1986 et, à ce jour, ni le Règlement 535 (maintenant R.R.O. 1990, Règl. 676) ni les avenants types n'ont subi de modification qui laisse croire qu'une solution aurait été apportée à la perte occasionnelle des droits de subrogation. Cette opinion a été reprise par le juge Grange dans l'arrêt *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), p. 760, à l'égard de l'avenant SEF 42. Compte tenu de cette absence de réaction, je suis encore moins disposé à modifier le statu quo, apparemment accepté par l'industrie et par le surintendant des assurances. À mon avis, il ne nous appartient pas de remettre en question les conclusions de ces tribunaux sur le libellé du contrat à la lumière d'une question de pur principe, bien que ce problème puisse intéresser le surintendant des assurances.

Ensuite, la conclusion que la convention de limitation contrecarre le droit de subrogation à tel point que l'assuré perd le droit d'être indemnisé s'écarterait sérieusement de la conclusion fondamentale tirée dans l'arrêt *Johnson* — à savoir qu'il existe bel et bien un droit d'action directe contre l'assureur. L'arrêt *Johnson* dit bien sûr essentiellement que l'assuré n'était pas tenu d'obtenir un jugement, ni même de préserver la recevabilité d'une action menacée par l'expiration d'un délai de prescription, pour recevoir une indemnité aux termes de l'avenant SEF 44. Si l'assuré contrecarre le droit de subrogation en signant une convention de limitation, comment distinguer cette situation de l'entrave aux droits de subrogation qui découlerait de l'expiration d'un délai de prescription? Dans l'un et l'autre cas, l'action ou l'inaction de l'assuré a pour effet de priver l'assureur de la valeur potentielle du droit de recours délictuel acquis par subrogation. Selon moi, conclure que la mise en péril du droit de

the direct action at all. I am inclined to agree with Morden J.A. that the proper route for eliminating the direct action, even if that were desirable, would be by an amendment to the regulation, not by the adoption of a new interpretation of the subrogation clauses.

To say it simply, the insurer is advocating quite a new approach to the understanding of the SEF 44 when it — albeit briefly — makes its subrogation argument. Quite apart from my views on the plain language of the contract, I am reluctant to alter the state of the law as set out by Morden J.A.

(d) Public Policy

Finally, I find it worthwhile to consider the policy results of this conclusion as opposed to the contrary.

The appellant, particularly through an affidavit submitted from the Insurance Council of Canada, stressed the allegedly drastic effects that could be expected to visit the industry if a result contrary to the appellant's position were reached. The fact of the matter is, however, that subrogation rights against underinsured or uninsured drivers are rarely very valuable at all. As C. Brown has noted in *Insurance Law in Canada, supra*, at para. 13.7, p. 13-30, in the wider context, “[m]ost observers consider the cost-saving rationale of subrogation to be insignificant at best and that, in fact, a successful recovery in a subrogation claim is really a windfall for an insurer”. The limited real value of the subrogation right has been noted to be particularly true in the case of inadequately insured motorists by some of the American courts. See *Puckett v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (Ky. Ct. App. 1971); *Sahloff v. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (Wis. 1969). Leaving the rules of interpretation aside, there is no good policy reason for this Court to read into the contract a provision that will so gravely prejudice the insured when the insurer will likely gain little but an exemption from the very payment for which the

subrogation par la convention de limitation suffit à empêcher toute demande d’indemnité en vertu de l’avenant SEF 44 reviendrait à éliminer le droit d’action directe par un moyen détourné. Je suis porté à convenir, avec le juge Morden, que la façon appropriée d’éliminer le droit d’action directe, même si cela était souhaitable, consisterait à modifier le règlement, et non à adopter une nouvelle interprétation des clauses de subrogation.

En bref, l’assureur préconise une façon toute nouvelle de comprendre l’avenant SEF 44 lorsqu’il fait valoir, bien que brièvement, son argument concernant la subrogation. Indépendamment de mon opinion sur le sens ordinaire du contrat, j’éprouve une certaine réticence à modifier l’état du droit tel qu’il a été énoncé par le juge Morden.

d) Considérations de principe

Enfin, j’estime utile d’examiner les conséquences de cette conclusion, sur le plan des principes, par comparaison avec la conclusion contraire.

L’appelante, tout particulièrement au moyen d’un affidavit émanant du Conseil d’assurances du Canada, a souligné les prétendus effets dramatiques que le rejet de la position de l’appelante pourrait avoir sur l’industrie des assurances. Le fait est toutefois que la valeur des droits de subrogation contre les automobilistes sous assurés ou non assurés est rarement élevée. Comme l’a noté C. Brown dans *Insurance Law in Canada, op. cit.*, par. 13.7, p. 13-30, dans un contexte plus large, [TRADUCTION] « [l]a plupart des observateurs considèrent que le fondement économique de la subrogation est au mieux négligeable et que tout montant recouvré au moyen d’un recours par subrogation constitue en réalité un gain fortuit pour un assureur ». Certains tribunaux américains ont souligné que la valeur réelle limitée du droit de subrogation s’avère plus particulièrement dans le cas des automobilistes sous assurés. Voir *Puckett c. Liberty Mutual Insurance Co.*, 477 S.W.2d 811 (Ky. Ct. App. 1971); *Sahloff c. Western Casualty & Surety Co.*, 171 N.W.2d 914 (Wis. 1969). Indépendamment des règles d’interprétation, aucune considération de principe valable ne justifierait que notre Cour inclue implicitement dans le contrat une stipulation qui causerait un préjudice

69

70

71

insured has faithfully paid her monthly premiums to ensure entitlement.

72 In view of the near-negligible value of the subrogation right, it would be overreaching, in my view, to regard its loss as significantly changing the insurer's position. The risk that the insurer has assumed is effectively compensated for by the insured's monthly premium. Without being cynical, I would be very surprised indeed if the loss of a subrogation right with little practical value were significant enough to have any effect whatever upon the insurer's balance sheet. The insurer is free to set premiums at such a level as to ensure that its risk is covered, exclusive of the anticipated value of subrogation rights, and I would cautiously presume that this is precisely what it has done.

73 The value of the indemnity payment, by contrast, is of great significance to the insured. It is clear enough that the insured valued the availability of such payment highly enough to pay a substantial increase in monthly premiums for it. It is also clear that the insurer would rather not make the payment, to the extent of pursuing the case all the way to this Court. The result of finding for the appellant in this case upon the insurance industry at large will not be to restore or confirm the value of lost subrogation rights. It will be to release insurers from paying out the rather more substantial amounts to which subscribers to the SEF 44 Endorsement would otherwise be entitled.

74 The insurer is entitled to the rights acquired by contract as much as any natural person. But it would be foolhardy to disregard the common sense results of an interpretation of a contract that would grant the insurer a windfall in escaping its presumed obligations while depriving the insured of the amount she would have expected to have been paid to her in the normal course of business. I am convinced that the interpretation here adopted is not only the most

aussi grave à l'assuré alors que l'assureur n'y gagnerait pratiquement rien si ce n'est une exemption de paiement de l'indemnité même en contrepartie de laquelle l'assuré a payé fidèlement les primes mensuelles qui lui garantissaient ce paiement.

Eu égard à la valeur pratiquement négligeable du droit de subrogation, ce serait exagérer, à mon avis, que de considérer sa perte comme un facteur susceptible de modifier sensiblement la situation de l'assureur. La prime mensuelle versée par l'assuré compense réellement le risque que l'assureur a assumé. Sans vouloir être cynique, je serais vraiment très étonné que la perte d'un droit de subrogation ayant une valeur pratique aussi faible soit assez importante pour avoir un effet quelconque sur le bilan de l'assureur. L'assureur est libre de fixer les primes à un niveau suffisant pour lui permettre de couvrir le risque qu'il assume, sans tenir compte de la valeur anticipée des droits de subrogation, et je présumerais, sans trop m'aventurer, que c'est précisément ce qu'il a fait en l'espèce.

En revanche, le paiement de l'indemnité a une très grande valeur pour l'assuré. Il est évident que la possibilité d'obtenir un tel paiement revêtait beaucoup d'importance aux yeux de l'assuré, puisqu'il a accepté une majoration importante de ses primes mensuelles afin d'y avoir droit. Il est aussi évident que l'assureur préférerait ne pas effectuer le paiement puisqu'il a porté l'affaire jusqu'à notre Cour. L'effet d'une décision favorable à l'appelante sur l'industrie des assurances dans son ensemble ne serait pas de rétablir ou de confirmer la valeur des droits de subrogation perdus, mais plutôt de libérer les assureurs de l'obligation de verser les sommes bien plus importantes auxquelles auraient autrement droit les assurés dont la police inclut l'avenant SEF 44.

L'assureur a, au même titre qu'une personne physique, le droit d'exercer les droits qu'il acquiert par contrat. Il serait toutefois téméraire de ne pas tenir compte, sous l'angle du simple bon sens, des résultats d'une interprétation d'un contrat qui accorderait un gain fortuit à l'assureur, en lui permettant d'échapper à ses obligations présumées, tout en privant l'assuré de la somme qu'il s'attendrait normalement à recevoir. Je suis convaincu,

natural view of the terms of the contract, but sound and equitable public policy as well. A policy that recognizes the relative value of a subrogation right to an insurer and of an indemnity payment to an insured person is what one would expect the Superintendent of Insurance to attempt to formulate and adopt. In my view, that is what has been done in the SEF 44.

#### D. *Other Matters*

I am fully in agreement with my colleague Binnie J. on the question of the applicability of s. 278(6) of the *Insurance Act*. The provision cannot assist the insurer because it has neither made any payment nor assumed any liability therefor as required by s. 278(1) of the Act.

I should note that the parties did not argue the issue of forfeiture or relief therefrom, and accordingly these reasons do not address that question.

#### VII. Conclusion

For these reasons, I am of the view that the question stated by the parties ought to be answered in the negative. The respondents are entitled to pursue their action against the insurer for recovery of the indemnity payment owing under their SEF 44 policy, notwithstanding the Limits Agreement. To meet their case, they must show that the defendant Friedman was at fault and prove the quantum of damages. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — An insurance policy to cover an actual provable loss against a specified risk is a contract of indemnity which rests on the “well known principle of law, that where one person has agreed to indemnify another, he will, on making good the indemnity, be entitled to succeed to all the ways and means by which the person indemnified might have protected himself against or reimbursed

non seulement que l’interprétation retenue en l’espèce est celle qui découle le plus naturellement des termes du contrat, mais qu’elle est sensée et équitable sur le plan des principes. On s’attendrait à ce que le surintendant des assurances s’efforce de formuler et d’adopter une politique générale qui reconnaît la valeur relative d’un droit de subrogation pour l’assureur et du paiement d’une indemnité pour l’assuré. À mon avis, c’est ce qui a été fait dans l’avenant SEF 44.

#### D. *Autres questions*

Je suis entièrement d’accord avec mon collègue le juge Binnie en ce qui concerne l’application du par. 278(6) de la *Loi sur les assurances*. Cette disposition n’est d’aucun secours pour l’assureur puisqu’il n’a effectué aucun paiement ni assumé aucune responsabilité à cet égard, comme l’exige le par. 278(1) de la Loi.

Soulignons que les parties n’ont pas soulevé la question de la déchéance ni du droit d’en être relevé et que, par conséquent, les présents motifs ne l’abordent pas.

#### VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d’avis de répondre par la négative à la question posée par les parties. Les intimées ont le droit de poursuivre leur action contre l’assureur en vue d’obtenir paiement de l’indemnité qui leur est due en vertu de leur avenant SEF 44, malgré la convention de limitation. Pour obtenir gain de cause, elles doivent prouver la faute du défendeur Friedman et le quantum des dommages. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Une police d’assurance garantissant le paiement de la perte prouvable réellement subie en cas de réalisation d’un risque déterminé est un contrat d’indemnisation qui repose sur le [TRADUCTION] « principe de droit bien connu selon lequel la personne qui a convenu d’en indemniser une autre a, une fois sa promesse remplie, le droit d’être subrogée dans tous les moyens par

75

76

77

78



himself for the loss” (emphasis added) (*Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi* (1915), 51 S.C.R. 562, *per* Fitzpatrick C.J., at p. 564, citing *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), *per* Lord Cairns, at p. 284). A majority of my colleagues conclude that this fundamental principle of insurance law has no application to the under-insured motorist coverage of an Ontario Standard Automobile Policy (SEF 44), despite the fact that SEF 44 itself refers to rights of subrogation. With respect, I am unable to agree.

79

In this case the respondents, having suffered actual loss as a result of a motor vehicle accident caused by an inadequately insured motorist, one Jerry Friedman, seek to recover from their own insurer, the appellant, the amount of their damages over and above the \$200,000 in liability coverage Friedman carried. However, without the appellant insurer’s knowledge or consent, they released Friedman from all claims over and above his \$200,000 insurance coverage, thus depriving the appellant insurer of the opportunity to try to reimburse itself from Friedman’s other assets by “all the ways and means by which the person indemnified might have protected himself or reimbursed himself for the loss” (*Guardian Assurance Co., supra*). The appellant insurer therefore denied the claim.

80

The Ontario Court of Appeal concluded that this release did not justify the appellant’s refusal to pay. The decision would likely have been different under similar “inadequately insured” motorist policies in at least two other provinces, British Columbia and Alberta: see *Kraeker Estate v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (B.C.C.A.), and *Nielsen v. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.).

81

In my view, the insurer was entitled to deny the claim. The respondents’ release of Friedman from the very claim they now wish to assert against the

lesquels la personne indemnisée aurait pu se protéger contre la perte ou en obtenir le remboursement » (je souligne) (*Guardian Assurance Co. c. Town of Chicoutimi* (1915), 51 R.C.S. 562, le juge en chef Fitzpatrick, p. 564, citant *Simpson c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), lord Cairns, p. 284). La majorité de mes collègues concluent que ce principe fondamental du droit des assurances ne s’applique pas à la garantie sous-assurance des tiers de la police type d’assurance automobile de l’Ontario (SEF 44), bien que l’avenant SEF 44 fasse expressément mention des droits de subrogation. Je ne puis malheureusement pas souscrire à leur opinion.

En l’espèce, les intimées ont subi une perte réelle par suite d’un accident d’automobile causé par un automobiliste sous assuré, un dénommé Jerry Friedman. Elles cherchent à recouvrer de leur propre assureur, l’appelante, le montant de leurs dommages excédant la garantie d’assurance responsabilité de 200 000 \$ qu’avait contractée M. Friedman. Les intimées ont toutefois, à l’insu de l’assureur appelant et sans son consentement, donné quittance à M. Friedman de toute réclamation qui excéderait sa garantie d’assurance de 200 000 \$, privant ainsi l’assureur appelant de la possibilité de se rembourser à l’aide des autres biens de M. Friedman en utilisant [TRADUCTION] « tous les moyens par lesquels la personne indemnisée aurait pu se protéger contre la perte ou en obtenir le remboursement » (*Guardian Assurance Co., précité*). L’assureur appelant a donc rejeté leur demande d’indemnité.

La Cour d’appel de l’Ontario a conclu que cette quittance ne justifiait pas le refus de l’appelante de verser l’indemnité. Cette décision aurait probablement été différente dans le contexte de polices similaires comportant une garantie « sous-assurance » des tiers dans au moins deux autres provinces, soit la Colombie-Britannique et l’Alberta : voir *Kraeker Estate c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 93 D.L.R. (4th) 431 (C.A.C.-B.), et *Nielsen c. Co-operators General Insurance Co.* (1997), 209 A.R. 177 (C.A.).

À mon avis, l’assureur avait le droit de rejeter la demande d’indemnité. La quittance donnée par les intimées à M. Friedman à l’égard de la réclamation



appellant insurer was not consistent with a fundamental term of their policy. I would allow the appeal.

It should be noted that the respondents released Friedman after they became aware of the inadequacy of his coverage, when it must have been apparent to them that they would be looking to the appellant insurer to indemnify them against the shortfall.

#### I. The Facts

The respondents Pearl Somersall and her mother Gwendolyn Somersall suffered serious injuries in a motor vehicle collision on January 29, 1989. (The record does not explain why it has taken more than 12 years for the case to reach this Court on a preliminary motion.) An action was commenced against the driver of the other motor vehicle, Friedman, in good time. The respondent Janice Somersall is Gwendolyn's daughter and sued on her own behalf and on behalf of the other claimants under s. 61 of the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4.

No later than October 21, 1991, the respondents discovered that Friedman's third party liability insurance was only \$200,000, which they considered to be substantially less than their actual loss.

On December 13, 1991, with knowledge of the shortfall and without notice to the appellant insurer, the respondents entered into a written agreement ("the Limits Agreement") with Friedman on the following terms:

- (i) Friedman would admit liability for the accident at trial;
- (ii) the respondents would not make any claim against Friedman or his insurer in excess of Friedman's insurance policy limits of \$200,000; and
- (iii) Friedman's insurer would (and did) make an advance payment of \$50,000 to the respondents.

même qu'elles veulent maintenant faire valoir contre l'assureur appelant allait à l'encontre d'une stipulation fondamentale de leur police. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Il faut souligner que les intimées ont donné quittance à M. Friedman après avoir appris que sa garantie était insuffisante, alors qu'elles auraient dû se rendre compte qu'elles devraient demander à l'assureur appelant de leur verser le montant manquant.

#### I. Les faits

Les intimées Pearl Somersall et sa mère Gwendolyn Somersall ont subi de graves blessures lors d'une collision d'automobiles le 29 janvier 1989. (Le dossier n'explique pas pourquoi il a fallu plus de 12 ans pour que cette cause parvienne devant notre Cour en appel d'une motion préliminaire.) Une action a été intentée dans le délai imparti contre le conducteur de l'autre véhicule, M. Friedman. L'intimée Janice Somersall est la fille de Gwendolyn et elle a engagé la poursuite en son propre nom et au nom des autres membres de la famille faisant valoir une demande en vertu de l'art. 61 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4.

Dès le 21 octobre 1991, les intimées se sont rendu compte que le montant de la garantie d'assurance responsabilité civile de M. Friedman était d'à peine 200 000 \$, montant qui était, selon elles, bien inférieur à leur perte réelle.

Le 13 décembre 1991, les intimées, pleinement conscientes de l'insuffisance de la garantie de M. Friedman, ont conclu une convention écrite (la « convention de limitation ») avec lui, sans en informer l'assureur appelant. La convention prévoyait ce qui suit :

[TRADUCTION]

- (i) au procès, M. Friedman s'avouerait responsable de l'accident;
- (ii) les intimées ne feraient valoir contre M. Friedman ou son assureur aucune réclamation excédant la garantie d'assurance de M. Friedman, qui s'élevait à 200 000 \$;
- (iii) l'assureur de M. Friedman verserait une avance de 50 000 \$ aux intimées (ce qu'il a fait).

82

83

84

85

86 The assertion of my colleague, Justice Iacobucci, at para. 51 that “the Limits Agreement exhausted Friedman’s capacity to compensate” may be true. It may not be true. We were provided with no facts one way or the other. More importantly, the insurer was never given the opportunity to assess the ability of the wrongdoer to contribute to the settlement from his personal assets, whatever they may be.

87 Two and a half years later, on July 4, 1994, the respondents added their own insurer, the appellant, as a defendant to the action. The appellant filed a defence to the action and brought a motion to dismiss the action against it on a point of law. Counsel for the insurer of the respondents’ original solicitor, who had negotiated the Limits Agreement, opposed the motion on behalf of the respondents. This is thus a battle between insurance companies.

## II. Judicial History

88 The motions judge, Spiegel J., gave effect to the appellant’s contention and on June 4, 1998, dismissed the action as against it: (1998), 40 O.R. (3d) 461. This was reversed on February 16, 2000 by the Ontario Court of Appeal *per* Charron J.A. ((2000), 183 D.L.R. (4th) 396) who concluded that the point had been decided adversely to the insurer by that court’s previous rulings in *Johnson v. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, and *Chambo v. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305.

## III. SEF 44

89 The terms of SEF 44 are set out in the judgment of my colleague, Iacobucci J. I will therefore content myself by quoting the relevant extracts as and when necessary.

## IV. Analysis

90 The language of motor vehicle insurance policies is generally regulated in each of the provinces. The insurance industry is consulted. The individual insured is not. I accept the interpretive approach proposed by MacKinnon A.C.J.O. in *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.), at p. 135:

Il se peut que mon collègue le juge Iacobucci ait raison lorsqu’il affirme, au par. 51, que « la convention de limitation a épuisé la capacité de M. Friedman d’indemniser les intimées ». Il se peut aussi qu’il se trompe. Aucun fait confirmant ou infirmant cette affirmation ne nous a été soumis. Mais ce qui importe surtout, c’est que l’assureur n’a jamais eu la possibilité d’évaluer la capacité de l’auteur du délit de contribuer au règlement au moyen de ses éléments d’actifs personnels, quels qu’ils soient.

Deux ans et demi plus tard, le 4 juillet 1994, les intimées ont constitué leur propre assureur, l’appelante, défenderesse dans l’action. L’appelante a déposé une défense dans l’action et elle a présenté une motion en rejet de l’action intentée contre elle en invoquant un point de droit. L’avocat de l’assureur du procureur initial des intimées, qui avait négocié la convention de limitation, a contesté la motion en leur nom. Le litige oppose donc des compagnies d’assurance.

## II. Historique des procédures judiciaires

Le 4 juin 1998, le juge Spiegel, siégeant en qualité de juge des requêtes, a donné raison à l’appelante et rejeté l’action intentée contre elle (1998), 40 O.R. (3d) 461. La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé sa décision le 16 février 2000 : (2000), 183 D.L.R. (4th) 396. Le juge Charron a conclu que la question avait déjà été tranchée contre l’assureur dans les arrêts antérieurs de la cour *Johnson c. Wunderlich* (1986), 57 O.R. (2d) 600, et *Chambo c. Musseau* (1993), 15 O.R. (3d) 305.

## III. L’avenant SEF 44

Les stipulations de l’avenant SEF 44 sont reproduites dans les motifs de mon collègue, le juge Iacobucci. Je me contenterai donc d’en citer au besoin les passages pertinents.

## IV. Analyse

Le libellé des polices d’assurance automobile est généralement assujéti à la réglementation de chaque province. Les assureurs sont consultés. L’assuré ne l’est pas. Je retiens la méthode d’interprétation proposée par le juge MacKinnon, juge en chef adjoint de l’Ontario, dans *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.), p. 135 :

It appears to me that if there is doubt in the legislation establishing and governing the cover, and there are two possible interpretations of any aspect of the cover, the one more favourable to the insured should govern.

That said, we are still obliged to apply the text of SEF 44 as we find it. With due respect for those who hold a contrary view, I interpret the language of the policy as clearly requiring the insured to refrain from acts destructive of the subrogation interest of their insurer. The language of SEF 44, in my view, is not ambiguous. Having signed away their claim against Friedman, the respondents are precluded from recovering what they thus signed away from the appellant.

The appellant has also raised in its Statement of Defence the failure of the respondents to commence an action within 12 months of the time they knew or ought to have known that their claims against Friedman exceeded the \$200,000 minimum coverage (clause 6(c)). That issue is not before us for decision.

#### A. *Inadequately Insured Driver Coverage*

The respondents purchased “uninsured or underinsured motorist coverage” for an additional premium against the risk of involvement in a motor vehicle accident caused by the fault of an underinsured or uninsured driver. The appellant insurance company undertook, on specific conditions, to step in and pay the excess damages within the policy limits. The special coverage is provided in SEF 44 whose wording was negotiated by the insurance industry with, and approved by, the Superintendent of Insurance in Ontario. The relevant coverage is expressed in clause 2 of SEF 44 as follows:

## 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

[TRANSDUCTION] À mon sens, si la loi établissant et régissant la garantie laisse place à un doute et que deux interprétations de tout aspect de la garantie soient possibles, celle qui est la plus favorable à l'assuré doit primer.

Cela dit, nous sommes obligés d'appliquer le texte de l'avenant SEF 44 tel qu'il est rédigé. Avec égard pour les tenants de l'opinion contraire, j'interprète les termes de la police comme exigeant clairement que l'assuré s'abstienne de tout acte qui priverait l'assureur de son droit à la subrogation. Selon moi, les termes de l'avenant SEF 44 ne sont pas ambigus. Ayant renoncé par écrit à leur réclamation contre M. Friedman, les intimées ne peuvent recouvrer de l'appelante ce à quoi elles ont ainsi renoncé.

L'appelante a également invoqué dans sa défense le défaut des intimées d'engager une action dans un délai de 12 mois à compter de la date à laquelle elles se sont rendu compte ou auraient dû se rendre compte que leur droit de recours contre M. Friedman excédait la garantie minimum fixée à 200 000 \$ (clause 6c)). Ce point n'a pas été soumis à notre appréciation.

#### A. *La garantie sous-assurance des tiers*

Les intimées ont souscrit une « garantie sous-assurance ou non-assurance des tiers » moyennant une prime additionnelle pour se prémunir contre le risque d'un accident d'automobile causé par la faute d'un conducteur sous assuré ou non assuré. La compagnie d'assurance appelante s'est engagée, à des conditions déterminées, à prendre à sa charge les dommages-intérêts excédentaires à concurrence du montant de garantie de la police. Cette garantie spéciale est prévue par l'avenant SEF 44, dont le libellé a été négocié par l'industrie des assurances avec le surintendant des assurances de l'Ontario et approuvé par celui-ci. Voici la clause 2 de l'avenant SEF 44, qui prévoit la garantie pertinente :

[TRANSDUCTION]

## 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

91

92

93

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. [Emphasis added.]

94 On its face, the plain text requires that at the time the claim is asserted there be a subsisting right of action against the tortfeasor (i.e., “is legally entitled”). It provides that the legal entitlement must subsist as between the insured and the tortfeasor at the time the claim is made. This is consistent with the reciprocal nature of this insurance as a contract of indemnity with the concomitant expectation of subrogation.

95 This interpretation is refined by clause 9, which subrogates the insurer to “the rights of the eligible claimant” and authorizes the insurer to “maintain an action in the name of that person against the inadequately insured motorist”. In my view, the expression “is legally entitled to recover” in clause 2, imposing on the insurer the obligation to pay, corresponds to the subsisting cause of action, i.e., “the rights of the eligible claimant” referred to in clause 9, authorizing the insurer to attempt to recover its payment from the tortfeasor. The two provisions must be read together.

96 The respondents seem to accept that the expression “is legally entitled to recover” means what it says but argue that it is sufficient if *at the time of the accident* there was a subsisting right of action. However, the requirement of a legal entitlement is not framed in the past tense. This reflects the underlying reciprocity of the arrangement. In *Kraeker Estate, supra*, Goldie J.A. said, at p. 434, “I think ‘legally entitled to recover damages’ means ‘has a right of action for damages’”. To the same effect see *Côté J.A. in Nielsen, supra*, at para. 2. As of the date of their claim against the appellant, the respondents had voluntarily parted with their ability to recover from the tortfeasor the sum claimed, i.e., their alleged loss in excess of \$200,000. They had no “legal entitlement”.

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. [Je souligne.]

À leur simple lecture, ces termes clairs exigent qu’au moment où une demande d’indemnité est présentée, il subsiste un droit d’action contre l’auteur du délit (textuellement, « a le droit de recouvrer »). Le droit de recours de l’assuré contre l’auteur du délit doit subsister au moment où la demande d’indemnité est présentée. Cette proposition est en accord avec la nature réciproque de cette assurance qui constitue un contrat d’indemnisation avec l’attente concomitante d’un droit de subrogation.

Cette interprétation est précisée par l’art. 9, qui subroge l’assureur dans « les droits du demandeur admissible » et l’autorise à « ester en justice au nom de cette personne contre l’automobiliste sous assuré ». À mon sens, l’expression « a le droit de recouvrer » figurant à la clause 2, qui oblige l’assureur à verser une indemnité, correspond à la cause d’action toujours existante, c’est-à-dire aux « droits du demandeur admissible » visés à la clause 9, qui autorise l’assureur à tenter de recouvrer son paiement de l’auteur du délit. Ces deux dispositions doivent être lues ensemble.

Les intimées semblent admettre que le sens des mots « a le droit de recouvrer » est clair, mais elles soutiennent qu’il suffit qu’un droit d’action subsiste à la date de l’accident. Toutefois, on n’a pas utilisé le passé, mais bien le présent de l’indicatif pour parler de ce droit. C’est ainsi que s’exprime le caractère réciproque sous-jacent de l’entente. Dans l’arrêt *Kraeker Estate*, précité, le juge Goldie a dit, à la p. 434, [TRADUCTION] « [j]e crois que les mots “a le droit de recouvrer des dommages-intérêts” signifie “a un droit d’action en dommages-intérêts” ». Voir aussi les motifs du juge Côté dans l’arrêt *Nielsen*, précité, par. 2, qui vont dans le même sens. À la date de la présentation de leur demande d’indemnité contre l’appelante, les intimées s’étaient privées volontairement de la possibilité de recouvrer, de l’auteur du délit, le montant réclamé, c’est-à-dire l’excédent de la perte alléguée sur la garantie de 200 000 \$. Elles n’avaient pas « le droit de recouvrer » cet excédent.

I do not put much importance on the fact the respondents signed a Limits Agreement rather than a release of the cause of action. In either case, the insurer is precluded from a successful claim over. Subrogation is a matter of substance not form: *Ledingham v. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 S.C.R. 332, *per* Judson J., at p. 337.

From a practical point of view, it does not follow from the fact an individual carries inadequate third party insurance that he or she is without personal assets to satisfy in whole or in part a judgment in excess of those limits. An uninsured rich man can cause an accident while driving a poor man's car. It cannot be said that just because the motorist is uninsured there is no monetary value to the right of subrogation. One can assume, I think, that the respondents would have pursued Friedman's personal assets if the choice had been to do that or absorb the loss themselves.

In paras. 50 to 55, my colleague Iacobucci J. relies on an *assumption* that Friedman is impecunious. Quite apart from the speculative nature of the assumption, this case is about the proper interpretation of SEF 44, and the result will enure to the benefit of the rich tortfeasor as well as to the putatively impecunious tortfeasor. If there is no obligation on insured persons to keep alive enforceable legal rights against a tortfeasor (rich or poor), they will see no advantage to themselves in doing so.

The limitations on the coverage granted by clause 2, clear in themselves, are reinforced by the other provisions of SEF 44, read as a whole, which specifically address the issue of subrogation and cooperation. My colleague writes at para. 55 that "there is no evidence that the respondents did not honestly and in good faith believe that it was prudent and wise to enter into the Limits Agreement". If the appellant insurer is to be called on to pay the excess claim, the decision whether it is "prudent and wise" to seek or not to seek further recovery from Friedman is properly for the insurer to make. The respondents, looking to be indemnified by their own

Je n'accorde pas beaucoup de poids au fait que les intimées ont signé une convention de limitation plutôt qu'une renonciation à la cause d'action. Dans les deux cas, l'assureur est empêché de recouvrer le montant de son paiement. La subrogation est une question de fond et non de forme : *Ledingham c. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 R.C.S. 332, le juge Judson, p. 337.

D'un point de vue pratique, on ne peut affirmer qu'une personne qui a souscrit une assurance de responsabilité civile insuffisante sera nécessairement dépourvue de biens pouvant servir à exécuter en tout ou en partie un jugement dont le montant est supérieur à celui de la garantie. Un riche non assuré peut causer un accident en conduisant la voiture d'un pauvre. Le simple fait que l'automobiliste n'est pas assuré ne signifie pas que le droit de subrogation n'a aucune valeur pécuniaire. Selon moi, on peut supposer que les intimées auraient exercé leurs recours contre les éléments d'actif personnels de M. Friedman si leur seule autre option avait été de supporter elles-mêmes la perte.

Aux paragraphes 50-55, mon collègue le juge Iacobucci s'appuie sur l'*hypothèse* que M. Friedman est sans le sou. Hormis le fait que cette hypothèse relève de la conjecture, le litige porte sur l'interprétation de l'avenant SEF 44 et la décision rendue à cet égard s'appliquera tant à l'auteur du délit bien nanti qu'à celui que l'on présume démuné. Si les assurés ne sont pas tenus de préserver les droits que la loi leur confère contre l'auteur d'un délit (riche ou pauvre), ils ne verront pas l'utilité de les préserver.

Les limites de la garantie stipulée à la clause 2, déjà assez claires, sont renforcées par les autres dispositions de l'avenant SEF 44, lues globalement, qui traitent expressément de la subrogation et de la coopération. Mon collègue écrit, au par. 55, qu'« aucune preuve ne démontre que les intimées ne croyaient pas honnêtement et de bonne foi qu'il était sage et prudent de conclure la convention de limitation ». Si l'assureur appelant peut être tenu de verser une indemnité complémentaire, c'est à juste titre à lui qu'il revient de décider s'il est « sage et prudent » de tenter de recouvrer un montant de M. Friedman. Pour les intimées, qui s'attendent à être indemnisées

97

98

99

100

insurer, have little financial stake in such a decision, which is why they should not make it unilaterally.

### B. *Calculation of the Claim*

101 The sum payable by way of indemnity is set out in clause 4(b) of SEF 44 which provides in part as follows:

- (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. . . . [Emphasis added.]

There follows a list of potential sources of benefits including other insurance coverage, unsatisfied judgment funds, accident benefit plans (including the Régie de l'assurance automobile du Québec) and *Workers' Compensation Act* benefits. If these benefits are available, they will be deducted from the excess coverage "whether such entitlement is pursued or not".

102 Potential recovery against the tortfeasor, of course, is not excluded. That is the subject matter of the risk. The insurer can be called upon to pay that amount but if so, it should not be fatally prejudiced from doing what it can to recuperate its payment from the wrongdoer ultimately responsible.

103 In my view, the risk undertaken by the appellant was not the whole of the respondents' loss but the loss reduced (at least potentially) by assigning to the insurer all proper and available means of reimbursement.

### C. *Indemnity and Subrogation*

104 That the present policy is a policy of indemnity is, I think, clearly supported by the analysis adopted by Spence J., then of the Ontario High Court, in

par leur propre assureur, l'enjeu pécuniaire de cette décision n'est pas très important; c'est pourquoi elles ne doivent pas la prendre unilatéralement.

### B. *Calcul de la demande d'indemnité*

La somme à payer au titre de l'indemnité est fixée à la clause 4b) de l'avenant SEF 44, dont voici un extrait :

[TRADUCTION]

- b) Le montant payable en application du présent avenant à tout demandeur admissible est complémentaire au montant effectivement recouvré par ce dernier de toute source (sauf les sommes payables au décès en vertu d'une police d'assurance) et à tout montant que le demandeur admissible a le droit de recouvrer (qu'il fasse valoir ce droit ou non) . . . [Je souligne.]

Suit une liste de sources possibles de prestations, notamment une autre police d'assurance, une caisse d'indemnisation des créanciers de jugements inexécutés, tout régime d'indemnisation des victimes d'accidents (dont la Régie de l'assurance automobile du Québec) et tout régime d'indemnisation des accidents du travail. Si le demandeur a le droit de recevoir de telles prestations, celles-ci sont déduites de l'indemnité complémentaire, « qu'il fasse valoir ce droit ou non ».

Le montant potentiel qui pourrait être recouvré de l'auteur du délit n'est, bien sûr, pas exclu. C'est l'objet du risque. L'assureur peut être appelé à payer ce montant mais, le cas échéant, il ne doit pas être irrémédiablement empêché de faire ce qu'il peut pour récupérer le montant ainsi payé de l'auteur du délit qui est responsable en bout de ligne.

À mon avis, l'appelante n'avait pas assumé le risque de la perte totale des intimées, mais plutôt celui de leur perte réduite (du moins potentiellement) du fait de la cession en faveur de l'assureur de tous les moyens légitimes possibles d'obtenir un remboursement.

### C. *Indemnité et subrogation*

À mon avis, l'affirmation que la police en cause constitue une police d'indemnisation trouve manifestement appui dans le raisonnement exposé par le



*Glynn v. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 1 O.R. 599, at p. 602 (citing *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1952), vol. 22, at pp. 180-81):

Most contracts of insurance [other than life insurance] belong to the general category of contracts of indemnity, in the sense that the liability of the insurers is limited to the actual loss which is in fact proved.

On appeal at [1963] 2 O.R. 705, at p. 717, Kelly J.A. stated:

In view of the interpretation I place upon the insuring agreement, namely, that it is a contract of indemnity, the doctrine of subrogation would apply as an incident to that contract being one of indemnity, and it would be unnecessary for the contract to contain a specific subrogation provision. . . .

The importance of subrogation in SEF 44, specifically, is reflected in clauses 9 and 10 which for ease of reference I reproduce:

#### 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).

#### 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.

Somewhat unusually, the right of subrogation under clause 9 arises as soon as the insured makes a claim. Generally, under s. 278(1) of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, a right of subrogation arises only when the insurer “makes any payment or assumes liability therefor”. The accelerated rights

juge Spence de la Haute Cour de l’Ontario (plus tard juge de notre Cour) dans *Glynn c. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 1 O.R. 599, p. 602 (citant *Halsbury's Laws of England* (3<sup>e</sup> éd. 1952), vol. 22, p. 180-181) :

[TRADUCTION] La plupart des contrats d’assurance [sauf l’assurance-vie] appartiennent à la catégorie générale des contrats d’indemnisation, en ce sens que la responsabilité des assureurs est limitée à la perte réelle effectivement prouvée.

En appel, [1963] 2 O.R. 705, p. 717, le juge Kelly a dit :

[TRADUCTION] Suivant mon interprétation de la convention d’assurance, à savoir qu’il s’agit d’un contrat d’indemnisation, la doctrine de la subrogation serait accessoire à sa nature de contrat d’indemnisation et il ne serait pas nécessaire qu’elle contienne une disposition qui prévoit expressément la subrogation . . .

L’importance accordée à la subrogation dans l’avenant SEF 44, en particulier, ressort des clauses 9 et 10 que je reproduis ici par souci de commodité :

[TRADUCTION]

#### 9. SUBROGATION

Sur présentation d’une demande d’indemnité en vertu du présent avenant, l’Assureur est subrogé dans les droits du demandeur admissible qui en est l’auteur et peut ester en justice au nom de cette personne contre l’automobiliste sous assuré et contre les personnes mentionnées à l’alinéa 4b).

#### 10. CESSION DES DROITS D’ACTION

Sur paiement d’une indemnité en application du présent avenant, l’Assureur a le droit d’obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d’action, qu’un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s’engage à coopérer avec l’Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d’action ainsi cédé.

Fait quelque peu exceptionnel, le droit de subrogation stipulé à la clause 9 prend naissance dès que l’assuré présente une demande d’indemnité. Règle générale, sous le régime du par. 278(1) de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, le droit de subrogation ne prend naissance que lorsque

under clause 9 signal the importance placed on the right of subrogation in general, and in particular on putting the insurer in charge of the claim over against the tortfeasor at the earliest practicable date. The duty of cooperation, which arises on payment, presupposes that the insurer at that time has carriage of the proceedings. All of this is inconsistent, in my view, with the view taken by the Court of Appeal in this case that the respondents' voluntary destruction of the potential subrogation interest had no adverse effect on their right to claim full indemnity under their insurance policy.

107 This conclusion, based on interpreting SEF 44 of the contract, is reinforced by the fundamental nature of indemnity insurance, a concept learnedly discussed by Kelly J.A. in *Glynn, supra*, at pp. 710 *et seq.*

108 Subrogation has deep roots in the law of insurance, reaching back, it seems, to Roman times: *John Edwards & Co. v. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249, at p. 252. It is now sometimes attributed to general common law principles: *Hobbs v. Marlowe*, [1978] A.C. 16 (H.L.), *per* Lord Diplock, at p. 39, but, more usually to doctrines of equity: *Ledingham, supra*, at pp. 336-37; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. v. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539 (C.A.), at para. 19; *Napier v. Hunter*, [1993] A.C. 713 (H.L.). One of the leading judgments regarding its scope is that of Brett L.J. in *Castellain v. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), whose words (at pp. 388-89) were approved and applied by Idington J. of this Court in *Guardian Assurance, supra*, at p. 571:

Now it seems to me that in order to carry out the fundamental rule of insurance law, this doctrine of subrogation must be carried to the extent which I am now about to endeavour to express, namely, that as between the underwriter and the assured the underwriter is entitled to the advantage of every right of the assured, whether such right consists in contract, fulfilled or unfulfilled, or in remedy for tort capable of being insisted on or already

l'assureur « effectue un paiement ou assume la responsabilité à cet effet ». Le droit anticipé que prévoit l'art. 9 met en lumière l'importance accordée au droit de subrogation en général et, en particulier, à la volonté de confier à l'assureur le contrôle de l'action en recouvrement contre l'auteur du délit dès que cela est matériellement possible. L'obligation de coopérer, qui prend naissance au moment du paiement, présuppose que l'assureur a alors la conduite de l'instance. Tous ces éléments sont incompatibles, à mon sens, avec le point de vue adopté par la Cour d'appel dans la présente instance, quand elle affirme que l'extinction volontaire par les intimés du droit de subrogation éventuel n'a pas eu d'effet défavorable sur leur droit de demander une indemnisation complète en application de leur police d'assurance.

Cette conclusion, basée sur l'interprétation de l'avenant SEF 44 du contrat, est renforcée par la nature fondamentale de l'assurance-indemnisation, concept qu'analyse savamment le juge Kelly dans *Glynn*, précité, p. 710 et suiv.

La subrogation a une origine très ancienne dans le droit des assurances, remontant, semble-t-il, au droit romain : *John Edwards & Co. c. Motor Union Insurance Co.*, [1922] 2 K.B. 249, p. 252. On la rattache maintenant parfois aux principes généraux de la common law : *Hobbs c. Marlowe*, [1978] A.C. 16 (H.L.), lord Diplock, p. 39, mais plus souvent aux doctrines de l'équité : *Ledingham*, précité, p. 336-337; *Colonial Furniture Co. (Ottawa) Ltd. c. Saul Tanner Realty Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 539 (C.A.), par. 19; *Napier c. Hunter*, [1993] A.C. 713 (H.L.). L'un des jugements de principe concernant sa portée a été rendu par le lord juge Brett dans *Castellain c. Preston* (1883), 11 Q.B.D. 380 (C.A.), dont les propos (aux p. 388-389) ont été approuvés et appliqués par le juge Idington de notre Cour dans *Guardian Assurance*, précité, p. 571 :

[TRADUCTION] Or il me semble que, pour respecter la règle fondamentale du droit des assurances, cette doctrine de la subrogation doit être étendue dans la mesure que je vais maintenant essayer de préciser, savoir que, entre l'assureur et l'assuré, l'assureur a le droit de tirer parti de chaque droit de l'assuré, qu'il réside dans un contrat, exécuté ou non, ou dans un recours délictuel susceptible d'être exercé ou déjà exercé, ou dans tout autre droit, par

insisted on, or in any other right, whether by way of condition or otherwise, legal or equitable, which can be, or has been exercised or has accrued, and whether such right could or could not be enforced by the insurer in the name of the assured by the exercise or acquiring of which right or condition the loss against which the assured is insured, can be, or has been diminished. [Emphasis added.]

Brett L.J., in the original, added the following:

That seems to me to put this doctrine of subrogation in the largest possible form, and if in that form, large as it is, it is short of fulfilling that which is the fundamental condition, I must have omitted to state something which ought to have been stated. But it will be observed that I use the words “of every right of the assured.” I think that the rule does require that limit.

The passage quoted by Idington J. was more recently cited with approval by the House of Lords in *Napier, supra*, in the leading opinion of Lord Templeman at p. 734.

In *Johnson, supra*, one of the decisions principally relied upon in this case by the Ontario Court of Appeal, I note that potential impact of his decision on rights of subrogation was one of the concerns expressed in the majority judgment of Morden J.A. at p. 608:

The reservation that I expressed about [direct action against the insurer] is primarily based on the concern that a claim confined to the direct-action route could result in the insurer’s subrogation rights being frustrated. . . .

In *Johnson* itself, the insurer’s rights of subrogation were not affected because the insured was the plaintiff in an ongoing action against the tortfeasor which had been commenced in a timely way.

The concern about preservation of rights of subrogation was picked up in *Beausoleil v. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), where Grange J.A. noted that in that case, too, the rights of the insurer had been preserved (p. 760).

The need to bring the insurer into the picture at the earliest practicable date is reflected in clause 6 of SEF 44 which requires *prompt* notice of the accident and any claims in respect thereof to the insurer.

le jeu d’une condition ou autrement, en common law ou en equity, et qui peut être ou a été exercé ou qui a été acquis, et que ce droit puisse ou non être exercé par l’assureur au nom de l’assuré lorsque l’exercice ou l’acquisition de ce droit ou de cette condition peut réduire ou a effectivement réduit la perte contre laquelle l’assuré est protégé. [Je souligne.]

Le lord juge Brett ajoute, dans l’original :

[TRADUCTION] Voilà qui, à mon sens, constitue la formulation la plus large possible de cette doctrine de la subrogation et si, aussi largement exprimée, elle ne remplit pas la condition fondamentale, j’ai dû omettre quelque chose qui aurait dû s’y trouver. Mais l’on observera que j’ai employé les mots « chaque droit de l’assuré ». Je pense que la règle commande cette limite.

Le passage cité par le juge Idington a été repris et approuvé plus récemment par la Chambre des lords dans *Napier*, précité, dans le jugement de principe de lord Templeman, à la p. 734.

Je remarque que, dans l’arrêt *Johnson*, précité, qui est une des décisions sur lesquelles la Cour d’appel s’est principalement appuyée en l’espèce, l’effet possible sur les droits de subrogation était l’un des sujets d’inquiétude exprimés dans le jugement majoritaire du juge Morden, à la p. 608 :

[TRADUCTION] La réserve que j’ai exprimée [à l’égard d’une action directe contre l’assureur] repose avant tout sur la crainte qu’une demande limitée à la voie de l’action directe puisse faire échec aux droits de subrogation de l’assureur . . .

Dans *Johnson*, les droits de l’assureur sont demeurés intacts car l’assuré s’était porté demandeur dans une action en instance intentée contre l’auteur du délit dans le délai prescrit.

Le souci de préserver les droits de subrogation a été réitéré dans *Beausoleil c. Canadian General Insurance Co.* (1992), 8 O.R. (3d) 754 (C.A.), où le juge Grange a fait remarquer que, dans cette affaire aussi, les droits de l’assureur avaient été préservés (p. 760).

La nécessité de faire intervenir l’assureur le plus tôt possible trouve écho dans la clause 6 de l’avenant SEF 44 qui exige que l’assureur soit informé *promptement* de tout accident et de toute demande d’indemnité relative à l’accident.

109

110

111

112

113 The foregoing analysis is, I think, consistent with the approach to inadequately insured motorist coverage taken by the Alberta Court of Appeal in *Nielsen, supra*, where, as here, the insured had released the tortfeasor prior to making a claim against her own insurer. Côté J.A., for the court, stated at para. 2:

Now the appellant claims against her Alberta insurer under the SEF 44 endorsement for under-insured motorists. It promises to pay such amount as the appellant insured “is legally entitled to recover” from the tortfeasor. By signing a release, she has eliminated any excess. The release limits the amount she is “legally entitled to recover”. Therefore, the order appealed from is correct, her appeal fails, and it is not necessary to pursue questions of subrogation or noncooperation.

114 Similarly, in *Fogarty v. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (Alta. Q.B.), the court dismissed the claim by an insured under SEF 42 (a predecessor to SEF 44) because her claim against the tortfeasor was barred by expiry of the limitation period. To the same effect is the Ontario trial level decision of O’Leary J. in *Khederlarian v. Safeco Insurance Co.*, Ont. Ct. (Gen. Div.), June 16, 1992, who held:

The plaintiffs are not now, “legally entitled to recover damages” from the uninsured driver. They lost that entitlement by not bringing action against him within 2 years.

115 My colleague Iacobucci J. states at para. 50 that the underlying objectives of subrogation are “to ensure (i) that the insured receives no more and no less than a full indemnity, and (ii) that the loss falls on the person who is legally responsible for causing it”. He continues:

Consequently, if there is no danger of the insured’s being overcompensated and the tortfeasor has exhausted his or her capacity to compensate the insured there is no reason to invoke subrogation.

116 There is not a tittle of evidence about the tortfeasor’s “capacity to compensate the insured” in this case. Nor is there any evidence that whatever

L’analyse qui précède est conforme, selon moi, au point de vue exprimé par la Cour d’appel de l’Alberta au sujet des automobilistes sous assurés dans *Nielsen*, précité. Dans cette affaire, l’assuré avait, comme en l’espèce, donné quittance à l’auteur du délit avant de présenter une demande d’indemnité à son propre assureur. S’exprimant au nom de la cour, le juge Côté dit, au par. 2 :

[TRADUCTION] L’appelante fait maintenant valoir contre son assureur albertain l’avenant SEF 44 relatif aux automobilistes sous assurés. Cet avenant est un engagement à payer le montant que l’appelante assurée « a le droit de recouvrer » de l’auteur du délit. En signant la quittance, elle a exclu tout excédent. La quittance limite le montant qu’elle a « le droit de recouvrer ». Par conséquent, l’ordonnance portée en appel est bien fondée, son appel doit être rejeté et il n’est pas nécessaire d’examiner les questions de subrogation et de non-coopération.

De la même façon, dans *Fogarty c. Co-operators Group Ltd.*, [1990] I.L.R. ¶ 1-2545 (B.R. Alb.), la cour a rejeté la demande d’indemnité d’un assuré fondée sur l’avenant SEF 42 (version antérieure de l’avenant SEF 44), parce que sa réclamation contre l’auteur du délit était prescrite. Le juge de première instance O’Leary de la Haute Cour de l’Ontario arrive à la même conclusion dans la décision *Khederlarian c. Safeco Insurance Co.*, C. Ont. (Div. gén.), 16 juin 1992 :

[TRADUCTION] Les demandeurs n’ont plus « le droit de recouvrer des dommages-intérêts » du conducteur non assuré. Ils ont perdu ce droit en n’engageant pas l’action contre lui dans le délai de deux ans.

Mon collègue, le juge Iacobucci, affirme, au par. 50, que les objectifs sur lesquels repose la théorie de la subrogation consistent à « garantir (i) que l’assuré ne recevra ni plus ni moins qu’une indemnisation complète et (ii) que c’est la personne qui est juridiquement responsable de la perte qui la supportera ». Il enchaîne en disant :

En conséquence, s’il n’existe aucun risque de surindemnisation de l’assuré et si la capacité de l’auteur du délit d’indemniser l’assuré a été épuisée, il n’existe aucune raison d’invoquer la subrogation.

En l’espèce, il n’existe pas l’ombre d’une preuve de « la capacité de l’auteur du délit d’indemniser l’assuré ». La preuve est aussi muette sur la

capacity existed has been “exhausted”. Nor is there evidence to support my colleague’s statement in para. 52 that “the appellant appears to have suffered no real loss as a result of its inability to be subrogated”. All we know is that Friedman himself, the tortfeasor, contributed nothing out of his own pocket to the settlement. The \$200,000 was contributed by his underinsurer. The approach to subrogation adopted by my colleague centres on the insured to the virtual exclusion of the concerns of the other party to the policy, the appellant insurer, and pays insufficient attention to the mutuality of the insurance contract. More curiously, it squarely contradicts my colleague’s second objective of subrogation, namely to ensure that “the loss falls on the person who is legally responsible for causing it”.

My colleague suggests at para. 51 the existence of a “widely held view . . . that subrogation rights are of near-negligible value to insurers generally”. The insurance industry does not, I think, spend millions of dollars a year pursuing subrogated claims out of an academic interest in avoidance of over-compensation of insureds or a morality crusade against wrongdoers. They do so in the expectation of recovering a significant portion of their losses from wrongdoers to reduce their overall loss experience on which the calculation of premiums is ultimately based. If subrogation litigation were of “near-negligible value” the insurers, being professional in these matters, would not engage in it. A risk with recourse against the wrongdoer is different than a risk without such recourse. It is the former risk that was accepted by the appellant in this case, but it is the latter risk that is being imposed upon it by the Court’s judgment.

Although the right of subrogation cannot be exercised until payment is made, it is a contingent right that vests at the time the policy is entered into:

question de savoir si cette capacité, le cas échéant, a été « épuisée ». Aucun élément de preuve n’étaye non plus la constatation faite par mon collègue, au par. 52, que « l’appelante ne semble avoir subi aucune perte réelle du fait qu’elle ne peut être subrogée ». Tout ce que nous savons, c’est que M. Friedman lui-même, qui est l’auteur du délit, n’a pas versé un sou dans le cadre du règlement. C’est son assureur qui a payé la somme de 200 000 \$. La façon dont mon collègue aborde la question de la subrogation met l’accent sur l’assuré, en ne tenant pratiquement aucun compte de l’autre partie, l’assureur appelant, et n’accorde pas assez d’attention au caractère réciproque de ce contrat. Ce qui est encore plus étonnant, elle va à l’encontre du deuxième objectif de la subrogation énoncé par mon collègue, qui consiste à garantir « que c’est la personne qui est juridiquement responsable de la perte qui la supportera ».

Mon collègue laisse entendre, au par. 51, qu’il existerait une « opinion très répandue [. . .] voulant que les droits de subrogation aient une valeur pratiquement négligeable pour les assureurs ». Pour ma part, je ne crois pas que l’industrie des assurances dépense des millions de dollars chaque année pour exercer ses droits de recours par subrogation simplement dans le but abstrait d’éviter de surindemniser les assurés ou pour mener une croisade contre les auteurs de délits au nom de la moralité. Elle se donne cette peine parce qu’elle espère recouvrer des auteurs des délits une part importante du montant des sinistres afin d’améliorer globalement ses résultats techniques, en fonction desquels elle fixe ses primes. Si les procédures judiciaires par subrogation avaient une « valeur pratiquement négligeable », les assureurs, qui sont des professionnels en la matière, s’abstiendraient d’engager pareilles procédures. Un risque assorti d’un recours contre l’auteur du délit n’est pas comparable à un risque non assorti d’un tel recours. C’est le premier type de risque que l’appelant a accepté d’assumer en l’espèce, et c’est le deuxième qui lui est imposé par l’arrêt de notre Cour.

Bien que le droit de subrogation ne puisse être exercé qu’après le paiement de l’indemnité, il s’agit d’un droit conditionnel qui prend naissance dès la



*MacGillivray on Insurance Law* (9th ed. 1997), at paras. 22-28, p. 542; *John Edwards, supra*, at p. 254. My colleague contends at para. 52 that “[a]bsent any evidence of actual or probable loss, insurers should not be allowed to raise an alleged breach of subrogation rights in order to bar a claim made in good faith by the insured”. My colleague seems to suggest that proof of actual damage is a condition precedent to the insurer’s ability to consider itself relieved from performance of a reciprocal term of the contract. However, it is trite law that the breach of contract, unlike a tort, may be complete irrespective of whether damages occur or can be proven. Clause 10 of SEF 44 imposes no such condition precedent. It reads (to repeat):

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.

119 There is nothing here that requires the insurer first to prove the tortfeasor has substantial personal assets before it is entitled to an assignment of “all rights of action”. For the Court now to add the requirement that an insurer denied subrogation must prove that the denial did in fact result in “actual or probable loss” ignores the wording of SEF 44 and introduces unnecessary uncertainty in its day-to-day application.

#### D. *The Insured’s Right of Direct Action*

120 The Ontario Court of Appeal in this case distinguished the Alberta line of authority on the basis that Alberta’s SEF 42 did not expressly provide for a right of “direct action” by the insured against the insurer. (I note parenthetically, however, that the Alberta courts permit such a direct action as a matter of contract law prior to any judgment in tort being obtained against the wrongdoer: *Birtles v. Dominion*

signature de la police : *MacGillivray on Insurance Law* (9<sup>e</sup> éd. 1997), par. 22-28, p. 542; *John Edwards, précité*, p. 254. Mon collègue avance, au par. 52, qu’« [e]n l’absence de preuve d’une perte réelle ou probable, les assureurs ne doivent pas être autorisés à soulever une présumée atteinte à leurs droits de subrogation pour faire échec à une demande d’indemnité présentée de bonne foi par l’assuré ». Mon collègue semble suggérer que la preuve d’un dommage réel constitue une condition préalable à laquelle l’assureur doit satisfaire pour pouvoir se soustraire à l’exécution d’une stipulation réciproque du contrat. Pourtant, c’est un principe élémentaire en droit qu’un manquement contractuel, contrairement à un délit, peut être complet peu importe qu’un dommage puisse être établi ou soit survenu. La clause 10 de l’avenant SEF 44 n’impose pas pareille condition préalable. Voici, encore une fois, ce qu’elle prévoit :

Sur paiement d’une indemnité en application du présent avenant, l’Assureur a le droit d’obtenir du demandeur admissible, en contrepartie de ce paiement, cession de tous les droits d’action, qu’un jugement ait été obtenu ou non; le demandeur admissible s’engage à coopérer avec l’Assureur, sauf sur le plan pécuniaire, dans la poursuite de toute action par subrogation ou de tout droit d’action ainsi cédé.

En l’espèce, rien n’oblige l’assureur à prouver que l’auteur du délit possède des éléments d’actif personnels importants pour avoir droit à la cession de « tous les droits d’action ». L’imposition, par la Cour, d’une nouvelle exigence selon laquelle l’assureur dont on nie le droit à la subrogation doit d’abord prouver qu’il encourt de ce fait une « perte réelle ou probable » fait fi du libellé de l’avenant SEF 44 et créera inutilement de l’incertitude quant à son application pratique quotidienne.

#### D. *Le droit d’action directe de l’assuré*

La Cour d’appel de l’Ontario a estimé que la présente espèce était différente des cas examinés dans la jurisprudence albertaine, car l’avenant SEF 42 en Alberta ne prévoyait pas expressément de droit « d’action directe » de l’assuré contre l’assureur. (Je ferai cependant observer en passant que les tribunaux albertaines autorisent l’introduction d’une action directe fondée sur le droit des contrats avant



of *Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.), at p. 204.)

Ontario Regulation 535 provides for a direct action in s. 4(1)(c), as follows:

4. — (1) The determination as to whether the person insured under the contract is legally entitled to recover damages and, if so entitled, the amount thereof shall be determined,

(a) by agreement between the person insured under the contract and the insurer;

(b) at the request of the person insured under the contract, and with the consent of the insurer, by arbitration. . . .

(c) by a court of competent jurisdiction in Ontario in an action brought against the insurer by the person insured under the contract, and unless the determination has been previously made in a contested action by a court of competent jurisdiction in Ontario, the insurer may include in its defence the determination of liability and the amount thereof. [Emphasis added.]

(Schedule to the policy prescribed by *Revised Regulations of Ontario, 1980*, Reg. 535 (now R.R.O. 1990, Reg. 676))

Regulation 535 clearly authorizes direct action against the insurer without first proceeding to judgment against the tortfeasor: *Barton v. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282 (C.A.), at p. 287; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133 (Ont. C.A.), at p. 135. However, for the reasons previously stated, my view is that the right of the insurer to contest “liability and the amount thereof” includes the defence that the insured is not “legally entitled to recover” any further amount from the tortfeasor at the time the insurance claim is made.

In *Johnson, supra*, the Ontario Court of Appeal rightly rejected the insurance company’s argument that a direct action must be commenced within two years of the accident. In that case the plaintiffs had initiated an action against an underinsured motorist within the two-year limitation under the *Highway*

le prononcé de tout jugement en responsabilité civile délictuelle contre l’auteur du délit : *Birtles c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.), p. 204.)

Le Règlement de l’Ontario 535 prévoit une action directe à l’al. 4(1)c) :

[TRADUCTION]

4. — (1) La question de savoir si l’assuré a le droit de recouvrer des dommages-intérêts et, dans l’affirmative, quel en est le montant, est tranchée, selon le cas :

a) par entente entre la personne assurée par le contrat et l’assureur;

b) à la demande de la personne assurée par le contrat et avec le consentement de l’assureur, par arbitrage . . .

c) par une cour compétente en Ontario dans une action intentée contre l’assureur par la personne assurée par le contrat, et l’assureur peut inclure dans sa défense la question de la responsabilité et du montant de celle-ci, sauf si une cour compétente en Ontario s’est déjà prononcée à cet égard dans le cadre d’une action contestée. [Je souligne.]

(Annexe de la police prescrite par le Règl. 535 des *Règlements refondus de l’Ontario de 1980* (maintenant R.R.O. 1990, Règl. 676))

Il est clair que le Règlement 535 permet d’intenter une action directe contre l’assureur sans obtenir au préalable un jugement contre l’auteur du délit : *Barton c. Aitchison* (1982), 39 O.R. (2d) 282 (C.A.), p. 287; *Re Pitts Insurance Co.* (1982), 44 C.B.R. (N.S.) 133 (C.A. Ont.), p. 135. Toutefois, pour les motifs exposés précédemment, je suis d’avis que le droit de l’assureur de contester « la responsabilité et [le] montant de celle-ci » englobe le moyen de défense portant que l’assuré n’a « le droit de recouvrer » aucun autre montant de l’auteur du délit à la date où il présente sa demande d’indemnité.

Dans l’arrêt *Johnson*, précité, la Cour d’appel de l’Ontario a repoussé à bon droit l’argument de la compagnie d’assurance voulant qu’une action directe doive être intentée dans un délai de deux ans suivant un accident. Dans cette affaire, les demandeurs avaient intenté une action contre

121

122

123

*Traffic Act*. Subsequently, after the expiry of the two-year limitation in tort, the plaintiffs purported to add their insurance company under the inadequately insured motorist endorsement. The trial judge held that the insured was required to commence action against his insurance company within the two-year tort limitation period and dismissed the action against the insurer. This was reversed by the Ontario Court of Appeal, correctly in my view, on the basis that the insured was not suing the insurer in tort but in contract and the limitation period with respect to his contractual claim did not begin to run until after all the material facts constituting its direct cause of action under SEF 44 were known to the insured.

l'automobiliste sous assuré dans le délai de deux ans prévu par le *Code de la route*. Par la suite, après l'expiration du délai de prescription de deux ans applicable à la responsabilité civile délictuelle, ils ont voulu joindre leur compagnie d'assurance à l'instance en application de l'avenant de sous-assurance des tiers. Le juge de première instance a statué que l'assuré était tenu d'engager une action contre sa compagnie d'assurance dans le délai de prescription de deux ans et a rejeté l'action contre l'assureur. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé sa décision, à bon droit à mon avis, au motif que la poursuite intentée par l'assuré contre l'assureur ne s'appuyait pas sur la responsabilité délictuelle, mais sur la responsabilité contractuelle, et que le délai de prescription de l'action contractuelle ne commençait à courir que lorsque l'assuré avait connaissance de tous les faits importants constituant sa cause d'action directe fondée sur l'avenant SEF 44.

124 A direct claim against the insurance company, according to Morden J.A. at p. 608, is a separate cause of action, the elements of which are:

Selon l'opinion du juge Morden, exprimée à la p. 608, une réclamation directe contre la compagnie d'assurance constitue une cause d'action distincte, dont voici les éléments :

(1) a person insured (2) who is [i.e., present tense] *legally entitled to recover damages* from the owner or driver of (3) an uninsured or unidentified automobile. [Emphasis added.]

[TRADUCTION]

(1) une personne assurée (2) qui a [noter le présent de l'indicatif] *le droit de recouvrer des dommages-intérêts* du propriétaire ou du conducteur (3) d'une automobile non assurée ou non identifiée. [Je souligne.]

125 The "cause of action accrues when the plaintiff (the person insured) has discovered these material facts or ought to have discovered them by the exercise of reasonable diligence" (*Johnson, supra*, at pp. 608-9). The relevant date to establish the cause of action against the insurer is the date the action is instituted against the insurer, not (despite the respondents' argument) at the earlier date when the accident occurred. That, indeed, is the whole point of Morden J.A.'s judgment.

La [TRADUCTION] « cause d'action prend naissance lorsque ces faits importants viennent à la connaissance du demandeur (la personne qui a subi le préjudice) ou lorsqu'il aurait dû les découvrir en faisant preuve d'une diligence raisonnable » (*Johnson, précité*, p. 608-609). La date pertinente pour établir la cause d'action contre l'assureur est celle de l'introduction de l'action contre l'assureur et non (malgré l'argument des intimées) la date antérieure à laquelle l'accident s'est produit. C'est là, de fait, l'élément décisif du jugement du juge Morden.

126 In his concurring judgment in *Johnson, supra*, Finlayson J.A. is even more explicit at p. 616 that "[i]f there is no 'legal entitlement to recover damages' with respect to the uninsured automobile, there can be no recourse against the insurer under s. 4(1)(c) of the Schedule". He differed from

Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Johnson, précité*, le juge Finlayson emploie des termes encore plus explicites à la p. 616 : [TRADUCTION] « en l'absence de tout "droit de recouvrer des dommages-intérêts" relativement à l'automobile non assurée, aucun recours fondé sur

Morden J.A. only in that in his view the cause of action against the insurer did not arise until “the insurer denies liability or the insured knows or ought to know that his claim will not be honoured” (p. 617).

The more problematic case is *Chambo*, *supra*. There, unlike *Johnson*, the plaintiff did not commence his action against the underinsured motorist until after expiry of the two-year limitation. The insurer took the position that its subrogated rights against the tortfeasor were thereby prejudiced, and it was justified in refusing the claim. The trial judge agreed. The action was therefore dismissed against the insurer. On appeal, the court held that the elimination of the insurers’ claim over against the tortfeasor was no defence. Osborne J.A. stated as follows (at p. 312):

It seems to me that in *Johnson v. Wunderlich*, Morden J.A. stated in unambiguous terms that in a direct action against the insurer, the words “legally entitled to recover damages”, in the context of the uninsured motorist coverage, require the insured person to establish only that the uninsured motorist is at fault and the amount of the insured person’s damages.

With respect, *Chambo* was a considerable and unjustified extension of *Johnson*. In the latter case the insured had preserved a subrogated claim against the tortfeasor by commencing an action within the limitation period. In *Chambo*, by contrast, the subrogated claim was lost. I agree with Osborne J.A. that it was open to the insured to bring a “direct action” against the insurer, but I think it was also open to the insurer to raise the defence that the insured was no longer “legally entitled to recover” damages from the tortfeasor within the terms of SEF 44.

With all due respect, I do not agree with the view taken by the Ontario Court of Appeal in *Chambo*

l’al. 4(1)c) de l’annexe ne peut être exercé contre l’assureur ». Les opinions de ce dernier et du juge Morden ne divergent que lorsqu’il déclare que la cause d’action contre l’assureur ne prend naissance qu’[TRADUCTION] « au moment où l’assureur nie toute responsabilité ou au moment où l’assuré sait ou devrait savoir que sa demande d’indemnité ne sera pas accueillie » (p. 617).

La décision qui fait le plus problème est *Chambo*, précitée. Dans cette affaire, contrairement à ce qui s’est passé dans *Johnson*, le demandeur n’a intenté son action contre l’automobiliste sous assuré qu’une fois le délai de prescription de deux ans écoulé. L’assureur prétendait avoir été lésé dans ses droits de subrogation contre l’auteur du délit, ce qui justifiait son rejet de la réclamation. Le juge de première instance lui a donné raison. L’action contre l’assureur a donc été rejetée. En appel, la cour a décidé que l’extinction du droit de recouvrement de l’assureur contre l’auteur du délit ne constituait pas un moyen de défense. Le juge Osborne a dit ce qui suit (à la p. 312) :

[TRADUCTION] Il me semble que dans *Johnson c. Wunderlich*, le juge Morden a dit en termes non équivoques que dans une action directe contre l’assureur, les mots « le droit de recouvrer des dommages-intérêts », dans le contexte de la garantie non-assurance des tiers, exigent que l’assuré établisse seulement la faute de l’automobiliste non assuré et le montant du dommage subi par l’assuré.

À mon humble avis, l’arrêt *Chambo* étend considérablement et de façon injustifiée la portée de la décision *Johnson*. Dans celle-ci, l’assuré avait préservé le droit de recours par subrogation contre l’auteur du délit en intentant une action avant l’expiration du délai de prescription. Dans *Chambo*, au contraire, le droit de recours par subrogation s’était éteint. Je suis d’accord avec le juge Osborne pour dire qu’il était loisible à l’assuré d’intenter une « action directe » contre l’assureur, mais je crois qu’il était aussi loisible à l’assureur de faire valoir en défense que l’assuré n’avait plus « le droit de recouvrer » des dommages-intérêts de l’auteur du délit au sens de l’avenant SEF 44.

Je ne partage pas l’opinion exprimée par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Chambo* et dans la

127

128

129

and in the present case that conferral of a right of “direct action” provided by s. 4(1)(c) of Regulation 535, a procedural provision, governs the interpretation of the risk accepted by the insurer. It is true that s. 4(1)(c) takes away the right of the insurance company to say that a direct claim is “premature” because the litigation between the insured and the third party tortfeasor has not been pursued to completion. At the same time, however, I do not see how a procedural section such as 4(1)(c) can alter the contractual risk undertaken by the insurance company under SEF 44. Whether the amount to which the respondents are legally entitled is resolved under Regulation 535 by agreement or arbitration or direct action in court, the amount is nevertheless determined by the insurance contract itself, and in this case the terms of SEF 44 themselves speak in the present tense of “is legally entitled to recover” and explicitly make subrogation part of the package accepted by both parties to the insurance contract.

130 If the insured has prejudiced the subrogation rights of the insurer then this defence should be open to the insurer whether it is pleaded against the insured in a direct action or otherwise.

131 Counsel for the respondents also placed a good deal of reliance on *Burns v. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.) decided shortly after *Chambo*, but I do not see that this decision helps him. In that case, the Ontario courts were careful to rectify a release to preserve the insurer’s rights of subrogation against the tortfeasor. If, as the respondents contend, loss of the rights of subrogation are of no consequence in a direct action against the insurer, it is difficult to see why the courts were at pains to rectify the release to enable the subrogation action to proceed.

#### E. *The American Authorities*

132 The respondents rely on the American cases of *Transnational Insurance Co. v. Simmons*, 507 P.2d 693 (Ariz. Ct. App. 1973), and *DeLuca v. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d

présente espèce, à savoir que l’attribution d’un droit d’« action directe » à l’al. 4(1)(c) du Règlement 535, qui est une disposition de nature procédurale, régit l’interprétation du risque que l’assureur a accepté d’assumer. Il est vrai que l’al. 4(1)(c) prive la compagnie d’assurance du droit de plaider qu’une réclamation directe est « prématurée » parce que le litige entre l’assuré et le tiers auteur du délit n’est pas terminé. Par contre, je ne vois pas comment une disposition de nature procédurale comme l’al. 4(1)(c) pourrait modifier le risque que la compagnie d’assurance s’est engagée contractuellement à couvrir au moyen de l’avenant SEF 44. Que le montant auquel ont droit les intimées soit établi en vertu du Règlement 535 par entente, arbitrage ou action directe en justice, il reste qu’il est déterminé par le contrat d’assurance même et, en l’espèce, l’avenant SEF 44 emploie le présent de l’indicatif (« a le droit de recouvrer ») et stipule explicitement que la subrogation fait partie de la convention globale à laquelle les deux parties au contrat d’assurance ont souscrit.

Si l’assuré a porté atteinte aux droits de subrogation de l’assureur, alors ce dernier devrait pouvoir opposer ce moyen de défense à l’assuré, dans le cadre d’une action directe ou autrement.

L’avocat des intimées s’est également appuyé dans une large mesure sur la décision *Burns c. Ferri* (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.), qui a suivi de peu l’arrêt *Chambo*, mais je ne vois pas de quel secours elle lui serait. Dans cette affaire, les tribunaux ontariens ont pris soin de corriger une quittance pour préserver les droits de subrogation de l’assureur contre l’auteur du délit. Si, comme le soutiennent les intimées, la perte des droits de subrogation n’a aucune incidence dans une action directe contre l’assureur, on comprend mal pourquoi les tribunaux se sont donné la peine de corriger la quittance pour permettre le déroulement de l’action par subrogation.

#### E. *La jurisprudence américaine*

Les intimées s’appuient sur les précédents américains *Transnational Insurance Co. c. Simmons*, 507 P.2d 693 (Ariz. Ct. App. 1973), et *DeLuca c. Motor Vehicle Accident Indemnification Corp.*, 215 N.E.2d

482 (N.Y. 1966) for the proposition that under comparable uninsured motorist coverage in at least some of the United States, failure by the insured to protect his or her rights against a tortfeasor affords no defence in a direct action against the insurance company. My colleague, Iacobucci J., suggests that we adopt the majority view (para. 34) reached in various U.S. jurisdictions. I have not undertaken a nose count of the American courts, but their decisions, like ours, are tied to the particular text of their respective policies. In neither the *Transnational Insurance* nor *DeLuca* cases did the insurance policies at issue contain explicit reference to subrogation rights. In *Allstate Insurance Co. v. Skeeters*, 846 F.2d 932 (4th Cir. 1988), on the other hand, where the insurance policy in issue made direct reference to the subrogation interest of the insurer, it was held that a settlement agreement entered into by the insured without the agreement of the insurer defeated the latter's subrogation interest and thereby provided the insurance company with a complete defence to the claims under the policy. None of these cases is on all fours with SEF 44 and I think we must interpret the Ontario insurance provision in accordance with our own canons of interpretation.

#### F. *Reopening the Limits Agreement*

In oral argument, respondents' counsel suggested that the insurer could move to set aside the Limits Agreement under s. 278(6) of the Ontario *Insurance Act*, which provides:

278. . . .

(6) A settlement or release given before or after an action is brought does not bar the rights of the insured or the insurer, as the case may be, unless they have concurred therein.

However, this provision must be read in light of the other provisions of s. 278 which govern the subrogation rights of insurers in Ontario. Section 278(1) provides that

[a]n insurer who makes any payment or assumes liability therefor under a contract is subrogated to all rights of

482 (N.Y. 1966), pour affirmer qu'en matière de garantie non-assurance des tiers, dans au moins quelques États des États-Unis, l'omission de l'assuré de préserver ses droits contre l'auteur du délit ne constitue pas un moyen de défense dans une action directe contre la compagnie d'assurance. Mon collègue le juge Iacobucci propose que nous adoptions le point de vue majoritaire (par. 34) exprimé dans différents ressorts des États-Unis. Je ne me suis pas donné la peine de faire le compte des tribunaux américains, mais leurs décisions sont, comme les nôtres, liées au texte particulier des polices pertinentes. Ni dans *Transnational Insurance* ni dans *DeLuca* les polices en cause ne faisaient expressément mention des droits de subrogation. En revanche, dans *Allstate Insurance Co. c. Skeeters*, 846 F.2d 932 (4th Cir. 1988), où la police d'assurance en cause mentionnait expressément le droit de subrogation de l'assureur, la cour a décidé qu'un règlement amiable conclu par l'assuré sans l'assentiment de l'assureur privait celui-ci de son droit de subrogation et représentait de ce fait pour la compagnie d'assurance un moyen de défense complet contre les demandes d'indemnité fondées sur la police. Aucune de ces affaires ne présente d'analogie parfaite avec l'aveant SEF 44 et je pense que nous devons interpréter la disposition d'assurance ontarienne conformément à nos propres règles d'interprétation.

#### F. *La réouverture de la convention de limitation*

Dans sa plaidoirie, l'avocat des intimées a fait valoir que l'assureur pourrait demander que soit annulée la convention de limitation en vertu du par. 278(6) de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, qui dispose :

278 . . .

(6) Un règlement conclu ou une quittance donnée avant ou après l'introduction de l'action ne fait pas obstacle aux droits de l'assuré ou de l'assureur, selon le cas, à moins qu'ils n'aient donné leur consentement à cet effet.

Toutefois, cette disposition doit être rapprochée des autres dispositions de l'art. 278 qui régissent les droits de subrogation en Ontario. Le paragraphe 278(1) dispose :

L'assureur qui effectue un paiement ou assume la responsabilité à cet effet en vertu d'un contrat est subrogé à tous

133

134



recovery of the insured against any person and may bring action in the name of the insured to enforce those rights. [Emphasis added.]

The various subsections of s. 278 deal with the procedure to be followed in conducting a subrogated claim, e.g., whether the insured or the insurer has carriage of the litigation, division of proceeds, etc. Given its legislative context, s. 278(6) has been interpreted to apply only once the insurer has paid or assumed liability to pay an amount to the insured. In *Biafore v. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409 (Div. Ct.), Estey C.J.H.C. stated that (at p. 410)

both practicality and the balanced reading of [s. 278(1) and (6)] require the interpretation of the section to mean that the effective right of subrogation cannot be destroyed by the execution after payment of a release by the insured alone. [Emphasis added.]

See also *Toronto Hydro-Electric Commissioners v. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539 (Co. Ct.), and *Burns v. Ferri* (1992), 8 O.R. (3d) 11 (Gen. Div.), reversed on other grounds (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.).

135 In my view, s. 278(6) is intended to protect the interests of an insurer who has paid or assumed liability for payment to the insured. It does not limit the ability to settle an action of a plaintiff who has not claimed (and may never claim) against the insurer.

136 At the time the respondents in this case entered into the Limits Agreement, they had made no claim against their insurer. They were free to conduct the litigation, or release the tortfeasor, as they saw fit. To allow an insurer who had no interest at the time to come along years after the settlement to contest the validity of the Limits Agreement would only contribute uncertainty to the settlement process and undermine the finality of litigation.

les droits de recouvrement que l'assuré possède contre toute personne et peut intenter une action au nom de l'assuré pour faire valoir ces droits. [Je souligne.]

Les divers paragraphes de l'art. 278 traitent de la procédure applicable à l'action intentée par l'assureur subrogé; par exemple, ils déterminent qui de l'assureur ou de l'assuré a la conduite de l'action, comment est partagé le montant recouvré, etc. Vu le contexte dans lequel il s'insère, le par. 278(6) a été interprété comme s'appliquant seulement à l'assureur qui a payé un montant à l'assuré ou assumé la responsabilité à cet effet. Dans *Biafore c. Bates-Pasis Leasing Inc.* (1976), 11 O.R. (2d) 409 (C. div.), le juge Estey, juge en chef de la Haute Cour, dit ceci (à la p. 410) :

[TRADUCTION] . . . tant les considérations pratiques que l'analyse pondérée des [par. 278(1) et (6)] commandent que l'article soit interprété comme signifiant que la signature après paiement d'une quittance par l'assuré seul ne peut emporter l'extinction du véritable droit de subrogation. [Je souligne.]

Voir aussi les décisions *Toronto Hydro-Electric Commissioners c. Budget Car Rental Toronto Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 539 (C. cté), et *Burns c. Ferri* (1992), 8 O.R. (3d) 11 (Div. gén.), infirmée pour d'autres motifs (1994), 16 O.R. (3d) 569 (C.A.).

À mon avis, le par. 278(6) est censé protéger les intérêts d'un assureur qui a versé une indemnité à l'assuré ou assumé la responsabilité à cet égard. Il ne limite pas la capacité de régler une action d'un demandeur qui n'a pas présenté (et peut ne jamais présenter) une demande d'indemnité contre l'assureur.

Au moment où les intimées en l'espèce ont conclu leur convention de limitation, elles n'avaient présenté aucune demande d'indemnité à leur assureur. Elles étaient libres d'engager une action ou de donner quittance à l'auteur du délit, à leur gré. Permettre à l'assureur qui n'avait aucun intérêt à l'époque de venir plusieurs années après le règlement contester la validité de la convention de limitation ne ferait qu'insérer un élément d'incertitude dans le processus de règlement et porter atteinte au caractère définitif des instances.

### V. Conclusion

I do not think the consumer-oriented approach formulated in *July, supra*, permits us to rewrite the risk which the insurance company accepted under SEF 44, namely the net loss after potential rights of subrogation had been exhausted.

Nor do I believe it is unduly burdensome to require the respondents to have exercised a level of diligence in keeping alive their rights against the tortfeasor that would be expected of them in conducting their affairs in their own interest. After all, prior to making the claim against the appellant, they *were* acting on their own account, and it is not unfair that they now be held responsible for the consequences of the Limits Agreement they freely entered into.

### VI. Disposition

In my view, the appeal should be allowed with costs.

*Appeal dismissed, MAJOR and BINNIE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Dutton, Brock, MacIntyre & Collier, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Falconeri Strype, Toronto.*

### V. Conclusion

Je ne pense pas que l'interprétation favorable au consommateur préconisée dans l'arrêt *July*, précité, nous autorise à redéfinir le risque que la compagnie d'assurance a accepté de couvrir dans l'avenant SEF 44, à savoir la perte nette après épuisement des droits de subrogation potentiels.

Je ne crois pas non plus que ce soit imposer une contrainte excessive aux intimées que de les astreindre, en ce qui a trait à la préservation de leurs droits contre l'auteur du délit, au degré de diligence qu'on aurait attendu d'elles si elles avaient mené le dossier dans leur propre intérêt. Après tout, avant de présenter leur demande d'indemnité à l'appelante, elles *agissaient* pour leur propre compte et il n'est pas inéquitable de les tenir maintenant responsables des conséquences de la convention de limitation qu'elles ont conclue librement.

### VI. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté, les juges MAJOR et BINNIE sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Dutton, Brock, MacIntyre & Collier, Toronto.*

*Procureurs des intimées : Falconeri Strype, Toronto.*

137

138

139