

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

96/07/CA

ROBICHAUD, WILLIAMSON, THERIAULT
and JOHNSTONE, a partnership practicing law in
New Brunswick under the said firm name and
style

APPELLANT

- and -

PHARMACIE ACADIENNE DE BERESFORD
LTÉE and BERESFORD SHOPPING CENTRE
LTD./LTÉE

RESPONDENTS

Robichaud et al. v. Pharmacie Acadienne de
Beresford Ltée et al., 2008 NBCA 12

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 25, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 223

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2007] N.B.J. No. 264

Appeal heard:
October 10, 2007

Judgment rendered:
February 14, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

ROBICHAUD, WILLIAMSON, THERIAULT et
JOHNSTONE, société de personnes exerçant le
droit au Nouveau-Brunswick sous l'appellation
susmentionnée

APPELANTE

- et -

PHARMACIE ACADIENNE DE BERESFORD
LTÉE et CENTRE D'ACHATS BERESFORD
LTÉE

INTIMÉES

Robichaud et al. c. Pharmacie Acadienne de
Beresford Ltée et autre, 2008 NBCA 12

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 25 juin 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 223

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2007] A.N.-B. n° 264

Appel entendu :
Le 10 octobre 2007

Jugement rendu :
Le 14 février 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Charles D. Whelley, Q.C.

Pour l'appelante :
Charles D. Whelley, c.r.

For the respondent Pharmacie Acadienne de
Beresford Ltée:
Edwin G. Ehrhardt, Q.C.

Pour l'intimée Pharmacie Acadienne de Beresford
Ltée :
Edwin G. Ehrhardt, c.r.

For the respondent Beresford Shopping Centre
Ltd./Ltée:
J. William Collette

Pour l'intimée Centre d'achats Beresford Ltée :
J. William Collette

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs. In the result, both the main action and third party claim are dismissed.

L'appel est accueilli avec dépens. Il en découle que l'action principale et la mise en cause sont toutes deux rejetées.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

[1] The reasons for judgment that follow offer an important reminder for insurers interested in underwriting a commercial lessee's property: if the ability to successfully prosecute a subrogated action is truly valued as a payout recovery option, a close inspection of the lease is an absolute must. That is so because its terms invariably operate, whether individually or collectively, to limit the lessor's liability in a manner that curtails subrogation rights.

[2] The present appeal challenges a determination that the following clause does not afford the lessor a complete defence to all of the property damage claims advanced in the underlying subrogated action by the lessee's insurer:

ALL LESSEE'S INSURANCE POLICIES SHALL
CONTAIN A WAIVER OF SUBROGATION:

All policies of insurance placed by the lessee shall contain a waiver or waivers of subrogation against the lessor and the lessee waives, releases and discharges all rights, claims and demands whatsoever which the lessee might have or acquire against the lessor arising out of damage to or destruction of the building or any part thereof occasioned by any of the perils insured against by the lessee or which the lessee has agreed to insure against, whether or not such rights, claims and demands shall arise through the negligence or other fault of the lessor, his servants, agents or contractors.

[3] In the main action, which is pursued in the name of the lessee, the insurer seeks to recoup from the lessor its payout under a policy insuring the lessee's inventory, office equipment and leasehold improvements. On a motion under Rule 23.01(1)(a) of the *Rules of Court*, a judge of the Court of Queen's Bench ruled that the clause reproduced

above, Clause 28 of the lease, constituted an answer only in respect of the subrogated claim in negligence for damage to a limited class of leasehold improvements, namely those that had become part of the building and whose removal from the premises at term's end was prohibited under the lease. For the sake of convenience, I will hereinafter refer to those improvements as "integrated leasehold improvements". In the motion judge's considered opinion, nothing in Clause 28, viewed contextually, yielded a defence to the subrogated claims in negligence for damage to the lessee's inventory, office equipment and other leasehold improvements. With respect, I disagree.

[4] For the reasons fleshed out in the text that follows, I conclude: (1) the applicable standard of review is correctness; (2) while the same principles typically inform the interpretation of both legislation and contracts, where, as here, the wording of the lease provision at issue is lifted verbatim from legislation, a nuanced approach is required; and (3) the underlying subrogated action is precisely the kind of proceeding that Clause 28 is designed to thwart. In the result, I would allow the appeal, set aside the decision rendered in the Court of Queen's Bench, convert the motion filed in the court below into a motion for judgment under Rule 37.10(a) and dismiss the main action and third party claim with costs throughout payable by the lessee, Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée, to the appellant law firm and the lessor, Beresford Shopping Centre Ltd./Ltée.

I. The Background

[5] The lease at issue in these proceedings is in Form A19 under the *Standard Forms of Conveyances Act*, S.N.B. 1980, c. S-12.2 and Schedule A of the *Leases Regulation*, N.B. Reg. 83-132. The lease contains two clauses, Clauses 24 and 28, that explicitly address the issue of Beresford's liability for damage to Pharmacie's property.

[6] Clause 24 states that Beresford is not liable, except in negligence, for any damage to Pharmacie's property while on the demised premises. The wording of the Clause's title is taken directly from Column One of Covenant 38 in Schedule C of the

Leases Regulation – Standard Forms of Conveyances Act, while that of the body of the Clause reflects verbatim the text found in Column Two of that Covenant. Covenant 38 reads as follows:

The lessor is not responsible for injury to person or property upon the premises unless due to the negligence of the lessor.

The lessor shall not in any event whatsoever be liable or responsible in any way for any personal injury or death that may be suffered or sustained by the lessee or any employee of the lessee or any other person who may be upon the demised premises or for any loss of or damage or injury to any property belonging to the lessee or to his employees or to any other person while such property is on the demised premises, unless due to the negligence of the lessor, his employees, agents or licensees.

Le bailleur n'est pas responsable des blessures aux personnes ou des dégâts matériels causés sur les lieux sauf s'ils sont le fait de sa négligence.

Le bailleur n'est en aucune façon responsable de toute blessure personnelle ou de tout décès dont est victime le locataire ou l'un quelconque de ses employés ou toute autre personne pouvant se trouver sur les lieux loués, ou de toutes pertes, dommages ou dégâts causés aux biens du locataire, de ses employés ou de toute autre personne, lorsque ces biens se trouvent sur les lieux loués, sauf s'ils sont le fait de la négligence du bailleur, de ses employés, de ses représentants ou des personnes qu'il autorise.

It should be noted, as well, that the wording of Clause 24, exclusive of its title, is exactly the wording of Covenant 38 in Schedule D, “Statutory Lease Covenants”, of the *General Regulation – Land Titles Act*, N.B. Reg. 83-130.

[7] Clause 28 provides that “all” of Pharmacie’s policies of insurance are to contain a waiver of subrogation for Beresford’s benefit. It also states that Pharmacie waives, releases and discharges “all” rights, claims and demands “whatsoever” which it might have against Beresford “arising out of” damage to any part of the building that was

“occasioned by” any of the perils insured against by Pharmacie, whether or not such rights, claims and demands arose through negligence on the part of Beresford. The wording of Clause 28 is exactly that of Covenant 42 in Schedule C of the *Leases Regulation – Standard Forms of Conveyances Act*, the full text of which reads as follows:

All lessee’s insurance policies shall contain a waiver of subrogation.

All policies of insurance placed by the lessee shall contain a waiver or waivers of subrogation against the lessor and the lessee waives, releases and discharges all rights, claims and demands whatsoever which the lessee might have or acquire against the lessor arising out of damage to or destruction of the building or any part thereof occasioned by any of the perils insured against by the lessee or which the lessee has agreed to insure against, whether or not such rights, claims and demands shall arise through the negligence or other fault of the lessor, his servants, agents or contractors.

Toutes les polices d’assurances du locataire doivent contenir une renonciation à la subrogation.

Toutes les polices d’assurance souscrites par le locataire doivent contenir une ou des renonciations à la subrogation contre le bailleur et le locataire renonce à tous les droits, réclamations et demandes quels qu’ils soient que le locataire peut avoir ou acquérir contre le bailleur à l’occasion de dégâts ou destructions de la totalité ou d’une partie du bâtiment résultant de tout sinistre contre lequel le locataire s’est assuré ou a accepté de s’assurer, que ces droits, réclamations et demandes soient ou non le fait de la négligence ou autre faute du bailleur, de ses serviteurs, représentants ou entrepreneurs.

It bears noting, as well, that the wording of Clause 28, exclusive of its title, is precisely the wording of Covenant 42 in Schedule D, “Statutory Lease Covenants”, of the *General Regulation – Land Titles Act*.

[8] On December 8, 2004, some of Pharmacie's leasehold improvements, inventory and office equipment sustained damage when water escaped from one of the pipes in the shopping centre's sprinkler system. Only one explanation emerges from the record: water in the pipe froze causing it to expand and eventually burst. While it is an open question whether the ensuing water escape resulted from negligence for which Beresford would otherwise be legally answerable, as will be seen, on the view I take of the meaning and effect of Clause 28, the issue is entirely moot.

[9] On October 12, 2005, Pharmacie filed with its property insurer, Royal & Sun Alliance Insurance Co., a Proof of Loss quantifying its flood-related claims as follows: (1) inventory: \$26,948.74; (2) office equipment: \$5,188.00; and (3) leasehold improvements: \$59,957.49, less a deductible of \$1,000.00. Royal eventually paid out \$89,941.08 in full settlement of those claims. Significantly, the responding policy did not contain a waiver of subrogation in favour of Beresford, as required under Clause 28.

[10] As might be expected, Royal's subsequent subrogated action in Pharmacie's name to recoup its payout, alleging nuisance and negligence on Beresford's part, was met with a Statement of Defence in which Clause 28 is raised as a complete defence. When Pharmacie responded by questioning the applicability of Clause 28 on the ground that Clause 24 specifically leaves the door open to an action in negligence, Beresford issued a Third Party Claim against the appellant partnership, the law firm that represented its interests in connection with the preparation of the lease. Beresford claimed indemnity from its lawyers in the event of a judicial determination that Clause 28 fails to insulate it against the claims advanced in the underlying subrogated action. In its pleading, Beresford alleged negligence in the preparation of the lease, claiming, in particular, that the appellant law firm failed to draw up a document featuring "clear wording that would prevent a subrogated claim such as is being made in the present case".

[11] After filing its Third Party Defence, the appellant law firm applied under Rule 23 for a determination of the following question of law:

[...] whether by virtue of the [terms of the 1998 Lease, Pharmacie] may or may not pursue a claim arising from damage to a part of [Beresford's] building occasioned by a peril insured against by [Pharmacie], whether or not such a claim arose through the negligence of [Beresford], its servants, agents or contractors.

[12] At the hearing in the Court of Queen's Bench, Pharmacie advocated a narrow interpretation of Clause 28, one that would protect Beresford only against claims in negligence *for* damage to the building or any part thereof. It followed, in Pharmacie's submission, that Clause 28 foreclosed only whatever claim it might have had for damage to integrated leasehold improvements. As noted, the motion judge agreed, and ruled accordingly (see [2007] N.B.J. No. 229 (QL), 2007 NBQB 223). In resolving as he did the question of law submitted for his determination, the motion judge settled on the only interpretation that, in his judgment, harmonized Clause 28 with the other "relevant" provisions of the lease, namely Clauses 11, 16, 18, 19 and 24.

[13] The Third Party law firm appeals, contending the motion judge erred in law in failing to give effect to the first part of Clause 28, under which Pharmacie agreed that all of its policies of insurance would feature a waiver of subrogation in favour of Beresford. The appellant submits that this unconditional and all-encompassing undertaking is independent of and unaffected by the limited release provided under the second part of the clause. The appellant's fallback position is that the release in question covers all of the claims advanced.

[14] For its part, Pharmacie spotlights the fact that it did not undertake in the lease to insure any of its property. In its submission, the absence of any such covenant suffices to distinguish the case at hand from the cases relied upon by the other parties, namely *Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)* (2000), 140 B.C.A.C. 203, [2000] B.C.J. No. 1655 (QL), 2000 BCCA 467; *Atlantic Shopping Centres Ltd. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1985), 60 N.B.R. (2d) 9 (C.A.), [1985] N.B.J. No. 72 (QL); *Greenwood Shopping Plaza Ltd. et al. v. Neal J. Buchanan Ltd. et al. (No.2)* (1979), 31

N.S.R. (2d) 168 (C.A.), [1979] N.S.J. No. 523 (QL) and *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80 (C.A.), [1997] O.J. No. 4249 (QL). While that may well be so, the fact remains that Clause 28 is designed to apply whether or not the lease features a covenant by the tenant to insure its property. Indeed, Clause 28 applies in connection with perils “insured against by the lessee”, not just perils “which the lessee has agreed to insure against” under the lease. Nothing further need be said on point.

[15] However, Pharmacie formulates another, more serious argument. It submits Clause 28’s two parts must be read together and, since, in its view, the motion judge rightly found the release articulated in the second part pertains only to a claim for damage to integrated leasehold improvements, the waiver of subrogation contemplated by the first part is correspondingly restricted. In the result, no loss would have accrued to Beresford on account of Pharmacie’s breach of its covenant to see to the inclusion of a waiver of subrogation in Royal’s policy. It is Pharmacie’s related submission that, since Beresford’s lawyers, the appellant law firm, prepared the lease, the *contra proferentem* rule applies and supports the motion judge’s narrow interpretation of Clause 28.

II. Analysis and Decision

A. *The Standard of Review*

[16] It is trite law that the nature of the question at issue plays a critical role in determining the applicable standard of appellate review (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 SCC 33). It is equally settled that the meaning of a provision, whether contractual or legislative, is a question of law that, as a general rule, stands to be reviewed on appeal by the application of the correctness standard (for cases dealing with contractual terms, see *Controls & Equipment Ltd. v. Ramco Contractors Ltd. et al.* (1999), 209 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 20 (QL), at para. 7, and *Anthem Heritage Hill Ltd. v. Just One Stop Ltd.* (2006), 384 A.R. 231, [2006] A.J. No. 205 (QL), 2006 ABCA 72, and for cases dealing with legislative provisions, see *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R.

511, [2004] S.C.J. No. 70 (QL), 2004 SCC 73, at para. 61; *Gallant v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (2000), 228 N.B.R. (2d) 98 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 320 (QL), at paras. 12–31 and *Keddy v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.) et al.* (2002), 247 N.B.R. (2d) 284, [2002] N.B.J. No. 91 (QL), 2002 NBCA 24).

[17] It is common ground among the parties that the case at bar raises a question of law the determination of which in the court below must be correct if it is to withstand review by this Court. In light of the jurisprudence mentioned above, I agree.

B. *The Principles that Inform Judicial Interpretation of Written Instruments*

[18] The objective of contractual interpretation is the identification of the true intent of the parties at the time they entered into the contract. That intention must be ascertained by reference to the meaning of the words as used by the contracting parties (see *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, [1998] S.C.J. 59 (QL) and *MacNeil (Jerry) Architects Ltd. v. Roman Catholic Archbishop of Moncton et al.*, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 67, [2001] N.B.J. No. 296 (QL), 2001 NBQB 135, at paras. 29–33, where Justice Rideout canvasses the jurisprudence on point). More often than not, the context plays an influential role in shaping that meaning (see *Controls & Equipment Ltd. v. Ramco Contractors Ltd.*, at para. 13, and *Stenstrom v. McCain Foods Ltd.* (2000), 230 N.B.R. (2d) 234, [2000] N.B.J. No. 379 (QL), 2000 NBCA 13, at para. 16).

[19] For all intents and purposes, the very same process is applied to the interpretation of legislation. The words at issue “are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (see Elmer Driedger in *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at p. 87 and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL), at para. 21). In fact, the law has evolved to the point where it is widely accepted that, as a general rule, the processes of

contractual and legislative interpretation bring into play a common bundle of influential considerations.

[20] That notion first attracted favour with the judiciary in *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), where Lord Blackburn expressed the following views on point at pp. 763-65:

...I shall therefore state, as precisely as I can, what I understand from the decided cases to be the principles on which the Courts of Law act in construing instruments in writing; and a statute is an instrument in writing. In all cases the object is to see what is the intention expressed by the words used. ...

In construing written instruments I think the same principle applies. In the cases of wills the testator is speaking of and concerning all his affairs;

In the case of a contract, the two parties are speaking of certain things only.... [In both cases] the Court ... declares what the intention, indicated by the words used under such circumstances, really is.

And this, as applied to the construction of statutes, is no new doctrine. ... My Lords, *mutatis mutandis*, I think this is applicable to the construction of statutes as much as of wills. And I think it is correct.

[21] More than a century later, in *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415, [1996] S.C.J. No. 101 (QL), at para. 41, Justice L'Heureux-Dubé, who dissented on other grounds, gave her imprimatur to those views:

Therefore, the "modern contextual approach" for statutory interpretation, with appropriate adaptations, is equally applicable to contractual interpretation. Statutory interpretation and contractual interpretation are but two species of the general category of judicial interpretation. In the instant case, the methodological reference provided by R. Sullivan in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131, applies equally to contractual interpretation:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of [that which is to be judicially interpreted] in its total context, having regard to [its] purpose..., the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of [...] meaning.

[Emphasis removed.]

[22] Since then, several courts of appeal, including our own, have followed suit (see *Manitoba Hydro Electric v. Inglis (John) Co. et al.* (1999), 142 Man. R. (2d) 1 (C.A.), [1999] M.J. No. 506 (QL), at para. 48; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), [2003] O.J. No. 1919 (QL); *Irving Pulp & Paper Ltd. v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30* (2002), 249 N.B.R. (2d) 28, [2002] N.B.J. No. 117 (QL), 2002 NBCA 30; and *Beaulieu v. New Brunswick* (2003), 266 N.B.R. (2d) 338, [2003] N.B.J. No. 458 (QL), 2003 NBCA 92, at para. 13). In *Irving Pulp & Paper*, at para. 10, Robertson J.A. draws a user-friendly roadmap for use by courts tasked with the interpretation of statutes and contracts:

It is accepted that the task of interpreting a collective agreement is no different than that faced by other adjudicators in construing statutes or private contracts: see D.J.M. Brown & D.M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (3rd Ed.), looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, Inc., 2001) at 4-35. In the contractual context, you begin with the proposition that the fundamental object of the interpretative exercise is to ascertain the intention of the parties. In turn the presumption is that the parties are assumed to have intended what they have said and that the meaning of a provision of a collective agreement is to be first sought in the express provisions. In searching for the parties' intention, text writers indicate that arbitrators have generally assumed that the provision in question should be construed in its normal or ordinary sense unless the interpretation would lead to an absurdity or inconsistency with other provisions of the collective agreement: see *Canadian Labour Arbitration* at 4-38. In short, the words of a collective agreement are to be given their ordinary and

plain meaning unless there is a valid reason for adopting another. At the same time, words must be read in their immediate context and in the context of the agreement as a whole. Otherwise, the plain meaning interpretation may conflict with another provision.

That said, and as noted, the case at bar features a significant peculiarity: the wording of Clause 28 is provided by legislation. Moreover, that legislation is bilingual and neither party had a predominant say in its drafting. The consequences of that state of affairs are two-fold.

[23] First, to avoid the attribution of different meanings to the very same clause, it behooves the interpreting court to perform its mandate on the assumption that, absent compelling indications to the contrary, the parties' intention matches that of the Legislature. The court must also factor into the equation the wording of the English and French versions of the corresponding legislative provision with a view, where possible, to identifying a meaning which is common to both (see s. 10 of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c.O-0.5, which establishes that both versions are equally authoritative, and *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, [2004] S.C.J. No. 7 (QL), 2004 SCC 6, at paras. 27-31, where Justice Bastarache offers a concise outline of the principles that inform the interpretation of bilingual legislation). However, if a conflict truly exists between the two versions, the meaning and effect of the controversial wording stand to be determined "by the language version in which the conveyance was executed unless a contrary intention is expressed in the conveyance": s. 2.2 of the *Standard Forms of Conveyances Act*. As will soon be apparent, equating the phrase "arising out of" to the word "for" conflicts with both the English and French versions of the legislative provision from which the wording of Clause 28 is drawn verbatim.

[24] Second, the *contra proferentem* rule, which stipulates that any ambiguity is to be resolved against the author of a document, cannot apply in the present context because neither party to the lease bears responsibility for the wording of Clause 28 or that of the corresponding legislative provision. The situation is arguably different for statutorily prescribed insurance policy wording. In that regard, I note that some courts

have indicated a willingness to apply the rule in that context on the assumption that the insurance industry played a key role in drafting the enabling legislation (see *Wigle et al. v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), [1984] O.J. No. 3422 (QL) and *Somersall v. Friedman*, [2002] 3 S.C.R. 109, [2002] S.C.J. No. 60 (QL), 2002 SCC 59, at paras. 47 and 90).

C. *The Pertinent Features of the Law of Subrogation*

[25] In the context of insurance law, subrogation allows the insurer to pursue, in the name of the insured, a claim against a third party in respect of a loss for which the insured has been indemnified under the policy. Subrogation is derivative in nature. Thus, even though the insurer is the real party in interest, any subrogation rights are predicated upon the insured, the nominal plaintiff, having a legally enforceable right against the defendant. Because the subrogated insurer stands in the shoes of the insured, its entitlement to recovery can be no greater than that of the insured. That being so, a valid pre-loss release of liability by the insured in favour of the defendant will protect the latter against any related subrogated action.

[26] Of course, the insurer may waive any subrogation rights that it might otherwise acquire (see Craig Brown, *Insurance Law in Canada*, Vol. 1, looseleaf (Scarborough: Carswell, 1999), p. 13-22). Indeed, much of the jurisprudence on the subject arises from litigation over the scope of the waiver provided (see *Couch on Insurance*, 3rd ed. (Deerfield, IL.: Clark Boardman Callaghan, 1995), at paras. 224:90-224:95).

D. *The Application of those Principles to the Present Case*

[27] As noted, Beresford contends the first part of Clause 28 constitutes an unlimited and independent covenant whose scope of application stands undiminished by the admittedly limited release provided in the second part. Presumably, on that view, the first part would deal with claims paid under a policy of insurance, while the second part

would be directed at claims that have not been paid, such as the deductible, claims not put through the policy for whatever reason (for example, concern over a consequential rise in premiums) and claims beyond coverage. The agreed-upon loss-bearing scheme for damage to the lessee's property attributable to the lessor's negligence would operate as follows: (1) where there is no insurance, Clause 24 would apply and the lessee's action would not be precluded; and (2) where there is insurance, no subrogated action could be prosecuted to judgment (first part of Clause 28), but any other claim could, so long as it fell outside the purview of the release provided in the second part of Clause 28.

[28] While that interpretation of Clause 28 cannot be dismissed out of hand, it need not be endorsed to resolve the present appeal. Even if, *arguendo*, Pharmacie is correct in stating that the first part of Clause 28 must be read down in accordance with its second part, the outcome must, in my view, favour the appellant law firm and Beresford. That is so because the wording of the second part, read contextually, covers all of the claims advanced in the underlying subrogated action, and no other provision of the lease is disharmonious with that assessment.

[29] As mentioned, the motion judge ruled that Clause 28 applied only to claims *for* damage to the building. I propose to test the correctness of that determination by following the directions provided in *Irving Pulp & Paper*, at para. 10. Thus, the meaning and effect of the pivotal phrase, "arising out of", will be determined by a consideration of its plain and ordinary meaning in light of its "immediate context" (the remainder of Clause 28) and "in the context of the agreement as a whole" (the other clauses referenced by the motion judge).

[30] I begin by stating the obvious: Clause 28 deals only with claims by the lessee. What claims could a lessee legitimately advance *for* damage to the building? As the motion judge noted, the lessee could have but one claim *for* damage of that nature: a claim for damage to integrated leasehold improvements. There is no other possible claim because the lessee lacks a proprietary interest in any other part of the building. That being

the case, if the sole purpose of Clause 28 were to bar claims by the lessee *for* damage to integrated leasehold improvements, one might be forgiven for wondering why its drafters did not see fit to say so. In fact, neither the title nor body of Clause 28 features any mention of leasehold improvements.

[31] As well, nothing in the wording of Clause 28 provides support for the view that it operates to release claims *for* damage to or destruction of the building or any part thereof. On that ground alone, the case at bar is distinguishable from *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, [1975] S.C.J. No. 74 (QL), where the exculpatory clause in the lease referred explicitly and exclusively to damage to the building. The release provided by Clause 28 is in respect of all claims *arising out of* damage to or destruction of the building or any part thereof. The italicized phrase is typically used in insurance-related contexts to describe a broad connection between an occurrence and damage (see *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405, [1995] S.C.J. No. 74 (QL)), not the damaged entity itself. Moreover, few would argue with the proposition that the phrase in question is broader in scope than "occasioned by", which found its way into Clause 28 as a means of describing the required link between the damage to or destruction of the building (or any part thereof) and the peril insured against. In that regard, the French version of the corresponding regulatory provision is instructive in that it equates "arising out of" to "à l'occasion de", which literally translated means "on the occasion of", and "occasioned by" to "résultant de", which literally translated means "resulting from". Needless to say, the former is broader than the latter and the terminological distinction, within the same provision, lends support to the view that the drafter's intention was to set up a scheme releasing all claims loosely traceable to the occurrence of damage to the building so long as the damage in question resulted from a peril of the kind insured against.

[32] Furthermore, if the second part of Clause 28 served only to release claims *for* damage to integrated leasehold improvements, the phrase "claims arising out of ... the destruction of the building" would be meaningless. Indeed, the tenant could not have a

claim *for* the destruction of the building itself, although it might have a claim *arising out of* that event.

[33] Finally, it is significant that Clause 28 features the plural of “policy” and “claim”, as well as very broad wording (“all” policies and “all” claims “whatsoever”), a state of affairs that cannot be reconciled with the notion that it pertains only to *a claim for* damage to integrated leasehold improvements. I now turn to the wider context.

[34] As noted, Clauses 11, 16, 18, 19 and 24 are mentioned in the decision under appeal as “relevant” to the interpretation of Clause 28. Clauses 11, 16, 18, 19 and 24 read as follows:

11. THE LESSEE (sic) SHALL PROVIDE PUBLIC LIABILITY INSURANCE:

The Lessor shall procure and maintain at its own expense, general liability insurance with reputable insurance companies insuring the Lessor and the Lessee to the extent of at least ONE MILLION (\$1,000,000.00) DOLLARS against all insurable loss or damage which may result to the Lessor hereunder from any accident or casualty whatsoever whereby any person or persons may be injured or killed or the property of any person or persons damaged in or about or around the common areas of the property. The Lessor will furnish satisfactory evidence to the Lessee at any reasonable time that such insurance has been procured and is being maintained by the Lessor. The Lessor further covenants with the Lessee that the Lessor shall effect fire and extended coverage insurance and insurance against all other risks required to be insured against by any mortgagee, if any, as well as boiler and pressure vessel insurance, on the whole of the building of which the demised premises forms a part in such amounts as the Lessor and mortgagee shall from time to time deem to be required.

16. THE LESSOR SHALL PROVIDE FIRE AND OTHER INSURANCE:

The lessor covenants with the lessee that the lessor shall effect fire and extended coverage insurance and insurance against all other risks required to be insured against by any mortgagee, if any, as well as boiler and pressure vessel insurance, on the whole of the building of which the demised premises forms a part in such amounts as the lessor and mortgagee shall from time to time deem to be required.

18. THE LESSEE MAY NOT REMOVE FIXTURES:

The lessee may not at, prior or upon the termination of this lease, take, remove and carry away from the demised premises any fixtures excepting utensils, shelving, counters, safes, inventory and furniture notwithstanding the fact that certain flooring, electrical, mechanical and plumbing fixtures belong to or were brought upon the premises by the lessee; and all fixtures which are hereby permitted to be removed shall be removed in such a manner that no damage to the premises be made and the Lessee shall make good any damage which he may occasion thereto.

19. THE LESSEE HAS AN INSURABLE INTEREST IN IMPROVEMENTS MADE BY HIM:

For the duration of this lease or any renewal thereof the lessee has an insurable interest in any alterations, additions and improvements that may be made by the lessee in and to the demised premises, and the lessee is entitled to insure such alterations, additions and improvements up to their full insurable value and to receive the proceeds of any insurance so placed by him.

24. THE LESSOR IS NOT RESPONSIBLE FOR INJURY TO PERSON OR PROPERTY UPON THE PREMISES UNLESS DUE TO THE NEGLIGENCE OF THE LESSOR:

The lessor shall not in any event whatsoever be liable or responsible in any way for any personal injury or death that may be suffered or sustained by the lessee or any employee of the lessee or any other person who may be upon the demised premises or for any loss of or damage or injury to any property belonging to the lessee or to his employees or to any other person while such property is on the demised premises, unless due to the negligence of the lessor, his employees, agents or licensees.

[35] The motion judge does not explain in his reasons for judgment how those provisions compel the conclusion that Clause 28 applies only to a claim for damage to integrated leasehold improvements and, when challenged on point at the hearing, counsel for Pharmacie was at a loss to fill in the blank. In my respectful view, nothing in Clauses 11, 16, 18, 19 and 24, expressly or implicitly, invites the conclusion that the phrase “claims arising out of damage to or destruction of the building” covers only *a claim for* damage to integrated leasehold improvements. Clauses 11 and 16, which obligate *the lessor* to provide insurance, are not engaged in the case at bar, which, as repeatedly noted, features a subrogated action for the recovery of a payout under a policy taken out *by the lessee*. Clause 18 is equally irrelevant, and that is also the case for Clause 19, except to the extent that it acknowledges the lessee’s insurable interest in integrated leasehold improvements.

[36] A careful reading of Clauses 11, 16, 18 and 19 leads inexorably to the conclusion that neither their wording nor subject matter operates to atrophy the ambit delineated by the use in Clause 28 of the phrase “arising out of”. Indeed, nothing in Clauses 11, 16 and 18 prevent the lessee from placing insurance on its property, and both Clauses 19 and 28 explicitly acknowledge that possibility. Pharmacie insured its property, as was its entitlement under the lease. At the end of the day, the answer to the question of law submitted for determination lies within the confines of Clause 28.

[37] As I read the lease, Clauses 24 and 28 give rise to a coherent loss-bearing scheme that: (1) permits no claims other than claims in negligence against the lessor for

uninsured property damage and; (2) disallows, at the very least, subrogated claims in negligence arising out of property damage falling within the class described in the second part of Clause 28.

[38] The phrase “in any event whatsoever” found in the opening part of Clause 24 indicates it is intended to be of general application. It follows that the Clause is engaged whether the lessee’s damaged property is insured or uninsured. The Clause clearly excludes any and all liability on the lessor’s part unless the damage is due to negligence for which it is legally answerable. In the result, the underlying action in nuisance cannot be maintained. In any event, that action fares no better on a proper construction and application of Clause 28, which deals with claims that arose through the negligence “or other fault” for which the lessor is legally answerable.

[39] Clause 28 supplements Clause 24 by coming into play where the lessee’s property is insured. The object of Clause 28 is to favour the lessor over the lessee’s insurer in the assignment of any loss-bearing burden. To that end, it does away with some, if not all related subrogation rights. Essentially, the parties to the lease have agreed that, even where its negligence or fault brought about the mishap, the lessor will escape liability for any insured damage to the lessee’s property, at least where the claims fall within the ambit of the second part of Clause 28.

[40] It is beyond serious dispute that all of the claims advanced in the underlying subrogated action arose out of damage by water to a part of the building, namely the sprinkler system pipe that froze and burst as a result. Just as plainly, water damage is a peril insured against under Pharmacie’s policy. If it were otherwise, Royal would not have honoured the claims for which it now seeks recovery as the real-interest plaintiff. It follows that the claims pursued in the underlying subrogated action fall within the ambit of Clause 28 in that each claim “arose out of” damage to a part of the building and that damage was “occasioned by” a peril insured against under Royal’s policy.

III. Conclusion and Disposition

[41] Clauses 24 and 28 of the lease between the respondents operate in tandem and effectuate a loss-bearing scheme that bars the underlying subrogated action in nuisance and negligence. It follows that the motion judge erred in concluding some of the claims in negligence could go forward. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision under appeal, convert the motion filed in the court below into a motion for judgment under Rule 37.10(a) of the *Rules of Court* and dismiss both the main action and the third party claim with costs throughout against the unsuccessful respondent, Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée.

[42] Rule 59.08(1)(b) provides that, subject to Rules 59.01 and 59.02, the court disposing of a motion for judgment shall fix costs in accordance with Tariff "A". Rule 59.01 acknowledges, in explicit terms, the court's overriding discretionary authority in the determination of costs and Rule 59.02 contains a non-exhaustive list of matters relevant to the question of costs. In the case at bar, nothing in Rules 59.01 and 59.02 warrants a departure from Tariff "A", the presumptive basis for the assessment of costs on a motion for judgment. Likewise, nothing in those Rules militates against the application of the "basic" figure for costs, namely Scale 3 of Tariff "A". Finally, I would settle upon \$100,000 as the "amount involved" within the meaning of Rule 59.09(1)(b). In the result, I would order that Pharmacie pay costs of \$7,375 in the Court of Queen's Bench and costs on appeal of \$2,950 (in accordance with Note (1) at the bottom of Tariff "A") to both the appellant and the equally successful respondent, Beresford Shopping Centre Ltd./Ltée. I would make no other order of costs.

LE JUGE EN CHEF DRAPEAU

[1] Les motifs de jugement qui suivent constituent un important rappel pour les assureurs intéressés à assurer les biens d'un locataire titulaire d'un bail commercial : si la capacité d'obtenir gain de cause dans une action subrogatoire est une option de recouvrement des sommes versées à laquelle on attache beaucoup d'importance, alors un examen attentif du bail s'impose. Cela vient du fait qu'invariablement, ses clauses ont individuellement ou collectivement pour effet de limiter la responsabilité du bailleur de façon telle que les droits de subrogation sont réduits.

[2] Le présent appel conteste une décision selon laquelle la clause énoncée ci-après n'accorde pas au bailleur un moyen de défense complet contre la totalité des demandes de règlement pour dommages matériels que l'assureur du locataire a formées dans l'action subrogatoire :

TOUTES LES POLICES D'ASSURANCES DU LOCATAIRE
DOIVENT CONTENIR UNE RENONCIATION À LA
SUBROGATION.

Toutes les polices d'assurance souscrites par le locataire doivent contenir une ou des renonciations à la subrogation contre le bailleur et le locataire renonce à tous les droits, réclamations et demandes quels qu'ils soient que le locataire peut avoir ou acquérir contre le bailleur à l'occasion de dégâts ou destructions de la totalité ou d'une partie du bâtiment résultant de tout sinistre contre lequel le locataire s'est assuré ou a accepté de s'assurer, que ces droits, réclamations et demandes soient ou non le fait de la négligence ou autre faute du bailleur, de ses serviteurs, représentants ou entrepreneurs.

[3] Dans l'action principale, qui est intentée au nom du locataire, l'assureur cherche à recouvrer du bailleur la somme qu'il a versée dans le cadre d'une police assurant les stocks, le matériel de bureau et les améliorations locatives du locataire. Saisi

d'une motion en vertu de la règle 23.01(1)a) des *Règles de procédure*, un juge de la Cour du Banc de la Reine a statué que la clause que nous venons de citer, la clause 28 du bail, ne constituait une réponse que relativement à la demande subrogée en négligence portant sur des dommages causés à une catégorie limitée d'améliorations locatives, à savoir celles qui étaient devenues partie intégrante du bâtiment et dont le bail interdisait l'enlèvement à son terme. Par souci de commodité, j'utiliserai dorénavant l'expression « améliorations locatives intégrées » pour désigner ces améliorations. Après mûre réflexion, le juge saisi de la motion a statué que rien dans la clause 28, lorsqu'on l'examine dans son contexte, ne permettait d'opposer une défense aux demandes subrogées en négligence portant sur des dommages aux stocks, au matériel de bureau et aux autres améliorations locatives. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

[4] Pour les motifs précisés dans le texte qui suit, je tire les conclusions suivantes : (1) la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte; (2) s'il est vrai que les mêmes principes guident normalement l'interprétation tant des lois que des contrats, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le libellé de la clause du bail qui est en cause est tiré textuellement de la loi, une démarche nuancée s'impose; et (3) l'action subrogatoire sous-jacente est précisément le type de procédure que la clause 28 vise à empêcher. Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision rendue par la Cour du Banc de la Reine, je transformerais la motion déposée devant le tribunal d'instance inférieure en motion pour jugement comme le prévoit la règle 37.10a) et je rejetterais l'action principale et la mise en cause en condamnant le locataire, Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée, à payer les dépens relatifs à toutes les instances au cabinet d'avocats appelant et au bailleur, Centre d'achats Beresford Ltée.

I. Le contexte

[5] Le bail en cause dans les présentes instances est rédigé selon la formule A19 établie sous le régime de la *Loi sur les formules types de transferts du droit de propriété*, L.N.-B. 1980, ch. S-12.2, et de l'annexe A du *Règlement sur les baux*, Règlement du Nouveau-Brunswick 83-132. Le bail renferme deux clauses, les clauses 24

et 28, qui traitent explicitement de la responsabilité de Beresford relativement aux dommages ou dégâts causés aux biens de Pharmacie.

[6] La clause 24 prévoit que Beresford n'est pas responsable des dommages causés aux biens de Pharmacie sur les lieux sauf s'ils sont le fait de la négligence. Le titre de la clause est directement tiré de la première colonne de l'engagement 38 à l'annexe C du *Règlement sur les baux – Loi sur les formules types de transferts du droit de propriété*, tandis que le texte de la clause reprend mot pour mot celui de la deuxième colonne de cet engagement. Voici le texte de l'engagement 38 :

The lessor is not responsible for injury to person or property upon the premises unless due to the negligence of the lessor.

Le bailleur n'est pas responsable des blessures aux personnes ou des dégâts matériels causés sur les lieux sauf s'ils sont le fait de sa négligence.

The lessor shall not in any event whatsoever be liable or responsible in any way for any personal injury or death that may be suffered or sustained by the lessee or any employee of the lessee or any other person who may be upon the demised premises or for any loss of or damage or injury to any property belonging to the lessee or to his employees or to any other person while such property is on the demised premises, unless due to the negligence of the lessor, his employees, agents or licensees.

Le bailleur n'est en aucune façon responsable de toute blessure personnelle ou de tout décès dont est victime le locataire ou l'un quelconque de ses employés ou toute autre personne pouvant se trouver sur les lieux loués, ou de toutes pertes, dommages ou dégâts causés aux biens du locataire, de ses employés ou de toute autre personne, lorsque ces biens se trouvent sur les lieux loués, sauf s'ils sont le fait de la négligence du bailleur, de ses employés, de ses représentants ou des personnes qu'il autorise.

Il faut également noter qu'en dehors du titre, le texte de la clause 24 est identique à celui de l'engagement 38 à l'annexe D, « Engagements statutaires de bail », du *Règlement général – Loi sur l'enregistrement foncier*, Règlement du Nouveau-Brunswick 83-130.

[7] La clause 28 stipule que « toutes » les polices d'assurance souscrites par Pharmacie doivent contenir une renonciation à la subrogation en faveur de Beresford. Elle prévoit également que Pharmacie renonce à « tous » les droits, réclamations et demandes « quels qu'ils soient » qu'elle peut avoir contre Beresford « à l'occasion de » dommages à une partie du bâtiment « résultant de » tout sinistre contre lequel Pharmacie s'est assurée, que ces droits, réclamations et demandes soient ou non le fait de la négligence de Beresford. Le texte de la clause 28 est exactement le même que celui de l'engagement 42 à l'annexe C du *Règlement sur les baux – Loi sur les formules types de transferts du droit de propriété*, le texte intégral se lisant comme suit :

All lessee's insurance policies shall contain a waiver of subrogation.

All policies of insurance placed by the lessee shall contain a waiver or waivers of subrogation against the lessor and the lessee waives, releases and discharges all rights, claims and demands whatsoever which the lessee might have or acquire against the lessor arising out of damage to or destruction of the building or any part thereof occasioned by any of the perils insured against by the lessee or which the lessee has agreed to insure against, whether or not such rights, claims and demands shall arise through the negligence or other fault of the lessor, his servants, agents or contractors.

Toutes les polices d'assurances du locataire doivent contenir une renonciation à la subrogation.

Toutes les polices d'assurance souscrites par le locataire doivent contenir une ou des renonciations à la subrogation contre le bailleur et le locataire renonce à tous les droits, réclamations et demandes quels qu'ils soient que le locataire peut avoir ou acquérir contre le bailleur à l'occasion de dégâts ou destructions de la totalité ou d'une partie du bâtiment résultant de tout

sinistre contre lequel le locataire s'est assuré ou a accepté de s'assurer, que ces droits, réclamations et demandes soient ou non le fait de la négligence ou autre faute du bailleur, de ses serviteurs, représentants ou entrepreneurs.

Il convient également d'observer qu'en dehors du titre, le libellé de la clause 28 est identique à celui de l'engagement 42 à l'annexe D, « Engagements statutaires de bail », du *Règlement général – Loi sur l'enregistrement foncier*.

[8] Le 8 décembre 2004, une partie des améliorations locatives, des stocks et du matériel de bureau de Pharmacie a été endommagée par une fuite d'eau provenant de l'installation d'extincteurs du type sprinkleur du centre d'achats. Une seule explication se dégage du dossier : l'eau ayant gelé dans les canalisations, celles-ci ont éclaté. Bien que la question de savoir si la fuite d'eau que le gel a provoquée était due à une négligence dont Beresford devrait normalement répondre sur le plan juridique, comme nous allons le voir, cette question est totalement théorique en raison de l'interprétation que je fais du sens et de l'effet de la clause 28.

[9] Le 12 octobre 2005, Pharmacie a déposé auprès de sa compagnie d'assurance biens, la Royal & Sun Alliance, société d'assurances, une preuve de sinistre quantifiant ses demandes d'indemnisation liées à l'inondation comme suit : (1) stocks : 26 948,74 \$; (2) matériel de bureau : 5 188 \$; et (3) améliorations locatives : 59 957,49 \$, moins une franchise de 1 000 \$. La Royal a finalement versé la somme de 89 941,08 \$ à titre de règlement intégral de ces réclamations. Il est important de souligner que la police en cause ne contenait pas de renonciation à la subrogation en faveur de Beresford, contrairement à ce qu'exige la clause 28.

[10] Comme on pouvait s'y attendre, l'action subrogatoire en nuisance et négligence que la Royal a ensuite intentée à Beresford au nom de Pharmacie pour recouvrer la somme qu'elle avait versée a été accueillie par un exposé de la défense dans lequel la clause 28 est invoquée comme moyen de défense absolu. Lorsque Pharmacie a

répondu en mettant en doute l'applicabilité de la clause 28 au motif que la clause 24 laisse expressément la porte ouverte à une action en négligence, Beresford a émis une mise en cause contre la société de personnes appelante, le cabinet d'avocats qui représentait ses intérêts dans le cadre de la préparation du bail. Beresford réclamait une indemnité de ses avocats dans l'éventualité où un tribunal statuerait que la clause 28 ne le mettait pas à l'abri des demandes formées dans l'action subrogatoire sous-jacente. Dans sa plaidoirie, Beresford alléguait la négligence dans la préparation du bail en faisant notamment valoir que le cabinet d'avocats appelant avait omis de rédiger un document renfermant [TRADUCTION] « des termes empêchant clairement la présentation d'une demande subrogée comme celle qui est présentée en l'espèce ».

[11] Après avoir déposé sa défense du mis en cause, le cabinet d'avocats appelant a demandé, en vertu de la règle 23, que les questions de droit suivantes soient tranchées :

[TRADUCTION]

[...] si, en vertu des [clauses du bail de 1998, Pharmacie] peut ou ne peut pas tenter une poursuite à l'occasion de dommages causés à une partie du bâtiment de [Beresford] résultant d'un sinistre contre lequel [Pharmacie] s'est assurée, que cette réclamation soit ou non le fait de la négligence de [Beresford], de ses préposés, représentants ou entrepreneurs.

[12] Lors de l'audience devant la Cour du Banc de la Reine, Pharmacie a préconisé une interprétation restrictive de la clause 28, interprétation qui ne protégerait Beresford que contre les actions en négligence *pour* dommages à la totalité ou à une partie du bâtiment. Selon la thèse de Pharmacie, il s'ensuivait que la clause 28 n'interdisait que la demande qu'elle pourrait éventuellement former au titre des dommages aux améliorations locatives intégrées. Comme je l'ai indiqué, le juge saisi de la motion a souscrit à cette thèse et a statué en conséquence (voir [2007] A.N.-B. n° 229 (QL), 2007 NBBR 223). En tranchant de la sorte la question de droit qui lui était soumise, le juge saisi de la motion a choisi la seule interprétation qui, selon lui, conciliait

la clause 28 avec les autres dispositions « pertinentes » du bail, à savoir les clauses 11, 16, 18, 19 et 24.

[13] Le cabinet d'avocats mis en cause interjette appel, affirmant que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en omettant de donner effet à la première partie de la clause 28, en vertu de laquelle Pharmacie avait convenu que toutes les polices d'assurance souscrites par elle devraient contenir une renonciation à la subrogation en faveur de Beresford. L'appelante soutient que cet engagement inconditionnel et général est indépendant de l'exonération limitée que procure la seconde partie de la clause et n'est pas touché par cette exonération. Subsidiairement, l'appelante fait valoir que l'exonération en question couvre toutes les demandes qui ont été formées.

[14] Pour sa part, Pharmacie souligne le fait qu'elle n'a pris dans le bail aucun engagement d'assurer l'un quelconque de ses biens. Selon elle, l'absence d'un tel engagement suffit à établir une distinction entre la présente instance et la jurisprudence invoquée par les autres parties, à savoir *Orange Julius Canada Ltd. c. Surrey (City)* (2000), 140 B.C.A.C. 203, [2000] B.C.J. No. 1655 (QL), 2000 BCCA 467; *Atlantic Shopping Centres Ltd. c. Les Chemins de fer nationaux du Canada et autres* (1985), 60 R.N.-B. (2^e) 9 (C.A.), [1985] A.N.-B. n^o 72 (QL); *Greenwood Shopping Plaza Ltd. et al. c. Neal J. Buchanan Ltd. et al. (No. 2)* (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (C.A.), [1979] N.S.J. No. 523 (QL) et *Madison Developments Ltd. c. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80 (C.A.), [1997] O.J. No. 4249 (QL). Bien que ce soit peut-être le cas, il demeure que la clause 28 est censée s'appliquer indépendamment du fait que le bail renferme ou non un engagement par le locataire d'assurer ses biens. De fait, la clause 28 s'applique aux sinistres « contre [lesquels] le locataire s'est assuré », et non seulement aux sinistres « [contre lesquels le locataire] a accepté de s'assurer » en vertu du bail. Il n'y a rien à ajouter sur ce point.

[15] Toutefois, Pharmacie formule un autre argument plus sérieux. Elle fait valoir que les deux parties de la clause 28 doivent être lues comme un tout et étant donné que, selon elle, le juge saisi de la motion a conclu à juste titre que l'exonération qui est

exposée dans la seconde partie ne vise que les réclamations pour des dommages causés aux améliorations locatives intégrées, la renonciation à la subrogation prévue par la première partie est de ce fait limitée. Il en découle que Beresford n'aurait essuyé aucune perte en raison du manquement de Pharmacie à son engagement de veiller à l'inclusion d'une renonciation à la subrogation dans la police qu'elle a souscrite auprès de la Royal. L'argument connexe de Pharmacie est que, comme le bail a été préparé par les avocats de Beresford, le cabinet d'avocats appelant, la règle d'interprétation dite *contra proferentem* est applicable et étaye l'interprétation stricte que le juge saisi de la motion a faite de la clause 28.

II. Analyse et décision

A. *La norme de contrôle*

[16] Selon une règle de droit bien connue, la nature de la question en cause joue un rôle critique dans la détermination de la norme de contrôle applicable en appel (voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (QL), 2002 CSC 33). Il est également bien établi que la signification d'une disposition, qu'elle soit de nature contractuelle ou législative, est une question de droit qui, en règle générale, doit être contrôlée en appel au moyen de la norme de la décision correcte (parmi les causes portant sur des clauses contractuelles, voir *Controls & Equipment Ltd. c. Ramco Contractors Ltd. et al.* (1999), 209 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), [1999] A.N.-B. n° 20 (QL), au par. 7, et *Anthem Heritage Hill Ltd. c. Just One Stop Ltd.* (2006), 384 A.R. 231, [2006] A.J. n° 205 (QL), 2006 ABCA 72; en ce qui concerne la jurisprudence traitant de l'interprétation de dispositions législatives, voir *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, [2004] A.C.S. n° 70 (QL), 2004 CSC 73, au par. 61, *Gallant c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 98 (C.A.), [2000] A.N.-B. n° 320 (QL), aux par. 12 à 31, et *Keddy c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.) et al.* (2002), 247 R.N.-B. (2^e) 284, [2002] A.N.-B. n° 91 (QL), 2002 NBCA 24).

[17] Les parties conviennent que la présente affaire soulève une question de droit que le tribunal d'instance inférieure doit avoir tranchée de façon correcte pour échapper au contrôle de notre Cour. À la lumière de la jurisprudence susmentionnée, j'en conviens.

B. *Les principes qui guident l'interprétation judiciaire des instruments*

[18] L'interprétation d'un contrat a pour but de déterminer quelle était l'intention véritable des parties au moment de sa passation. La Cour doit établir cette intention en examinant le sens des termes que les parties contractantes ont employés (voir *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, [1998] A.C.S. n° 59 (QL), et *MacNeil (Jerry) Architects Ltd. c. Roman Catholic Archbishop of Moncton et al.*, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 67, [2001] A.N.-B. n° 296 (QL), 2001 NBBR 135, aux par. 29 à 33, une décision dans laquelle le juge Rideout passe en revue la jurisprudence sur ce point). Le plus souvent, le contexte joue un rôle important dans la détermination du sens (voir *Controls & Equipment Ltd. c. Ramco Contractors Ltd.*, au par. 13, et *Stenstrom c. McCain Foods Ltd.* (2000), 230 R.N.-B. (2^e) 234, [2000] A.N.-B. n° 379 (QL), 2000 NBCA 13, au par. 16).

[19] Dans la pratique, on applique exactement le même processus pour interpréter une disposition législative. [TRADUCTION] « Il faut lire [les termes en cause] dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir Elmer Driedger dans *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la p. 87 et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL), au par. 21). En fait, le droit a évolué au point qu'il est largement reconnu qu'en règle générale, le processus d'interprétation contractuelle et législative met en jeu un même ensemble de considérations importantes.

[20] C'est dans l'arrêt *River Wear Commissioners c. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (Ch. des lords), que cette notion a trouvé un écho pour la première fois auprès d'un juge; lord Blackburn a exprimé à cet égard l'opinion suivante aux p. 763 à 765 :

[TRADUCTION]

[...] j'exposerai donc de façon aussi précise que possible quels sont, d'après moi, les principes établis dans la jurisprudence, sur lesquels les cours de justice se fondent pour interpréter un instrument. Dans tous les cas il s'agit de découvrir quelle est l'intention exprimée par les mots employés. [...]

Je pense que le même principe s'applique à l'interprétation des instruments. Dans le cas d'un testament, le testateur parle de toutes ses affaires; [...].

Dans le cas d'un contrat, les deux parties parlent de certaines choses seulement, [. . .] [Dans les deux cas] la cour [. . .] énonce quelle est réellement l'intention indiquée par les mots employés dans ces circonstances.

Et cela n'est pas un principe nouveau en matière d'interprétation des lois. [. . .] Vos Seigneuries, je pense que cela s'applique *mutatis mutandis* à l'interprétation des lois autant qu'à celle des testaments. Et je pense qu'il est bien qu'il en soit ainsi.

[21] Plus de cent ans plus tard, dans l'arrêt *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415, [1996] A.C.S. n° 101 (QL), au par. 41, la juge L'Heureux-Dubé, qui était dissidente sur d'autres motifs, a souscrit à ces opinions :

Par conséquent, la « méthode contextuelle moderne » d'interprétation des lois s'applique également, avec les adaptations nécessaires, à l'interprétation des contrats. L'interprétation des lois et l'interprétation des contrats ne sont que deux subdivisions de la grande catégorie de l'interprétation judiciaire. En l'espèce, la méthodologie exposée par R. Sullivan dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), à la p. 131, s'applique également à l'interprétation des contrats :

[TRADUCTION]

Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne : les tribunaux sont tenus de déterminer le sens de [ce qui doit être interprété judiciairement]

dans son contexte global, en tenant compte de [son] objet [. . .], des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte [. . .].

[Soulignement enlevé.]

[22] Depuis lors, plusieurs cours d'appel, dont la nôtre, ont suivi le mouvement (voir *Manitoba Hydro Electric c. Inglis (John) Co. et al.* (1999), 142 Man. R. (2d) 1 (C.A.), [1999] M.J. No. 506 (QL), au par. 48; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), [2003] O.J. No. 1919 (QL); *Irving Pulp & Paper Ltd. c. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30* (2002), 249 R.N.-B. (2^e) 28, [2002] A.N.-B. n° 117 (QL), 2002 NBCA 30; et *Beaulieu c. New Brunswick* (2003), 266 R.N.-B. (2^e) 338, [2003] A.N.-B. n° 458 (QL), 2003 NBCA 92, au par. 13). Dans l'arrêt *Irving Pulp & Paper*, au par. 10, le juge d'appel Robertson présente des lignes directrices qui facilitent le travail des tribunaux amenés à interpréter des lois et des contrats :

Il est admis que la tâche d'interpréter une convention collective ne diffère pas de celle devant laquelle se trouvent les autres décideurs qui interprètent des lois ou des contrats privés : voir D.J.M. Brown et D.M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration*, 3^e éd., feuilles mobiles (Aurora (Ont.) : Canada Law Book Inc., 2001), à la page 4-35. Dans le contexte contractuel, il faut partir de la proposition que l'objectif fondamental de l'interprétation est de déterminer l'intention des parties. Or, la présomption de départ est que ce que les parties ont dit est censé refléter leur intention et qu'il faut d'abord chercher le sens d'une clause d'une convention collective dans son libellé exprès. Selon les auteurs de doctrine, quand ils cherchent à déterminer l'intention des parties, les arbitres partent généralement du principe que la clause en question devrait être interprétée dans son sens normal ou ordinaire, sauf si cette interprétation est susceptible d'entraîner une absurdité ou une incompatibilité avec d'autres clauses de la convention collective : voir *Canadian Labour Arbitration*, à la page 4-38. Pour résumer, les termes d'une convention collective doivent recevoir leur sens ordinaire, sauf s'il existe une raison valable pour en adopter un autre. Par

ailleurs, les termes doivent être interprétés dans leur contexte immédiat et dans celui de l'ensemble de la convention. Sinon, l'interprétation en fonction du sens ordinaire peut entrer en conflit avec une autre clause.

Ceci étant dit, et comme nous l'avons indiqué, l'affaire en cause présente une particularité importante : le libellé de la clause 28 est tiré d'un texte législatif. De plus, ce texte législatif est bilingue, et aucune des deux parties n'a joué un rôle prédominant dans sa rédaction. Deux conséquences découlent de cet état de fait.

[23] Premièrement, afin d'éviter l'attribution de sens différents à la même clause, il incombe au tribunal chargé de l'interpréter de remplir son mandat en partant de l'hypothèse qu'en l'absence d'indications contraires déterminantes, l'intention des parties est identique à celle du législateur. Le tribunal doit également prendre en considération le libellé des versions anglaise et française de la disposition législative correspondante dans le but d'en tirer, si possible, un sens qui est commun aux deux versions (voir l'art. 10 de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, qui établit que les deux versions ont également force de loi, et l'arrêt *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, [2004] A.C.S. n° 7 (QL), 2004 CSC 6, aux par. 27 à 31, dans lequel le juge Bastarache énonce de façon concise les principes qui doivent guider l'interprétation des lois bilingues). Cependant, s'il existe vraiment un conflit entre les deux versions, le sens et la portée du libellé controversé doivent être déterminés « à l'aide de la langue dans laquelle le transfert a été passé, sauf intention contraire exprimée dans le transfert » : art. 2.2 de la *Loi sur les formules types de transferts du droit de propriété*. Comme on le constatera rapidement, assimiler l'expression « à l'occasion de » au terme « pour » entre en conflit avec les versions tant anglaise que française de la disposition législative dont la clause 28 est textuellement tirée.

[24] Deuxièmement, la règle *contra proferentem*, selon laquelle toute ambiguïté doit être résolue contre l'auteur d'un document, ne peut s'appliquer dans le présent contexte car aucune des parties au bail n'est responsable ni du libellé de la clause 28, ni de celui de la disposition législative correspondante. On peut soutenir que la

situation est différente dans le cas d'une police d'assurance dont le libellé est prescrit par la loi. À cet égard, je constate que certains tribunaux se sont montrés disposés à appliquer la règle dans ce contexte en partant de l'hypothèse que l'industrie des assurances a joué un rôle déterminant dans la rédaction de la loi habilitante (voir *Wigle et al. c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), [1984] O.J. No. 3422 (QL) et *Somersall c. Friedman*, [2002] 3 R.C.S. 109, [2002] A.C.S. n° 60 (QL), 2002 CSC 59, aux par. 47 et 90).

C. *Les caractéristiques pertinentes du principe de subrogation*

[25] Dans le contexte du droit des assurances, la subrogation permet à l'assureur, au nom de l'assuré, de poursuivre une tierce partie afin d'obtenir le recouvrement d'une perte dont l'assuré a été indemnisé en vertu de la police. La subrogation est dérivative. Par conséquent, même si l'assureur est la partie réellement intéressée, il n'existe un droit de subrogation que si l'assuré, le demandeur nominal, a un droit qu'il peut légalement faire valoir contre le défendeur. Étant donné que l'assureur subrogé se substitue à l'assuré, son droit à un recouvrement ne peut être supérieur à celui de l'assuré. Cela étant, si l'assuré dégage le défendeur de sa responsabilité de façon valide avant que le sinistre ne se produise, ce dernier sera alors protégé contre toute action subrogée connexe.

[26] Bien entendu, l'assureur peut renoncer aux droits de subrogation qu'il pourrait par ailleurs acquérir (voir Craig Brown, *Insurance Law in Canada*, Vol. 1, feuillets mobiles (Scarborough : Carswell, 1999), p. 13-22). De fait, une bonne partie de la jurisprudence en la matière est constituée d'instances relatives à la portée de la renonciation (voir *Couch on Insurance*, 3^e éd. (Deerfield, IL. : Clark Boardman Callaghan, 1995), aux par. 224:90 à 224:95).

D. *L'application de ces principes à la présente espèce*

[27] Comme je l'ai indiqué, Beresford soutient que la première partie de la clause 28 constitue un engagement illimité et indépendant dont la portée n'est aucunement diminuée par l'exonération sans conteste limitée que procure la seconde partie. On peut donc présumer que, selon cette thèse, la première partie viserait les réclamations payées en vertu d'une police d'assurance, tandis que la seconde partie porterait sur les réclamations qui n'ont pas donné lieu à indemnisation, comme la franchise, les sinistres qui ne sont pas couverts par la police pour une raison quelconque (par exemple, la crainte qu'ils n'entraînent une hausse des primes) et les sinistres dont le montant dépasse la couverture. Le dispositif convenu d'assomption des pertes dans le cas où les biens du locataire subiraient des dommages attribuables à la négligence du bailleur fonctionnerait de la façon suivante : (1) lorsqu'il n'existe pas d'assurance, la clause 24 s'appliquerait et le locataire serait préclu d'intenter une action et (2) lorsqu'il existe une assurance, aucune action subrogatoire ne pourrait aboutir (première partie de la clause 28), mais toute autre réclamation pourrait être présentée, pourvu qu'elle échappe à l'exonération accordée par la seconde partie de la clause 28.

[28] Bien que cette interprétation de la clause 28 ne puisse être rejetée du revers de la main, il n'est pas nécessaire d'y souscrire pour trancher le présent appel. À supposer, aux fins de la discussion, que Pharmacie ait raison d'affirmer que la première partie de la clause 28 doit être interprétée de façon restrictive conformément à sa seconde partie, selon moi, le résultat doit favoriser le cabinet d'avocats appelant et Beresford. Cela vient du fait que le libellé de la seconde partie, lorsqu'on le lit en contexte, couvre l'ensemble des demandes qui font l'objet de l'action subrogée sous-jacente, et qu'aucune autre disposition du bail n'entre en conflit avec cette évaluation.

[29] Comme je l'ai indiqué, le juge saisi de la motion a statué que la clause 28 ne s'appliquait qu'aux demandes *pour* des dommages causés au bâtiment. Je procéderai au contrôle de cette décision pour déterminer si elle est correcte en suivant les directives énoncées dans *Irving Pulp & Paper*, au par. 10. Par conséquent, le sens et la portée de

l'expression clé, « arising out of [à l'occasion de] », seront déterminés en fonction de son sens ordinaire à la lumière de son « contexte immédiat » (le reste de la clause 28) et « dans celui de l'ensemble de la convention » (les autres clauses citées par le juge saisi de la motion).

[30] Je commence par un truisme : la clause 28 ne traite que des réclamations présentées par le locataire. Quelles sont les réclamations qu'un locataire pourrait légitimement présenter *pour* des dommages au bâtiment? Comme l'a fait observer le juge saisi de la motion, le locataire ne pouvait former qu'une seule réclamation *pour* des dommages de cette nature : une réclamation pour des dommages aux améliorations locatives intégrées. Aucune autre réclamation n'est possible car le locataire ne possède d'intérêt propriétaire dans aucune autre partie du bâtiment. Ceci étant établi, si la clause 28 avait pour seul objet d'interdire au locataire de présenter des réclamations *pour* des dommages aux améliorations locatives intégrées, on nous pardonnerait sans doute de nous demander pourquoi les rédacteurs de cette clause n'ont pas jugé bon de le dire. En fait, ni le titre ni le corps de la clause 28 ne renferment une mention quelconque des améliorations locatives.

[31] Par ailleurs, rien dans le libellé de la clause 28 n'appuie la thèse selon laquelle cette clause a pour effet de libérer de toute responsabilité relative à des réclamations *pour* des dommages ou la destruction de la totalité ou d'une partie du bâtiment. Pour ce seul motif, la présente affaire se distingue de l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, [1975] A.C.S. n° 74 (QL), dans lequel la clause exonératoire visait explicitement et expressément les dommages au bâtiment. La décharge prévue par la clause 28 vise toutes les réclamations *à l'occasion de* dégâts ou destructions de la totalité ou d'une partie du bâtiment. L'expression en italiques est habituellement utilisée dans des contextes connexes aux assurances afin de décrire l'existence d'un lien général entre un événement et des dommages (voir *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405, [1995] A.C.S. n° 74 (QL)), et non l'entité sinistrée en soi. De plus, peu contesteraient le fait que la portée de l'expression en question est plus large que celle de l'expression

« résultant de », qui se trouve dans le texte de la clause 28 afin de décrire le lien requis entre les dégâts ou destructions du bâtiment (ou d'une partie de celui-ci) et le sinistre contre lequel le locataire s'est assuré. À cet égard, la version française de la disposition réglementaire correspondante nous éclaire en ce sens que l'expression « *arising out of* » est traduite par « à l'occasion de », et l'expression « *occasioned by* » par « résultant de ». Il va sans dire que la première expression a une portée plus large que la dernière et que la distinction terminologique, au sein de la même disposition, étaye la thèse voulant que l'intention du rédacteur ait été de mettre sur pied un régime d'exonération de toutes les réclamations plus ou moins imputables à des dommages ou dégâts causés au bâtiment, pourvu que les dommages en question résultent d'un sinistre couvert par l'assurance.

[32] De plus, si la seconde partie de la clause 28 ne servait qu'à libérer des réclamations *pour* des dommages causés aux améliorations locatives intégrées, l'expression « réclamations [...] à l'occasion de [...] destructions [...] du bâtiment » serait vide de sens. En effet, le locataire ne pourrait pas présenter une réclamation *pour* la destruction du bâtiment même, alors qu'il pourrait très bien former une réclamation *à l'occasion de* cet événement.

[33] Finalement, il importe de noter que les termes « police » et « réclamation » sont au pluriel dans la clause 28 et que le libellé de cette clause est de portée très générale (« toutes » les polices et « tou[tes] » les réclamations « quel[les] qu'[elles] soient »), un état de fait impossible à concilier avec la notion qu'il n'est question que *d'une* réclamation *pour* des dommages causés aux améliorations locatives intégrées. Je passe maintenant au contexte plus large.

[34] Comme je l'ai indiqué, les clauses 11, 16, 18, 19 et 24 sont mentionnées dans la décision frappée d'appel comme étant « pertinentes » pour l'interprétation de la clause 28. Voici le texte des clauses 11, 16, 18, 19 et 24 :

[TRADUCTION]

11. LE LOCATAIRE [*sic*] DOIT SOUSCRIRE UNE ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.

Le bailleur devra souscrire auprès de compagnies d'assurance de bonne réputation et maintenir en vigueur à ses frais une assurance de responsabilité civile générale assurant le bailleur et le locataire, jusqu'à concurrence d'au moins UN MILLION (1 000 000 \$) DE DOLLARS, contre tous les sinistres ou dommages assurés dont le bailleur pourrait être victime par suite d'un accident, quel qu'il soit, susceptible de blesser ou de tuer une ou plusieurs personnes ou d'endommager leurs biens dans le bâtiment ou ses parties communes ou à proximité. Le bailleur fournira au locataire, à tout moment raisonnable, une preuve satisfaisante que le bailleur a souscrit une telle assurance et qu'il la maintient en vigueur. Le bailleur convient avec le locataire que le bailleur doit souscrire une assurance-incendie et à couverture étendue, et une assurance contre tous les autres risques contre lesquels un créancier hypothécaire exige que le bailleur soit assuré, le cas échéant, ainsi qu'une assurance des chaudières et appareils sous pression, sur la totalité du bâtiment dont les lieux loués constituent une partie, pour des montants que le bailleur et le créancier hypothécaire estiment nécessaires à l'occasion.

[...]

16. LE BAILLEUR DOIT SOUSCRIRE UNE ASSURANCE-INCENDIE ET D'AUTRES ASSURANCES.

Le bailleur convient avec le locataire que le bailleur doit souscrire une assurance-incendie et à couverture étendue, et une assurance contre tous les autres risques contre lesquels un créancier hypothécaire exige que le bailleur soit assuré, le cas échéant, ainsi qu'une assurance des chaudières et appareils sous pression, sur la totalité du bâtiment dont les lieux loués constituent une partie, pour des montants que le bailleur et le créancier hypothécaire estiment nécessaires à l'occasion.

[...]

[TRADUCTION]

18. LE LOCATAIRE NE PEUT RETIRER LES OBJETS FIXÉS À DEMEURE.

Le locataire ne peut, ni avant ni à l'expiration du présent bail, prendre, retirer et emporter des lieux loués aucun des objets fixés à demeure à l'exception des outils, étagères, comptoirs, coffres-forts, stocks et meubles, malgré le fait que certains revêtements de sol, luminaires, accessoires mécaniques et accessoires de

plomberie lui appartiennent ou ont été apportés dans les lieux par le locataire; de plus, l'enlèvement de tous les objets dont le retrait est autorisé par les présentes doit se faire sans causer de dommages aux lieux, à défaut de quoi le locataire doit en dédommager le bailleur.

19. LE LOCATAIRE A UN INTÉRÊT ASSURABLE DANS LES AMÉLIORATIONS EFFECTUÉES PAR LUI.

Pendant la durée ou tout renouvellement du présent bail, le locataire a un droit d'assurer toutes modifications, adjonctions et améliorations qu'il peut effectuer dans les lieux loués et à leur égard, et il peut les assurer jusqu'à concurrence de leur valeur assurable totale et recevoir les revenus provenant de toute assurance qu'il a souscrite.

[...]

24. LE BAILLEUR N'EST PAS RESPONSABLE DES BLESSURES AUX PERSONNES OU DES DÉGÂTS MATÉRIELS CAUSÉS SUR LES LIEUX SAUF S'ILS SONT LE FAIT DE SA NÉGLIGENCE.

Le bailleur n'est en aucune façon responsable de toute blessure personnelle ou de tout décès dont est victime le locataire ou l'un quelconque de ses employés ou toute autre personne pouvant se trouver sur les lieux loués, ou de toutes pertes, dommages ou dégâts causés aux biens du locataire, de ses employés ou de toute autre personne, lorsque ces biens se trouvent sur les lieux loués, sauf s'ils sont le fait de la négligence du bailleur, de ses employés, de ses représentants ou des personnes qu'il autorise.

[35] Dans ses motifs, le juge saisi de la motion n'explique pas comment ces clauses amènent à conclure que la clause 28 ne s'applique qu'à une réclamation pour des dommages causés aux améliorations locatives intégrées et, lorsqu'on l'a mis au défi de justifier cette thèse à l'audience, l'avocat de Pharmacie a été incapable de combler cette lacune. Je suis respectueusement d'avis que rien dans les clauses 11, 16, 18, 19 et 24, de façon expresse ou implicite, ne porte à conclure que l'expression « réclamations [...] à l'occasion de dégâts ou destructions de la totalité ou d'une partie du bâtiment » ne couvre qu'une réclamation pour des dommages causés aux améliorations locatives intégrées. Les clauses 11 et 16, qui obligent le bailleur à souscrire une assurance, n'entrent pas en jeu

dans la présente instance qui, comme je l'ai dit et répété, porte sur une action subrogatoire en recouvrement d'une somme versée en vertu d'une police souscrite *par le locataire*. La clause 18 est également étrangère à la question en cause et c'est aussi le cas de la clause 19, sauf dans la mesure où elle reconnaît l'intérêt assurable que le locataire possède dans les améliorations locatives intégrées.

[36] Une lecture attentive des clauses 11, 16, 18 et 19 amène inexorablement à conclure que ni leur libellé, ni leur objet n'ont pour effet de réduire le champ d'application défini par l'emploi de l'expression « à l'occasion de » dans la clause 28. De fait, rien dans les clauses 11, 16 et 18 n'interdit au locataire d'assurer ses propres biens, et les clauses 19 et 28 prévoient toutes deux cette possibilité de manière expresse. Pharmacie a assuré ses biens, comme le bail lui en donnait le droit. En fin de compte, la réponse à la question de droit qui doit être tranchée se trouve dans le libellé de la clause 28.

[37] Selon mon interprétation du bail, les clauses 24 et 28 créent un dispositif cohérent d'assomption de la perte qui : (1) n'autorise aucune réclamation en dehors des demandes en négligence contre le bailleur pour les dommages causés aux biens non assurés et (2) exclut, à tout le moins, les demandes subrogées en négligence découlant de dommages matériels appartenant à la catégorie décrite dans la seconde partie de la clause 28.

[38] L'expression « en aucune façon » qui se trouve au début de la clause 24 indique qu'elle doit avoir une portée générale. Il s'ensuit que cette clause entre en jeu indépendamment du fait que les biens endommagés du locataire soient assurés ou non. La clause exclut clairement toute responsabilité de la part du bailleur sauf si les dommages sont le fait d'une négligence dont il doit juridiquement répondre. Il en découle que l'action en nuisance sous-jacente doit être rejetée. De toute façon, cette action est également vouée à l'échec lorsque l'on interprète et applique comme il se doit la clause 28, qui porte sur des réclamations qui sont le fait de la négligence « ou autre faute » dont le bailleur doit répondre sur le plan juridique.

[39] La clause 28 complète la clause 24 en entrant en jeu lorsque les biens du locataire sont assurés. La clause 28 a pour objet de favoriser le bailleur au détriment de l'assureur du locataire dans la cession du fardeau de la perte. À cette fin, elle élimine une partie, sinon la totalité des droits de subrogation connexes. Essentiellement, les parties au bail ont convenu que même dans les cas où l'accident était imputable à une négligence ou à une faute du bailleur, ce dernier échappe à sa responsabilité relativement aux dommages assurés causés aux biens du locataire, du moins lorsque les réclamations relèvent de la seconde partie de la clause 28.

[40] Personne ne peut sérieusement contester que la totalité des réclamations formulées dans l'action sous-jacente découlaient de dommages causés par l'eau à une partie du bâtiment; plus précisément, une canalisation de l'installation d'extincteurs du type sprinkleur avait éclaté sous l'effet du gel. Il est tout aussi clair que les dommages causés par l'eau constituent un sinistre couvert par la police d'assurance souscrite par Pharmacie. S'il en était autrement, Royal n'aurait pas fait droit aux réclamations dont elle sollicite maintenant le recouvrement à titre de partie demanderesse réellement intéressée dans cette poursuite. Il s'ensuit que les réclamations formulées dans l'action subrogatoire sous-jacente relèvent de la clause 28 en ce sens qu'il s'agit dans chaque cas de réclamations « à l'occasion de » dommages causés à une partie du bâtiment, ces dommages « résultant » d'un sinistre contre lequel la police de Royal offrait une assurance.

III. Conclusion et dispositif

[41] Les clauses 24 et 28 du bail passé entre les intimés fonctionnent de concert et créent un dispositif d'assomption de la perte qui rend irrecevable l'action subrogatoire sous-jacente en nuisance et négligence. Il en découle que le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant que certaines des demandes en négligence étaient recevables. Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision portée en appel, je transformerais la motion déposée devant le tribunal d'instance inférieure en

motion pour jugement en vertu de la règle 37.10a) des *Règles de procédure* et je rejetterais l'action principale et la mise en cause en condamnant l'intimée déboutée, Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée, à payer les dépens relatifs à toutes les instances.

[42] La règle 59.08(1)b) prévoit que, sous réserve des règles 59.01 et 59.02, la cour qui rend une décision sur une motion pour jugement doit fixer les dépens suivant le tarif 'A'. La règle 59.01 reconnaît, de façon expresse, que les cours jouissent d'un pouvoir discrétionnaire prépondérant en matière de dépens et la règle 59.02 renferme une liste non exhaustive d'éléments à prendre en considération pour fixer les dépens. En l'espèce, rien dans les règles 59.01 et 59.02 ne justifie la non-application du tarif 'A', lequel servirait de base à l'évaluation des dépens sur une motion pour jugement. De la même façon, rien dans ces règles ne milite contre l'application de l'échelle dite « de base » pour le calcul des dépens, à savoir l'échelle 3 du tarif 'A'. Enfin, je fixerais à 100 000 \$ le « montant-clé » au sens de la règle 59.09(1)b). Par conséquent, j'ordonnerais à Pharmacie de verser des dépens de 7 375 \$ en Cour du Banc de la Reine et des dépens de 2 950 \$ en appel (conformément à la remarque (1) qui se trouve au bas du tarif 'A') à l'appelante ainsi qu'à l'intimée qui a également obtenu gain de cause, Centre d'achats Beresford Ltée. Je n'ordonnerais pas d'autres dépens.