

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

57/07/CA

GREAT-WEST LIFE ASSURANCE COMPANY

(Respondent) APPELLANT

- and -

BEATRICE WILSON

(Applicant) RESPONDENT

Great-West Life Assurance Company v. Wilson,
2008 NBCA 57

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Deschênes

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 26, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 108

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 24, 2008

Judgment rendered:
July 31, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

LA GREAT-WEST, COMPAGNIE
D'ASSURANCE-VIE

(intimée) APPELANTE

- et -

BEATRICE WILSON

(requérante) INTIMÉE

La Great-West, compagnie d'assurance-vie c.
Wilson, 2008 NBCA 57

CORAM :

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

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 26 mars 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 108

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 24 avril 2008

Jugement rendu :
Le 31 juillet 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

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

Counsel at hearing:

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

For the respondent:
William G. Stephenson

THE COURT

The appeal is allowed, the judgment rendered in the Court of Queen's Bench is set aside and the respondent's application is dismissed. Each side shall bear its own costs.

Avocats à l'audience :

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

Pour l'intimée :
William G. Stephenson

LA COUR

Accueille l'appel, annule le jugement de la Cour du Banc de la Reine et rejette la requête de l'intimée. Chacune des parties assume ses propres dépens.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] Following a highway accident in which she suffered disabling injuries, the respondent, Beatrice Wilson, received monthly disability benefits under a group policy of insurance (the “Policy”) issued by London Life Insurance Company to her employer. The respondent, Great-West Life Assurance Company, subsequently assumed liability for all benefits payable under the Policy. In due course, Ms. Wilson recovered a judgment against the operator of the motorcycle on which she was riding at the time of the accident. That judgment included an award of damages fully indemnifying Ms. Wilson for her past and future loss of income, and she promptly repaid all pre-judgment disability benefits received (less agreed-upon recovery expenses). However, she contested both London Life’s and Great-West Life’s entitlement to any part of the award for future loss of income on the ground that all subrogation rights under the Policy were extinguished with the entry of judgment in her tort action. Both insurers demurred and Great West Life eventually ceased paying disability benefits, hence the underlying application by Ms. Wilson for judicial confirmation of her entitlement to past and future disability benefits under the Policy and an order directing their payment.

[2] The application judge found Great-West Life breached the Policy in halting the flow of disability benefits and he allowed Ms. Wilson’s application “to have Great-West Life Assurance Company recommence her long-term disability benefit from the date of their discontinuance” (see (2007), 317 N.B.R. (2d) 245, [2007] N.B.J. No. 92 (QL), 2007 NBQB 108). Although he ruled in Ms. Wilson’s favour on the basis that the Policy did not feature a clause providing for reimbursement out of the fruits of the judgment, the judge chose to go further by holding that, in any event, Great-West Life did not have any subrogation rights since the Policy was not a contract of indemnity. Significantly, the parties stipulated, at the outset of the hearing in this Court, that the

outcome of the litigation turned on whether the application judge was right in so holding. Both sides agree that if the Policy is a contract of indemnity, this Court's analysis need go no further: the appeal must be allowed with, as a consequence, the dismissal of Ms. Wilson's application.

[3] For the reasons that follow, I hold the Policy is a contract of indemnity. In my respectful judgment, the application judge misinterpreted the Policy and failed to give effect to its terms by concluding otherwise. Thus, in furtherance of the parties' stipulations, I would allow the appeal, set aside the decision in the Court of Queen's Bench and dismiss Ms. Wilson's application.

II. The Context

[4] On May 16, 1992, Ms. Wilson suffered disabling personal injuries after being thrown from the passenger's seat of a motorcycle as it strayed from the roadway. At the time, Ms. Wilson was an employee of Atlantic Wholesalers Ltd. As such, she was entitled to receive long term disability benefits under the Policy, the key terms of which are set out in Appendix A.

[5] London Life began paying LTD benefits on November 16, 1992. While in receipt of those benefits, Ms. Wilson commenced an action in damages against the driver and owner of the motorcycle. At trial, she recovered judgment for 100% of her past loss of income and the full value, as of the date of judgment, of her future loss of income to age 65 (see *Wilson v. Wilson*, [1996] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 131 (Q.B.), [1996] N.B.J. No. 606 (QL)). Of course, in actual fact, Ms. Wilson recovered a lot less than 100% of her loss since she had to pay legal fees and disbursements.

[6] Following receipt of the judgment proceeds, Ms. Wilson agreed to pay the sum of \$18,079.16 in satisfaction of London Life's subrogated claim in relation to past loss of income. However, she refused to acquiesce to any further encroachment on her recovery under the judgment.

[7] London Life and, subsequently, Great-West Life took the position that Ms. Wilson's entitlement to LTD benefits ceased immediately upon her achieving full indemnification for post-judgment loss of income. Taking into account the legal fees and disbursements incurred by Ms. Wilson to advance her claim, it was determined full indemnification would be attained on April 28, 2005. Accordingly, payment of LTD benefits ceased on that date.

[8] On December 13, 2006, Ms. Wilson applied to the Court of Queen's Bench for an order directing Great-West Life "to reinstate the applicant's LTD benefits from April 28, 2005 to the natural termination date of September 30, 2011". The application judge made a number of legal determinations, all favourable to Ms. Wilson, but only one stands to be reviewed and passed upon by this Court in light of the stipulations outlined in the introduction to these reasons, and it is the determination that the Policy is not a contract of indemnity.

[9] At the hearing in this Court, Ms. Wilson proposed two bases for upholding the application judge's decision: (1) the Policy is not a contract of indemnity because it only provides partial indemnity for any loss of income (60% of the basic monthly rate of earnings, before deduction of certain payments from specified sources, such as Workers' Compensation); and (2) a policy identical to the Policy was found to be a non-indemnity contract in *Mutual Life Assurance Co. v. Tucker* (1993), 119 N.S.R. (2d) 417 (C.A.), [1993] N.S.J. No. 56 (QL). In my respectful judgment, neither submission ought to carry the day.

III. Analysis and Decision

[10] As noted, the sole question before this Court is whether the policy of insurance at issue is one of indemnity or non-indemnity. That question is one of law since its answer depends upon a proper construction of the Policy (see *Ryan v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (2005), 230 N.S.R. (2d) 132, [2005] N.S.J. No. 24 (QL), 2005 NSCA 12, para. 15, per Cromwell J.A. for the Court). Therefore, the application judge's

determination that the Policy is not a contract of indemnity can only stand if it is correct (see *Robichaud, Williamson, Theriault and Johnstone v. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée*, [2008] N.B.J. No. 45 (QL), 2008 NBCA 12, para. 16).

[11] It is hornbook law that subrogation and indemnity are “indissolubly” connected (see William R. Vance and Buist M. Anderson, *Vance on Insurance*, 3rd ed., (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1951), at p. 797). Unless the policy under review is a contract of indemnity, there can be no right of subrogation. What, then, is the distinction between a non-indemnity and an indemnity policy? Under the former, the insured is entitled to benefits upon mere proof of the occurrence of a covered peril (e.g. loss of a limb, loss of sight in one or both eyes, physical and/or mental disablement), while under the latter the insured must go further and establish an actual disability-related pecuniary loss (see S.R. Derham, *Subrogation in Insurance Law*, (Sydney, Australia: The Law Book Company Ltd., 1985) at p. 31). If the policy is one of indemnity, equity steps in and vests in the insurer a right of subrogation, which, “[i]n cases of insurance where a third party is liable to make good the loss, [...] depends upon and is regulated by the broad underlying principle of securing full indemnity to the insured, on the one hand, and on the other, of holding him accountable as trustee for any advantage he may obtain over and above compensation for his loss” (see *The National Fire Insurance Company et al. v. McLaren* (1886), 12 O.R. 682 (Ch.D.), [1886] O.J. No. 98 (QL), at p. 687, per Chancellor Boyd, quoted with approval in *Ledingham v. Ont. Hosp. Services Commn*, [1975] 1 S.C.R. 332, [1974] S.C.J. No. 53 (QL), at p. 336).

[12] The question whether the Policy is a contract of indemnity is entirely distinct from the question whether Ms. Wilson achieved full indemnification for her loss of income by a combination of LTD benefits and in-hand recovery under the judgment against the tortfeasor. The first question stands to be answered on the basis of the terms of the Policy while the second is determined by measuring Ms. Wilson’s success in recouping her loss. Although it prevented Great-West Life from intervening in or otherwise interfering with Ms. Wilson’s action in tort and its settlement (see *Somersall v. Friedman*, [2002] 3 S.C.R. 109, [2002] S.C.J. No. 60 (QL), 2002 SCC 59, at para. 53),

the fact that the LTD benefits paid represent only a fraction of her basic monthly rate of earnings does not foreclose the conclusion that the Policy is a contract of indemnity (see *Globe & Rutgers Fire Insurance Co. v. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227 (S.C.A.D.), [1927] O.J. No. 24 (QL); *Co-operative Fire and Casualty Company v. Levesque* (1976) 13 N.B.R. (2d) 399 (C.A.), [1976] N.B.J. No. 68 (QL); *Confederation Life Ins. Co. v. Causton* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 69 (C.A.), [1989] B.C.J. No. 1172 (QL); and Craig Brown and Julio Menezes *Insurance Law in Canada*, looseleaf, (Toronto: Thomson Carswell, 2002), vol. 1, page 13-11). Ms. Wilson's submission to the contrary is simply untenable.

[13] As noted, the issue here, as shaped by the parties' stipulations, is not whether Ms. Wilson achieved full indemnification for her loss, but whether the Policy is a contract of indemnity. On that question, the trial judge cited, apparently with approval, the following excerpts from *Gibson v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1984), 45 O.R. (2d) 326 (High Ct.J.), [1984] O.J. No. 3110 (QL), at pp. 333-35:

[...] The basic principles of insurance law as they apply to such a contract are well-settled so far as the right of subrogation is concerned; if the policy is a contract of indemnity, the doctrine of subrogation applies; if it is not a contract of indemnity, there is no right of subrogation. In Ontario this principle is fully canvassed by the Court of Appeal *per* Kelly J.A. in *Glynn v. Scottish Union & National Ins. Co. Ltd.*, [1963] 2 O.R. 705, 40 D.L.R. (2d) 929, [1963] I.L.R. para. 1-111.

[...]

From the comprehensive analysis of the principles by Kelly J.A. in the *Glynn* case, I extract the following which, in my opinion, are applicable to this case.

- (a) Unless expressly excluded, indemnity is a controlling principle of an insurance contract so that, unless the terms of the insurance make it conclusive that the intention of the party was not to enter into a contract of indemnity, a contract of

insurance is to be construed as a contract of indemnity (p. 711 O.R., p. 935 D.L.R.).

- (b) The terms of an insuring agreement may, however, be such as to indicate that indemnity was not contemplated; where the provisions of the contract indicate that indemnity was not the intention, the application of the principle of indemnity is excluded (p. 712 O.R., p. 936 D.L.R.).
- (c) An insurance agreement that is a contract of indemnity does not need to contain a specific subrogation provision; the absence of such a provision does not lead to the conclusion that the contract excludes the doctrine of subrogation. I add that for the principle of subrogation to be excluded, as it may be either by contract or by statute, the exclusionary provisions must be clear in terms of overriding in the particular case the principle of equity establishing the right to subrogation.
- (d) Whether any particular engagement of an insurer constitutes a contract of indemnity is to be determined by the exact nature of the agreement into which it has entered, and not by whether the insuring agreement can be conveniently categorized under one or other of several general designations, such as accident or sickness insurance.

[14] The application judge then addressed the sole issue before this Court in the following terms, at paras. 23-27:

If I have reached an incorrect conclusion that this is not a subrogation situation but a reimbursement situation, I should deal with the issue of subrogation as raised by counsel. The position of the Applicant is that if subrogation is applicable, it had to be provided for in the policy because other types of deduction, Workers' Compensation, C.P.P. were listed and were required to be deducted from the monthly LTD payment. Further, the issue of a common law right to subrogation, the applicant submits, is not applicable because the policy is not an indemnity policy.

The Respondent insurer disagrees and argues that it is an indemnity policy and therefore a common law right to subrogation exists. As mentioned, numerous authorities confirm this right of subrogation in indemnity policies. In my opinion, it is well established that subrogation is applicable to indemnity policies. But I do not believe a policy providing LTD benefits is an indemnity policy. Mr. Justice Kelly in the oft quoted decision of *Glynn v. Scottish Union* supra comments at page 934:

The essential qualities of a contract of life insurance dictate that it be a contract other than one of indemnity -- in fact it would seem to be impossible so to draft such a contract that it be one of indemnity. The same may be said of a contract providing for the payment of a fixed sum on dismemberment or a fixed weekly or monthly payment during incapacity arising from a personal accident. (underlining added)

The *Mutual Life v. Tucker* supra decision is very close to the fact situation of this case. It is on all fours except for the fact that it is weekly disability benefits policy rather than a monthly LTD benefits policy and the arguable issue of whether the insured has been fully compensated. The policy was silent as to the effects of third party recovery just as in the present case. The Nova Scotia Court of Appeal concluded that the policy was not an indemnity policy and therefore subrogation was not applicable.

I find the extensive reasons of Freeman, J.A., to be persuasive and directly on point in the case before me. For the same reasons, along with the comments of Kelly J.A. in *Glynn* I find that the policy for LTD is not a policy of indemnity with the attendant consequence of no subrogation rights.

In summary, it is my opinion that the Respondent insurer did not have a subrogated right under the LTD policy, only a right of reimbursement if it was provided for in the policy of insurance. As well, I am of the view that the policy, itself, was not a policy of indemnity because all the insured had to do was establish that she was disabled. Then the formula kicked in to establish the amount of her monthly

payment. There was no requirement to file a proof of loss as to the amount of loss, which is a requirement of an indemnity policy. For all these reasons, I believe that the Applicant is entitled to her LTD benefits.

[15] With respect, the application judge's stated belief that "a policy providing LTD benefits is [not] an indemnity policy" is contrary to settled law. The correct view is that a policy providing LTD benefits may be a contract of indemnity: it depends on its terms. The law on point is aptly summarized in Richard Hayles, *Disability Insurance: Canadian Law and Business Practice* (Toronto: Carswell, 1998) at pp. 278-279:

Disability policies rarely, if ever, require the insured to prove the precise amount of his loss. Exact proof would be difficult because an individual's income varies over time; the income that an insured was earning at the date the disability arose may or may not represent what he would have earned over the ensuing months or years. Although a property insurance indemnity can rationally be based on the market value of the property at the date of the loss, it would be arbitrary to do so in an income indemnity policy as there is no market in which a person's long-term capacity to work can be bought and sold. Many disability policies do, however, try to achieve an approximation of the indemnity concept by calculating benefits as a percentage of the insured's past income, and by deducting various alternative income sources from the benefit amount. Strictly speaking, the insured is still not called upon to prove loss of income. In most cases, the employer will inform the insurer as to the amount of the claimant's income at the relevant date. The policy may require the insured to report certain receipts, or to apply for certain benefits, but this is not a requirement for proof of loss.

The courts have acknowledged this state of facts by recognizing the concept of an "income replacement policy." This is a class of disability insurance which falls somewhere between the traditional, non-indemnity accident and sickness policy and the true indemnity coverage common in property and casualty insurance. Whether or not a policy is income replacement insurance, which gives rise to a right of subrogation, is a question of degree depending on how closely the policy bases benefits on an estimate of the insured's actual loss of income.

The key factor in this determination is how the basic benefit is arrived at. Policies which pay a stated amount without reference to the insured's income would probably never be classed as income replacement. Where the periodic benefit is stated as a proportion of the insured's pre-disability income, the policy may or may not be one of income replacement. The court will then look at the offsets stipulated in the policy. It would probably be impossible for the insurer to include an offset for every kind of income a disabled individual could conceivably earn during a period of disability; if, however, the policy allows the insurer to deduct most of the insured's potential post-disability receipts, it will likely be deemed an income replacement policy.

In any consideration of an insurer's subrogation claim, the first priority for the court is to see that the insured receives full compensation for her loss. Once this has been achieved, the rule against double recovery comes into play, and the insured is deemed to hold any surplus in trust for the benefit of the insurer.

[16] In *Graham v. Hill* (2003), 258 N.B.R. (2d) 347, [2003] N.B.J. No. 138 (QL), 2003 NBCA 24, the group disability policy under review was similar in many respects to the Policy. The Court concluded the LTD benefits paid to Ms. Graham were "income replacement" benefits. When called upon to distinguish that case, counsel for Ms. Wilson conceded the Policy is an income replacement policy. In my view, that concession is in harmony with the terms of the Policy.

[17] As can be gleaned from the *Gibson v. Sun Life* passage reproduced at paragraph 13 hereinabove, there is jurisprudential support for the view that a long term disability insurance policy is presumptively one of indemnity. It is otherwise only if the policy's terms make it conclusive that the intention of the parties was not to enter into a contract of indemnity. That approach is appealing for both theoretical and practical reasons.

[18] First, it is theoretically sound in light of the longstanding principle that indemnity is the governing general rule in insurance policies (see *Glynn v. Scottish Union*

& National Insurance Co. Ltd., [1963] 2 O.R. 705 (C.A.), [1963] O.J. No. 781 (QL), at p. 712, per Kelly J.A.). Second, the *Gibson* approach is practical because it enhances the predictability of the outcome of any potential litigation and, correlatively, discourages lawsuits that commonly turn out to be very expensive, stressful and energy-consuming.

[19] If one were to begin the process of interpreting the Policy with the rebuttable presumption that it is a contract of indemnity, Great-West Life's challenge to the judgment under appeal would be unanswerable. Indeed, there is simply nothing in the Policy's terms to displace that presumption and to conclusively establish an intention to provide for the payment of LTD benefits regardless of whether the insured suffers a disability-related loss of income. That said, the present appeal can be resolved without resort to any such presumption. It is so, in my opinion, because the cumulative effect of *the Policy terms in play here* compels the conclusion that it is indeed a contract of indemnity. Those terms are the following, the italics being mine throughout: (1) only employees "who are in the active full-time employment of the Employer *for full pay*" qualify for "total disability" benefits; (2) the base amount of those benefits is calculated *as a percentage of the employee's monthly rate of earnings*; (3) that base amount is reduced by the total amount of "*income*" benefits the insured receives or is entitled to receive from a number of sources including Workers' Compensation, the Canada Pension Plan and any other group insurance plan; (4) "total disability" is defined as one that prevents an employee "from, *for compensation or profit*, engaging in any occupation or performing any work for which the Company considers the employee to be reasonably qualified by education, training or experience"; and (5) an employee is not totally disabled if he or she "is, *for compensation or profit*, engaged in any occupation or performing any work".

[20] The upshot of those provisions is that the Policy does not provide coverage unless the employee is both totally disabled from a medical standpoint *and* without employment income. The single exception provided by the Policy is in respect of Rehabilitative Employment, which is part-time employment approved by Great-West Life and undertaken while the employee is disabled from engaging in full-time

employment. Even there, the insured is allowed to keep only 50% of his or her employment-generated compensation or profit. Moreover, where an eligible employee's medical condition entails "total disability" and he or she is without compensation or profit arising from engagement in any occupation *or* performing any work, the total disability benefits are reduced by income benefits from a host of sources. Clearly, the "reduction" clause is designed to avoid double compensation, a strong indicator that the Policy operates to provide *indemnifying* benefits.

[21] In sum, the insured is not entitled to benefits under the Policy upon mere proof of a "totally" disabling medical condition. Unless he or she is without employment income, and therefore incurring actual pecuniary loss, disability benefits are not payable. If disability benefits are payable, the basic amount is calculated as a fraction of the insured employee's rate of earnings and then reduced by specified income benefits. At bottom, what the Policy provides is partial indemnity for the employee's disability-related loss of income. As such, the Policy meets the essential requirements of a contract of indemnity. Furthermore, I am not persuaded *Mutual Life Assurance Co. v. Tucker* is authority to the contrary.

[22] First, the law requires the insured to account to the insurer only if he or she has recovered a surplus to full indemnity. In *Tucker*, the insured did not recover a judgment for 100% of his loss of income. Rather, he accepted a settlement that fell short of indemnifying him in full for that loss. The Court of Appeal accepted the trial judge's finding that "there had not been full indemnity resulting from the amounts paid under the policy and the settlement" with the tortfeasor, so that Court's observations in relation to the indemnity/non-indemnity debate would appear to be *obiter dicta*. I note parenthetically that it would be virtually impossible for an insurer providing only partial indemnity to share in a lump sum settlement for less than 100% of the plaintiff/insured's claim where it was concluded without a breakdown of the various heads of damages. As is well known, for a variety of reasons, which are not all logical, injured parties are rarely eager to proceed to trial and routinely accept substantially less than the potential amount

of their claims even where liability is admitted. The insurer fares no better where the allocation of settlement proceeds for lost income, as accepted by the insured/plaintiff, yields less than full indemnification. That is so because the insurer as partial indemnity provider has no say in the settlement process and as long as the insured/plaintiff's take on the settlement breakdown is not irrational, it ought to be respected by the insurer and the courts.

[23] Second, the policy at issue in *Tucker* and the one in play here are not exactly on all fours. That said, even if there were perfect symmetry between the two policies, I would respectfully decline to follow the *obiter* pronouncements in *Tucker* and I would maintain the position fleshed out in these reasons, namely that the Policy is a contract of indemnity.

IV. Conclusion and Disposition

[24] For the reasons outlined above, I respectfully conclude the application judge committed reversible error in determining the group disability policy of insurance at the heart of the underlying litigation was not a contract of indemnity. In coming to that conclusion, the application judge misinterpreted and failed to give effect to the policy's terms. In accordance with the parties' stipulations, I would allow the appeal, set aside the decision in the Court of Queen's Bench and dismiss Ms. Wilson's application. Great-West Life having waived costs, I would order each side to bear its own litigation expenses.

APPENDIX A

1. FORMULA – ELIGIBILITY – Of the classes of employees set forth in the Schedule of Insurance below, the following are eligible for insurance hereunder:

(a) Those employees including employees of franchised stores and Capital/Valu who on the Effective Date of this Policy have completed one day of continuous active full-time employment for full pay with the Employer and who are in the active full-time employment of the Employer for full pay on such date. Those excluded under this provision on account of not being actively at work in the full-time employment of the Employer for full pay on the Effective Date shall be eligible on their return to the active full-time employment of the Employer for full pay. However, if this Policy replaces a Group Long Term Disability Insurance Policy issued by any other Insurance Company, within 31 days of the termination of such Policy, any employee of an eligible class hereunder who has insured under such previous Policy immediately prior to the termination of such Policy, but has no continuing coverage under such previous Policy, shall be eligible for insurance on the Effective Date of this Policy, and for the purposes of Clause 14 shall be considered to be in the active full-time employment of the Employer for full pay.

[...]

SCHEDULE OF INSURANCE – Each eligible employee who makes application for insurance as provided in Clauses 14 and 19 shall be insured for the amount of Monthly Benefit set forth below according to his classification, subject to the terms of Clause 2.

<u>Employee Class</u>	<u>Insurance on the Life of the Employee</u>
All employees:	*60% of the employee’s basic **monthly rate of earnings with a maximum of \$3,500.00.

[...]

4. DEFINITIONS – When used in this Policy, the meaning of each of the following terms is limited to the definition shown.

- (a) Total Disability – An employee shall be totally disabled, or total disability shall exist, when the employee is suffering from a state of bodily or mental incapacity resulting from injury or disease as would,
 - (i) during the Elimination Period specified below and during the next following twenty-four months, prevent the employee from performing any and every duty pertaining to his employment; and
 - (ii) if total disability has continued during such Elimination Period and during the next following twenty-four months, then, thereafter during the continuance of such disability, wholly prevent such employee from, for compensation or profit, engaging in any occupation or performing any work for which the Company considers the employee to be reasonably qualified by education, training or experience.

It is provided, however, that an employee shall not be totally disabled and total disability shall not exist if the employee is, for compensation or profit, engaged in any occupation or performing any work.

- (a) Elimination Period – the Elimination Period under this Policy is six months.
- (b) Rehabilitative Employment – Rehabilitative Employment means any part-time occupation or work for compensation or profit approved by the Company and undertaken by the employee while unable because of disability to engage in any occupation or work on a full-time basis.

Monthly earnings are defined to be the insured's monthly rate of pay including incentive bonuses, commissions or additional compensation, and consists of one-twelfth of gross earnings as per income tax T-4 slip for the calendar year prior to the anniversary date of the Policy. However, when the T-4 slip indicates less than twelve month's earnings from the policyholder, the monthly earnings shall consist of the greater of: (a) gross earnings as per T-4 slip for the calendar year prior to the policy anniversary, divided by the number of months represented or (b) Regular monthly salary (excluding bonuses, commissions or benefits) as at the anniversary date.

5. DESCRIPTION OF BENEFIT – If an employee becomes totally disabled while insured under this Policy and before the date on which the employee attains the age of sixty-five years less the Elimination Period, and if that employee has been continuously so disabled for a period of not less than the Elimination Period, then, subject to the limitations, provisions and conditions of this Policy, the Company will pay to the employee the amount of Monthly Benefit applicable to the employee according to the Schedule of Insurance.

The amount of Monthly Benefit Payable to the employee shall be reduced by: - the total amount of income benefits the protected person receives or is entitled to receive because of the disability for which the Monthly Income Benefit is payable, from the following sources:

- (a) Workers' Compensation or similar legislation.
- (b) The Canada Pension Plan, Quebec Pension Plan, or any other federal, provincial or municipal government plan, excluding any benefits payable in respect to dependents, but not including any increase in the disability pension benefits under such plans due to the pension Index as defined therein that become effective after the completion date of disability.
- (c) Any group insurance plan, or any retirement or pension plan of the Policyholder in respect to its protected persons,

- any benefits payable with respect to that month as a retirement pension under the Canada or Quebec Pension Plan.

A disabled employee, in order to receive benefits under this Policy, must make application for any disability payments for which he may be eligible under any Workers' Compensation Act or comparable legislation or insurance provision or may be eligible under (a), (b), or (c) above, and until the amount of those payments has been established the Company reserves the right to make the reductions described above on the basis of the estimated amount of those payments.

[...]

If an employee engages in Rehabilitative Employment directly following any period of total disability for which benefits have been paid under this Policy, the Company will continue to pay to the employee for up to 24 months a monthly income calculated as provided above as if the employee were still totally disabled under this Policy, less fifty percent (50%) of the compensation or profit from the Rehabilitative Employment.

LE JUGE DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Après avoir subi des blessures invalidantes lors d'un accident de la route, l'intimée, Beatrice Wilson, a touché les prestations d'invalidité mensuelles prévues par la police d'assurance collective que son employeur avait souscrite auprès de London Life, Compagnie d'Assurance-Vie. Les prestations payables aux termes de la police ont ensuite été prises en charge par l'assureur appelant, La Great-West, compagnie d'assurance-vie. Au terme d'une poursuite, M^{me} Wilson a obtenu gain de cause contre le conducteur de la moto dont elle était passagère au moment de l'accident. Le jugement lui accordait, entre autres, des dommages-intérêts l'indemnisant entièrement de ses pertes actuelle et future de revenus. Elle a promptement remboursé toutes les prestations d'invalidité reçues avant le jugement (moins les frais convenus de recouvrement en justice). M^{me} Wilson a contesté toutefois, à London Life comme à La Great-West, le droit à quelque partie du montant octroyé pour perte future de revenus. Elle soutenait que les droits de subrogation que conférait la police s'étaient éteints avec l'inscription du jugement rendu dans l'action en responsabilité délictuelle. Les assureurs ont signifié tous deux qu'ils le contestaient et La Great-West, en définitive, a cessé de verser les prestations d'invalidité, d'où la requête initiale de M^{me} Wilson, qui demandait une confirmation judiciaire de son droit aux prestations d'invalidité passées et futures, en exécution de la police, et une ordonnance en prescrivant le paiement.

[2] Il est apparu au juge saisi de la requête que La Great-West avait rompu le contrat d'assurance en mettant fin aux prestations d'invalidité et il a accueilli la requête de M^{me} Wilson, qui [TRADUCTION] « demandait à la Cour d'ordonner à la Great-West, compagnie d'assurance-vie, de reprendre le versement de ses prestations d'invalidité de longue durée à compter de la date à laquelle elle a[vait] cessé de les lui verser » ((2007), 317 R.N.-B. (2^e) 245, [2007] A.N.-B. n^o 92 (QL), 2007 NBBR 108). Le juge a tranché

en faveur de M^{me} Wilson parce que la police ne contenait pas de clause qui aurait stipulé le remboursement de l'assureur à partir du produit du jugement, mais il a choisi d'aller plus loin et il a conclu que La Great-West n'avait aucun droit de subrogation de toute façon, puisque la police n'était pas un contrat d'indemnisation. Considération importante ici, il y avait accord des parties, à l'ouverture de l'audience d'appel, sur la question qui doit déterminer l'issue de l'instance, en l'occurrence celle de savoir si le juge saisi de la requête a eu raison ou non de conclure ainsi. Elles conviennent toutes deux que, si la police est un contrat d'indemnisation, notre Cour n'a pas à approfondir l'analyse : l'appel doit être accueilli et la requête de M^{me} Wilson rejetée.

- [3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la police est un contrat d'indemnisation. À mon respectueux avis, le juge saisi de la requête, pour arriver à la conclusion inverse, a interprété erronément la police et n'a pas mis à effet ses clauses. Je suis d'avis par conséquent, ce par quoi je donne suite à l'accord des parties, d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Cour du Banc de la Reine et de rejeter la requête de M^{me} Wilson.

II. Le contexte

- [4] M^{me} Wilson a subi des lésions corporelles invalidantes le 16 mai 1992, après avoir été éjectée de la selle d'une moto dont elle était passagère et qui s'est écartée de la chaussée. Elle était à l'époque employée d'Atlantic Wholesalers Ltd., admise à ce titre aux prestations d'invalidité de longue durée prévues par la police d'assurance collective, dont les clauses essentielles sont reproduites à l'annexe A.

- [5] London Life a commencé à verser les prestations d'invalidité de longue durée le 16 novembre 1992. M^{me} Wilson, pendant qu'elle touchait ces prestations, a intenté une poursuite en dommages-intérêts au conducteur et propriétaire de la moto. Ce procès s'est soldé par un jugement qui l'indemnisait en totalité de sa perte actuelle de revenus et qui lui octroyait l'entière valeur, établie à la date du jugement, d'une perte future de revenus calculée jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans (*Wilson c. Wilson*, [1996])

N.B.R. (2d) (Supp.) No. 131 (C.B.R.), [1996] A.N.-B. n° 606 (QL)). Bien sûr, dans les faits, M^{me} Wilson a recouvré beaucoup moins que la totalité de sa perte, puisqu'elle a dû acquitter des frais de justice et des débours.

[6] Une fois reçue la somme octroyée par jugement, M^{me} Wilson a accepté de verser 18 079,16 \$ pour règlement de la demande d'indemnité en subrogation de London Life à l'égard de la perte actuelle de revenus. Elle a refusé, en revanche, de consentir à un empiètement plus avancé sur la réparation obtenue.

[7] London Life, puis La Great-West, ont jugé que le droit de M^{me} Wilson à des prestations d'invalidité de longue durée s'éteindrait dès qu'elle serait pleinement indemnisée de la perte de revenus postérieure au jugement. Compte tenu des frais de justice et des débours que M^{me} Wilson avait engagés pour faire valoir sa demande, l'assureur a établi qu'elle serait pleinement indemnisée le 28 avril 2005. Le versement des prestations d'invalidité de longue durée a donc cessé à cette date.

[8] Le 13 décembre 2006, M^{me} Wilson a prié la Cour du Banc de la Reine d'ordonner à La Great-West [TRADUCTION] « de rétablir [ses] prestations d'invalidité de longue durée à compter du 28 avril 2005, jusqu'à la date d'expiration naturelle du 20 septembre 2011 ». Le juge saisi de la requête a statué sur un certain nombre de points de droit, chaque fois en faveur de M^{me} Wilson. Vu l'accord des parties, signalé en introduction des présents motifs, une seule de ces conclusions requiert un contrôle et une décision de notre Cour : la conclusion que la police n'est pas un contrat d'indemnisation.

[9] M^{me} Wilson a proposé à notre Cour deux motifs de confirmation de la décision du juge saisi de la requête : (1) la police n'est pas un contrat d'indemnisation parce qu'elle ne prévoit qu'une indemnisation partielle au chapitre des pertes de revenus (60% des gains mensuels de base avant certains prélèvements, dont la cotisation à l'Indemnisation des accidents au travail); (2) il a été conclu qu'une police identique à la présente était un contrat à caractère non indemnitaire dans *Mutual Life Assurance Co. c.*

Tucker (1993), 119 N.S.R. (2d) 417 (C.A.), [1993] N.S.J. No. 56 (QL). Ni l'un ni l'autre de ces arguments ne me paraît devoir l'emporter.

III. Analyse et décision

[10] Encore une fois, l'unique question qu'ait à trancher notre Cour est celle de savoir si la police d'assurance est à caractère indemnitaire ou non indemnitaire. Il s'agit d'une question de droit, puisque y répondre appelle à une interprétation appropriée de la police (*Ryan c. Sun Life Assurance Co. of Canada* (2005), 230 N.S.R. (2d) 132, [2005] N.S.J. No. 24 (QL), 2005 NSCA 12, par. 15, le juge d'appel Cromwell, au nom de la Cour). En conséquence, la conclusion du juge saisi de la requête que la police n'est pas un contrat d'indemnisation ne tiendra que si elle répond à la norme de la décision correcte (*Robichaud, Williamson, Theriault et Johnstone c. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée*, [2008] A.N.-B. n° 45 (QL), 2008 NBCA 12, par. 16).

[11] Il est élémentaire, en droit, que subrogation et indemnisation sont [TRADUCTION] « indissolublement » liées (Vance, William R., et Buist M. Anderson, *Vance on Insurance*, 3^e éd., St. Paul (Minnesota), West Publishing Co., 1951, p. 797). À moins que la police examinée ne soit un contrat d'indemnisation, il ne peut y avoir de droit de subrogation. En quoi une police à caractère non indemnitaire se distingue-t-elle d'une police à caractère indemnitaire? La première confère un droit aux prestations sur la seule preuve de la réalisation du risque couvert (perte d'un membre, perte de la vue – des deux yeux ou d'un seul –, invalidité physique ou mentale ou à la fois physique et mentale), alors que la seconde contraint l'assuré à faire plus et à établir qu'il a subi une perte pécuniaire réelle imputable à l'invalidité (Derham, S.R., *Subrogation in Insurance Law*, Sydney (Australie), The Law Book Company Limited. 1985, p. 31). Si la police a un caractère indemnitaire, l'equity investit l'assureur d'un droit de subrogation, lequel droit [TRADUCTION] « [d]ans les cas d'assurance où un tiers est responsable du dédommagement, [...] dépend d'un large principe de base qui le régit, selon lequel, d'une part, il faut garantir à l'assuré une complète indemnisation, et selon lequel, d'autre part, il faut considérer ce dernier comme tenu de rendre compte, à titre de fiduciaire, de tous les

avantages qu'il peut obtenir au-delà de l'indemnisation de la perte subie » (*The National Fire Insurance Company et al. c. McLaren* (1886), 12 O.R. 682 (Div. chanc.), [1886] O.J. No. 98 (QL), p. 687, le chancelier Boyd, décision citée et approuvée dans *Ledingham c. Ontario Hospital Services Commission*, [1975] 1 R.C.S. 332, [1974] A.C.S. n° 53 (QL), p. 337).

[12] La question de savoir si la police est un contrat d'indemnisation est tout à fait distincte de celle de savoir si M^{me} Wilson a été entièrement indemnisée de sa perte de revenus par les prestations d'invalidité de longue durée et par ce qui lui est resté du dédommagement auquel a été condamné l'auteur du délit. La réponse à la première question doit s'appuyer sur les clauses de la police; la réponse à la seconde exige de mesurer le succès de M^{me} Wilson à recouvrer sa perte. Le fait que les prestations d'invalidité de longue durée versées ne correspondent qu'à une partie des gains mensuels de base de M^{me} Wilson, malgré qu'il ait empêché La Great-West d'intervenir à quelque titre que ce soit dans l'action en responsabilité délictuelle et dans son règlement (*Somersall c. Friedman*, [2002] 3 R.C.S. 109, [2002] A.C.S. n° 60 (QL), 2002 CSC 59, par. 53), n'interdit nullement de conclure que la police d'assurance est un contrat d'indemnisation (*Globe & Rutgers Fire Insurance Co. c. Truedell* (1927), 60 O.L.R. 227 (C.S. Ont., Div. d'appel), [1927] O.J. No. 24 (QL); *Co-operative Fire and Casualty Co. c. Levesque* (1976), 13 R.N.-B. (2^e) 399 (C.A.), [1976] A.N.-B. n° 68 (QL); *Confederation Life Ins. Co. c. Causton* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 69 (C.A.), [1989] B.C.J. No. 1172 (QL); Brown, Craig, et Julio Menezes, *Insurance Law in Canada*, éd. à feuillets mobiles, Toronto, Thomson Carswell, 2002, vol. 1, p. 13-11). L'argument contraire de M^{me} Wilson est insoutenable, tout simplement.

[13] Comme je l'ai indiqué, la question en litige ici, circonscrite par l'accord des parties, n'est pas de savoir si M^{me} Wilson a été entièrement indemnisée de sa perte, mais si la police est un contrat d'indemnisation. Sur ce point, le juge du procès a cité les passages suivants, dont il a semblé approuver la teneur, de *Gibson c. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1984), 45 O.R. (2d) 326 (H.C.J. Ont.), [1984] O.J. No. 3110 (QL). Pages 333 à 335 :

[TRADUCTION]

[...] Les principes fondamentaux du droit des assurances applicables à un contrat de ce genre sont bien établis en ce qui concerne le droit de subrogation; si la police est un contrat d'indemnisation, la doctrine de la subrogation s'applique; dans le cas contraire, il n'existe aucun droit de subrogation. En Ontario, le juge Kelly de la Cour d'appel a analysé ce principe dans le détail dans l'arrêt *Glynn c. Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 2 O.R. 705, 40 D.L.R. (2d) 929, [1963] I.L.R. [par.] 1-111.

[...]

À partir de l'analyse exhaustive à laquelle le juge d'appel Kelly a procédé dans l'affaire *Glynn*, j'extrai les principes suivants qui, selon moi, s'appliquent en l'espèce.

- (a) À moins d'être expressément exclue, l'indemnisation est un principe essentiel d'un contrat d'assurance, de sorte qu'un tel contrat doit être interprété comme un contrat d'indemnisation à moins qu'il ne ressorte obligatoirement de ses clauses que la partie n'avait pas l'intention de passer un contrat d'indemnisation (p. 711 du recueil O.R., p. 935 du recueil D.L.R.).
- (b) Le libellé des modalités de la convention d'assurance peut cependant être de nature à indiquer qu'une indemnisation n'était pas envisagée; lorsque les clauses contractuelles indiquent que l'indemnisation n'était pas l'objet du contrat, l'application du principe d'indemnisation est exclue (p. 712 du recueil O.R., p. 936 du recueil D.L.R.).
- (c) Il n'est pas nécessaire qu'un contrat d'assurance qui est un contrat d'indemnisation renferme une clause précise en matière de subrogation; l'absence d'une telle clause ne mène pas à la conclusion que le contrat exclut la doctrine de la subrogation. J'ajoute que pour exclure le principe de la subrogation, que ce soit par voie contractuelle ou par voie législative, il faut que les dispositions d'exclusion constituent une dérogation claire, dans le cas particulier visé, au principe d'equity établissant le droit de subrogation.

- (d) Pour déterminer si un engagement particulier d'un assureur constitue un contrat d'indemnisation, il faut se demander quelle est la nature exacte du contrat dans le cadre duquel cet engagement a été pris, et non si le contrat d'assurance peut, de façon opportune, être classé dans l'une ou l'autre des différentes catégories générales, comme l'assurance contre les accidents corporels ou l'assurance-maladie.

[14] Le juge saisi de la requête, aux par. 23 à 27 de ses motifs, s'est ensuite penché sur l'unique question que doit trancher à notre Cour :

Si j'ai conclu erronément qu'il s'agit en l'espèce d'une situation de remboursement et non de subrogation, je devrais traiter les arguments que les avocats ont soulevés relativement à la question de la subrogation. La requérante défend la thèse selon laquelle la subrogation, pour être applicable, devait être expressément prévue dans la police étant donné que celle-ci énumère d'autres types de déductions (indemnisation des accidents du travail, R.P.C.) qui devaient être soustraites de la prestation mensuelle [d'invalidité de longue durée]. Elle fait également valoir que la question du droit de subrogation prévu par la common law ne se pose pas étant donné qu'il ne s'agit pas d'une police d'indemnisation.

Pour sa part, l'assureur intimé se dit en désaccord et soutient qu'il s'agit d'une police d'indemnisation et qu'il existe donc un droit de subrogation prévu par la common law. Comme je l'ai indiqué, une jurisprudence abondante confirme l'existence de ce droit de subrogation dans les polices d'indemnisation. À mes yeux, il est bien établi que la subrogation est applicable aux polices d'indemnisation. Par contre, je ne pense pas qu'une police prévoyant le versement de prestations [d'invalidité de longue durée] soit une police d'indemnisation. Le juge Kelly fait les observations suivantes, à la page 934 de la décision souvent citée *Glynn c. Scottish Union*, précitée :

[TRADUCTION] Par sa nature même, un contrat d'assurance sur la vie ne peut être un contrat à caractère indemnitaire – en fait, il semblerait impossible de rédiger ce genre de contrat pour en faire un contrat à caractère

indemnitaire. On peut en dire autant d'un contrat qui prévoit le paiement d'une somme déterminée en cas de mutilation ou le paiement d'une prestation hebdomadaire ou mensuelle déterminée pendant la durée d'une invalidité découlant d'un accident corporel. (Le soulignement est de moi.)

Dans l'arrêt *Mutual Life Assurance Co. c. Tucker*, précité, les faits sont très analogues à ceux qui existent en l'espèce. Ils semblent concorder parfaitement à deux exceptions près : la police prévoit le versement de prestations [d'invalidité de longue durée] hebdomadaires plutôt que mensuelles, puis il y a également la question de savoir si la personne assurée a été pleinement indemnisée. Comme en l'espèce, la police est muette au sujet des conséquences d'un recouvrement auprès d'une tierce partie. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse est arrivée à la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'une police d'indemnisation et qu'il ne pouvait donc y avoir de subrogation.

Je trouve les motifs détaillés du juge d'appel Freeman convaincants et directement pertinents en l'espèce. Pour les mêmes raisons, et dans la ligne des observations que le juge d'appel Kelly a faites dans *Glynn*, je conclus que la police d'assurance [d'invalidité de longue durée] n'est pas une police d'indemnisation avec la conséquence qu'il n'existe aucun droit de subrogation.

En résumé, je suis d'avis que l'assureur intimé ne jouissait pas d'un droit de subrogation en vertu de la police d'assurance [d'invalidité de longue durée], mais seulement d'un droit au remboursement à condition que la police en fasse mention. De plus, je pense que la police n'est pas en soi une police d'indemnisation étant donné qu'il suffisait à l'assurée de prouver qu'elle était atteinte d'une invalidité, ce qui faisait alors jouer la formule permettant de calculer le montant de sa prestation mensuelle. Il n'y avait aucune obligation de déposer une preuve de perte en établissant le montant, ce qui est exigé dans le cas d'une police d'indemnisation. Pour tous ces motifs, j'ai la conviction que la requérante a droit à ses prestations [d'invalidité de longue durée].

[15] À mon respectueux avis, les vues qu'exprime le juge saisi de la requête lorsqu'il écrit qu'une [TRADUCTION] « police prévoyant le versement de prestations [d'invalidité de longue durée] [n'est pas] une police d'indemnisation » vont contre le droit établi. Il est plus exact d'écrire qu'une police qui prévoit le versement de prestations d'invalidité de longue durée peut être un contrat d'indemnisation : tout dépend de ses clauses. Le droit en la matière est judicieusement résumé aux pages 278 et 279 de l'ouvrage de Richard Hayles, *Disability Insurance : Canadian Law and Business Practice* (Toronto, Carswell, 1998) :

[TRADUCTION]

Les polices d'assurance-invalidité n'exigent à peu près jamais de l'assuré qu'il établisse le montant précis de sa perte. En faire la preuve exacte serait difficile, parce que le revenu d'une personne fluctue au fil des ans; il n'est pas certain que le revenu que l'assuré gagnait à la survenance de l'invalidité soit représentatif de ce qu'il aurait gagné ou cours des mois ou des années à venir. S'il est possible, dans le cas d'une assurance de biens, de fonder rationnellement l'indemnisation sur la valeur marchande du bien à la date du sinistre, il serait arbitraire de vouloir procéder de la sorte dans le cas d'une police destinée à indemniser de pertes de revenus puisqu'il n'existe pas de marché où la capacité de travail à long terme d'une personne puisse être achetée et vendue. De nombreuses polices d'assurance-invalidité, par contre, tentent d'approcher du concept d'indemnisation en établissant les prestations d'après un pourcentage du revenu antérieur de l'assuré, ainsi qu'en déduisant de la prestation diverses autres sources de revenu. L'assuré n'est toujours pas tenu, à proprement parler, de faire la preuve d'une perte de revenu. Dans la plupart des cas, l'employeur informe l'assureur du revenu que gagnait le demandeur à la date pertinente. Il se peut que la police exige de l'assuré qu'il rende compte de certaines rentrées de fonds, ou demande certaines prestations, mais ce n'est pas exiger la preuve d'une perte.

L'adoption par les tribunaux du concept d'« assurance remplacement du revenu » atteste leur reconnaissance de cet état de choses. Il s'agit d'une catégorie d'assurance-invalidité qui se situe entre l'assurance maladie et accident traditionnelle, à caractère non indemnitaire, et la vraie garantie indemnitaire,

coutumière en assurance de biens et de risques divers. Une assurance sera, ou non, une assurance remplacement du revenu, qui confère un droit de subrogation, selon que les prestations que prévoit la police seront liées plus ou moins étroitement à une estimation de la perte de revenus réelle de l'assuré.

Le facteur déterminant, à cet égard, est la méthode de calcul de la prestation de base. Les polices qui prévoient le versement d'un montant donné, sans égard au revenu de l'assuré, ne seront probablement jamais considérées comme des polices de remplacement du revenu. S'il est stipulé que la prestation périodique est établie en proportion du revenu avant invalidité de l'assuré, il pourra s'agir ou non d'une police de remplacement du revenu. La cour devra alors se pencher sur les déductions que prévoit la police. Il serait probablement impossible à un assureur de prévoir une déduction pour absolument toutes les formes de revenus qu'un assuré pourrait gagner pendant une période d'invalidité. Toutefois, si la police permet à l'assureur de déduire la plupart des éventuelles rentrées de fonds de l'assuré après invalidité, elle sera, selon toute probabilité, réputée une police de remplacement du revenu.

La cour, chaque fois qu'elle examine une demande d'indemnité en subrogation présentée par un assureur, doit voir en priorité à ce que l'assuré soit entièrement indemnisé de sa perte. Une fois l'assuré indemnisé, la règle interdisant le double recouvrement entre en jeu et il est réputé détenir en fiducie tout excédent au profit de l'assureur.

- [16] Dans *Graham c. Hill* (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 347, [2003] A.N.-B. n^o 138 (QL), 2003 NBCA 24, notre Cour s'est penchée sur une police d'assurance-invalidité collective semblable à la présente police à de nombreux égards. Elle a conclu que les prestations [d'invalidité de longue durée] versées à M^{me} Graham étaient des prestations de « remplacement du revenu ». L'occasion a été donnée à l'avocat de M^{me} Wilson d'établir une distinction entre *Graham c. Hill* et la présente espèce, mais il a concédé que la police, ici, est une police de remplacement du revenu, ce qui s'accorde, à mon sens, avec les clauses de la police.

[17] Ainsi que l'enseignent les passages de *Gibson c. Sun Life* reproduits au paragraphe 13, le point de vue voulant qu'une police d'assurance-invalidité de longue durée ait un caractère indemnitaire par présomption a des appuis dans la jurisprudence. La police n'en sera dépourvue que *s'il ressort obligatoirement de ses clauses que les parties n'avaient pas l'intention de passer un contrat d'indemnisation*. Cette démarche analytique séduit pour des raisons à la fois théoriques et pratiques.

[18] Premièrement, l'assise théorique de la démarche est solide, vu le principe, établi de longue date, qui fait du caractère indemnitaire des polices d'assurance la règle générale (*Glynn c. Scottish Union & National Insurance Co. Ltd.*, [1963] 2 O.R. 705 (C.A.), [1963] O.J. No. 781 (QL), p. 712, le juge d'appel Kelly). Deuxièmement, la démarche adoptée dans *Gibson* est pratique, car elle ajoute à la prévisibilité de l'issue de litiges éventuels et, du coup, dissuade de poursuites qui souvent se révèlent onéreuses, pénibles et épuisantes.

[19] Si le processus d'interprétation de la police avait pour point de départ la présomption réfutable qu'elle est un contrat d'indemnisation, la contestation du jugement de première instance par Great-West serait sans parade. En effet, les clauses de la police ne contiennent tout simplement rien qui puisse repousser cette présomption, ou dont il ressortirait obligatoirement que les parties entendaient stipuler que des prestations d'invalidité de longue durée seraient versées, que l'assuré subisse ou non une perte de revenus liée à une invalidité. Cela dit, il est possible de statuer en l'espèce sans recourir à cette présomption, et ce, parce qu'il m'apparaît que *les clauses de la police qui entrent en jeu*, mises ensemble, exigent de conclure qu'elle est bel et bien un contrat d'indemnisation. Ces clauses sont les suivantes, et tous les italiques sont de moi : (1) seuls les employés [TRADUCTION] « qui occupent un emploi effectif à plein temps et à *plein salaire* auprès de l'employeur » sont admis aux prestations d'[TRADUCTION] « invalidité totale »; (2) le montant de base de ces prestations est *un pourcentage des gains mensuels de l'employé*; (3) ce montant de base est diminué du total des prestations de [TRADUCTION] « revenu » que l'assuré reçoit ou est en droit de recevoir de diverses sources, dont l'Indemnisation des accidents du travail, le Régime de pensions du Canada

et d'autres régimes d'assurance collective; (4) la police définit [TRADUCTION] « invalidité totale » comme une invalidité qui empêche l'employé [TRADUCTION] « d'exercer une profession ou d'exécuter un travail, *contre rémunération ou profit*, que son éducation, sa formation et son expérience lui permettraient normalement d'accomplir de l'avis de la compagnie »; (5) il n'y a pas invalidité totale [TRADUCTION] « si, *contre rémunération ou profit*, l'employé exerce une profession ou exécute un travail ».

[20] Il s'ensuit de ces dispositions qu'un assuré n'a droit aux prestations que s'il est *à la fois* atteint d'invalidité totale, au point de vue médical, et privé de revenu d'emploi. La police ne prévoit d'exception que dans le cas des emplois de réadaptation, emplois à temps partiel que La Great-West agréée et que prennent les employés à qui une invalidité interdit d'exercer un emploi à plein temps. Même dans ce cas, il n'est permis à l'assuré de conserver que la moitié de la rémunération ou du profit que lui procurent son emploi. De plus, lorsque l'état de santé d'un employé suppose une invalidité totale et qu'il ne tire ni profit ni rémunération de l'exercice d'une profession *ou* de l'exécution d'un travail, les prestations d'invalidité totales sont diminuées de prestations de revenu d'une multitude de sources. La clause de « diminution » vise manifestement à prévenir la double indemnisation, indice fort de l'octroi par la police de prestations *indemnitaires*.

[21] En somme, la seule preuve d'un mal l'invalidant « totalement » ne confère pas à l'assuré le droit aux prestations prévues par la police. À moins que l'assuré ne soit dépourvu de revenu d'emploi et qu'il ne subisse de ce fait une perte pécuniaire réelle, les prestations d'invalidité ne sont pas à payer. Si elles sont à payer, le montant de base, qui correspond à une partie des gains de l'employé, est diminué de certaines prestations de revenu. En définitive, l'indemnisation qu'apporte la police est une indemnisation partielle pour la perte de revenus liée à une invalidité. Elle répond donc aux exigences auxquelles une police d'assurance doit satisfaire pour constituer un contrat d'indemnisation. Je ne suis pas persuadé, par ailleurs, que *Mutual Life Assurance Co. c. Tucker* soit un précédent contraire.

[22] D'abord, le droit n'oblige l'assuré à rendre des comptes à l'assureur qu'en cas d'excédent de la somme obtenue sur la pleine indemnisation. Dans *Tucker*, l'assuré n'avait pas obtenu de jugement le dédommageant de la totalité de sa perte de revenus; il avait acquiescé à un règlement qui ne l'en indemnisait pas entièrement. La Cour d'appel a accueilli la conclusion du juge du procès que [TRADUCTION] « les sommes versées au titre de la police et du règlement [négocié avec l'auteur de délit] ne constituaient pas une pleine indemnisation », de sorte que les observations de la Cour, quant au débat sur le caractère indemnitaire ou non indemnitaire, sembleraient être des *obiter dicta*. Je signale, par parenthèse, qu'il serait pratiquement impossible à l'assureur qui n'est tenu qu'à une indemnisation partielle d'avoir part au dédommagement de l'assuré, en cas de règlement forfaitaire n'octroyant pas la totalité de la somme réclamée, si ce règlement a été conclu sans une ventilation des chefs de dommages. On sait que, pour diverses raisons, qui ne sont pas toutes logiques, les parties lésées sont rarement pressées de plaider en justice et ont tendance à accepter des sommes sensiblement inférieures à l'indemnisation qu'elles pourraient obtenir, même lorsque la responsabilité est admise. L'assureur n'est pas en meilleure posture lorsque la somme affectée à la perte de revenus par le règlement que l'assuré/demandeur a accepté ne procure pas une pleine indemnisation : l'assureur qui n'est tenu qu'à une indemnisation partielle n'a pas voix au chapitre dans le processus de règlement et, pourvu que le point de vue de l'assuré/demandeur sur ce que doit être la répartition de la somme ne soit pas irrationnel, l'assureur et les tribunaux sont tenus de le respecter.

[23] Deuxièmement, la police en cause dans *Tucker* et celle sur laquelle nous statuons ici ne se concordent pas exactement. Cela dit, même s'il y avait symétrie parfaite entre les deux polices, je refuserais respectueusement de suivre les constatations incidentes de *Tucker* et je maintiendrais que la police est un contrat d'indemnisation, thèse développée dans les présents motifs.

IV. Conclusion et dispositif

[24] Pour les motifs qui précèdent, je conclus respectueusement que le juge saisi de la requête a commis une erreur justifiant d'infirmier sa décision lorsqu'il a conclu que la police d'assurance-invalidité collective à l'origine du litige n'était pas un contrat d'indemnisation. Ce faisant, il a interprété erronément les clauses de la police et ne les a pas mises à effet. Je suis d'avis en conséquence, ce par quoi je donne suite à l'accord des parties, d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Cour du Banc de la Reine et de rejeter la requête de M^{me} Wilson. La Great-West ayant renoncé aux dépens, je suis d'avis que chacune des parties assume ses propres frais afférents au litige.

[TRADUCTION]
ANNEXE A

1. FORMULE – ADMISSIBILITÉ – Sont admissibles à la présente assurance, parmi les catégories d'employés du tableau d'assurance ci-dessous, les catégories suivantes :

(a) Les employés, y compris les employés de magasins franchisés et de Capital/Valu, qui, à la date d'entrée en vigueur de la police, comptent une journée d'emploi effectif et continu auprès de l'employeur, à plein temps et à plein salaire, et qui occupent un emploi effectif à plein temps et à plein salaire auprès de l'employeur à cette date. Les employés que la présente disposition exclut du fait qu'ils n'exerçaient pas effectivement un emploi à plein temps et à plein salaire auprès de l'employeur à la date d'entrée en vigueur seront admissibles à l'assurance dès qu'ils auront repris un emploi effectif à plein temps et à plein salaire auprès de lui. Toutefois, si la présente police remplace une police d'assurance collective invalidité de longue durée établie par une autre compagnie d'assurance, les employés appartenant à une catégorie admissible, aux termes de la présente police, qui ont souscrit l'assurance antérieure immédiatement avant sa cessation mais que cette assurance ne couvre plus, sont, dans les trente et un jours de cette cessation, admissibles à la présente assurance à la date de son entrée en vigueur et, pour l'application de la clause 14, sont tenus pour occupant un emploi effectif, à plein temps et à plein salaire, auprès de l'employeur.

[...]

TABLEAU D'ASSURANCE – L'employé admissible qui présente la demande d'assurance prévue aux clauses 14 et 19 est assuré à hauteur de la prestation mensuelle stipulée ci-dessous pour la catégorie à laquelle il appartient, sous réserve de la clause 2.

Catégories d'employés

Assurance sur la vie
de l'employé

Tous les employés :

*60 % des **gains mensuels de base de l'employé, jusqu'à concurrence de 3 500 \$.

[...]

4. DÉFINITIONS – Les termes qui suivent, lorsqu'ils sont employés dans la présente police, ont strictement le sens que leur attribue la définition donnée.

- (b) Invalidité totale – Un employé est atteint d'invalidité totale, ou l'invalidité totale est constatée, lorsque l'employé est dans un état d'incapacité corporelle ou mentale, par suite de lésions ou d'une maladie, qui doit,
 - (i) d'une part, pendant le délai de carence spécifié ci-dessous et au cours des vingt-quatre mois suivants, l'empêcher de s'acquitter de toute fonction rattachée à son emploi,
 - (ii) et d'autre part, si l'invalidité totale persiste pendant le délai de carence et les vingt-quatre mois suivants, l'empêcher ensuite complètement, tant que durera cette invalidité, d'exercer une profession ou d'exécuter un travail, contre rémunération ou profit, que son éducation, sa formation et son expérience lui permettraient normalement d'accomplir de l'avis de la compagnie.

Il est stipulé cependant que l'employé n'est pas atteint d'invalidité totale et que l'invalidité totale n'est pas constatée si, contre rémunération ou profit, l'employé exerce une profession ou exécute un travail.

- (c) Délai de carence – Le délai de carence de la présente police est de six mois.
- (d) Emploi de réadaptation – Toute profession ou tout travail à temps partiel, contre rémunération ou profit, agréé par la compagnie et pris par l'employé tandis qu'inapte, pour cause d'invalidité, à exercer une profession ou un travail à plein temps.

Les gains mensuels sont la rémunération mensuelle de l'assuré, y compris les primes, les commissions ou les suppléments, et équivalent au douzième des gains bruts réalisés, d'après le feuillet T4, pendant l'année civile ayant précédé la date anniversaire de la police. Cependant, lorsque le feuillet T4 du souscripteur fait état de moins de douze mois de gains, les gains mensuels équivalent au plus élevé des deux montants suivants : a) le quotient des gains bruts réalisés, d'après le feuillet T4, pendant l'année civile ayant précédé l'anniversaire de la police, par le nombre de mois représenté; b) le salaire mensuel usuel (sans primes, commissions, ni avantages) à la date anniversaire.

5. NATURE DE LA PRESTATION – Si un employé assuré par la présente police est atteint d'invalidité totale avant la date qui précède, par une période équivalant au délai de carence, son soixante-cinquième anniversaire, et s'il a souffert de cette invalidité continuellement pendant au moins la durée du délai de carence, la compagnie, sous réserve des restrictions, dispositions et conditions de la présente police, verse à l'employé la prestation mensuelle que stipule le tableau d'assurance.

Le montant de la prestation mensuelle payable à l'employé sera diminué du montant total de prestations de revenu que la personne protégée reçoit ou est en droit de recevoir des sources suivantes du fait de l'invalidité au titre de laquelle la prestation mensuelle de revenu est payable :

- (d) un régime d'indemnisation des accidents du travail ou une mesure législative analogue,
- (e) le Régime de pensions du Canada, le Régime des rentes du Québec ou tout autre régime fédéral, provincial ou municipal, en excluant les prestations payables relativement aux personnes à charge, mais sans tenir compte de toute hausse des prestations d'invalidité versées dans le cadre de ces régimes qui découle de l'indice de pension ou des rentes défini dans ces régimes et qui prend effet après l'achèvement de l'invalidité,
- (f) tout régime d'assurance collective ou tout régime de retraite ou de pension du titulaire

de la police, quant à l'indemnisation des personnes qu'il protège[.]

[...]

- les prestations du Régime de pensions du Canada ou du Régime des rentes du Québec payables à titre de pension ou de rente de retraite à l'égard du mois en question.

Pour être admissible à des prestations au titre de la présente police, l'employé atteint d'une invalidité doit demander, d'une part, les prestations d'invalidité auxquelles il pourrait avoir droit en vertu de toute loi sur les accidents du travail, ou autre loi ou disposition d'assurance analogue, et, d'autre part, les autres prestations auxquelles il pourrait être admissible en vertu des alinéas a), b) ou c) ci-dessus, et la compagnie se réserve le droit d'appliquer les réductions décrites plus haut sur la base d'une estimation du montant de ces paiements jusqu'à ce que leur montant effectif ait été établi.

[...]

Si, immédiatement après une période d'invalidité totale pour laquelle les prestations prévues par la présente police ont été versées, un employé passe à un emploi de réadaptation, la compagnie continue de lui verser, pendant vingt-quatre mois tout au plus, un revenu mensuel calculé de la façon indiquée ci-dessus, comme s'il était toujours atteint d'invalidité totale au sens de la présente police, duquel sont soustraits 50 % de la rémunération ou du profit de l'emploi de réadaptation.