

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

102-13-CA

THE ESTATE OF CAROLINE J. HIGGINS

LA SUCCESSION DE CAROLINE J. HIGGINS

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

DAVID A. ARSENEAU

DAVID A. ARSENEAU

RESPONDENT

INTIMÉ

The Estate of Caroline J. Higgins v. Arseneau,
2014 NBCA 65

La succession de Caroline J. Higgins c. Arseneau,
2014 NBCA 65

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Deschênes

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
October 8, 2013

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 8 octobre 2013

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2013 NBQB 332

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 332

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal:
[2014] N.B.J. No. 14

Cour d'appel :
[2014] A.N.-B. n° 14

Appeal heard and judgment rendered:
June 16, 2014

Appel entendu et jugement rendu :
le 16 juin 2014

Reasons delivered:
November 6, 2014

Motifs déposés :
le 6 novembre 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

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

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Deschênes

Counsel at hearing:

For the appellant:
George A. McAllister, Q.C.

For the respondent:
David G. O'Brien, Q.C. and
Patrick J.O. Dunn

THE COURT

The present appeal is against the determination by a judge of the Court of Queen's Bench that damages recoverable pursuant to New Brunswick's survival of actions statute do not include damages for the loss of income the deceased might have earned had he or she not died. At the conclusion of the hearing on June 16, 2014, the Court dismissed the appeal, with reasons to follow.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
George A. McAllister, c.r.

Pour l'intimé :
David G. O'Brien, c.r., et
Patrick J.O. Dunn

LA COUR

Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine portant que les dommages-intérêts recouvrables sous le régime de la *Loi sur la survie des actions en justice* du Nouveau-Brunswick ne comportent pas de dommages-intérêts pour la perte des revenus que la personne défunte aurait pu gagner si elle n'était pas décédée. À la clôture de l'audience, le 16 juin 2014, la Cour a rejeté l'appel en précisant que des motifs seraient déposés ultérieurement.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] At common law, an action for personal injuries did not survive the death of the injured party. Happily, that rule no longer avails in its absolute form in most, if not all, Canadian common law jurisdictions as a result of survival of actions statutes. In this province, the modern version of the legislation, at least insofar as recovery of damages for pecuniary loss is concerned, conforms in all material respects to the recommendations put forward in the 1960s by the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada. The substantive issue for consideration here, one of first impression for this Court, is whether the recovery-enabling provision of the statute in question allows the fatally injured party’s estate to recover damages for the loss of income he or she could have earned had death not occurred. A judge of the Court of Queen’s Bench determined it did not: *Donald J. Higgins as the Executor of the Estate of Caroline J. Higgins et al. v. David A. Arseneau*, 2013 NBQB 332, 410 N.B.R. (2d) 354.

[2] At the time of the roadway accident that gave rise to the underlying litigation, s. 2(1) of the *Survival of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-18, stated that, all causes of action “vested in a person who dies after April 1, 1969, survive for the benefit of the estate”. Section 5(1) provided that when a cause of action survived for the benefit of the estate, only damages that resulted “in actual pecuniary loss to the deceased person or the estate” were recoverable.

[3] Relying primarily upon the majority opinion in *Duncan Estate v. Baddeley*, 1997 ABCA 100, [1997] A.J. No. 339 (QL), leave to appeal denied [1997] S.C.C.A. No. 315, and borrowing from concepts developed for the assessment of damages for post-trial loss of income or earning capacity sustained by living claimants, the estate of Caroline J. Higgins (“the Estate”) urges reversal, arguing the income she

would have earned subsequent to death (during what is commonly called the “lost years”) is a capital asset. In the Estate’s submission, the loss of that asset is an “actual pecuniary loss”, if not to Ms. Higgins personally, then to her estate.

[4] For his part, the respondent, David Arseneau, contends this submission is untenable because it is based entirely on a fiction, there being, to the assessing court’s knowledge, no more than the potentiality of an asset at the time of death, and no real asset following death. He submits the term “actual” was inserted in s. 5 to make plain that surviving rights relate to existing as opposed to “future” losses, the dividing event being death. Mr. Arseneau points to affidavit evidence showing the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada and, more saliently, the Legislature understood, at the time of section 5(1)’s adoption, that it excluded recovery of damages for “loss” of income or earning capacity during the lost years. Mr. Arseneau emphasizes courts in all Atlantic Provinces have unanimously rejected the expansive interpretation favored by the majority in *Duncan Estate v. Baddeley* and disallowed claims for any such loss.

[5] By way of rejoinder, the Estate argues the narrower interpretation adopted and applied elsewhere is traceable to differences in wording between the recovery-enabling provision at issue in each of those cases and s. 5(1) of our survival of actions statute. The key difference would be that, under our statute, like the one in play in *Duncan Estate v. Baddeley*, and unlike Nova Scotia’s for example, damages are recoverable not only for actual pecuniary losses to the estate, but, as well, to the deceased person.

[6] Briefly stated, my view is this. The legislative context, both immediate and general, compels rejection of the expansive interpretation of the phrase “actual pecuniary loss” adopted in *Duncan Estate v. Baddeley*. It is so because that interpretation is disharmonious with and makes redundant the word “actual”, which means “existing in fact”, and brings about a result at odds with the Legislature’s stated intention at the time of s. 5(1)’s adoption.

[7] I close these introductory remarks by recording that I am not without knowing the narrower interpretation of the phrase “actual pecuniary loss” will occasionally limit the wrongdoer’s liability to relatively insignificant pecuniary damages, as may be the case here. That is the policy choice the Legislature made in the exercise of its sovereign authority over such matters, and all judges are duty bound to give effect to constitutionally valid legislation. Needless to say, no judge is entitled to disregard legislation solely because it reflects what he or she views as an insufficiently claimant-friendly public policy. Importantly, the object of s. 5(1) is compensatory, not punitive.

II. The Context

[8] The present appeal is from the determination of a question of law under Rule 23.01(1)(a) of the *Rules of Court*. By virtue of that rule, a plaintiff or a defendant may at any time before the action is set down for trial apply for the determination of a question of law. The question must be raised by a pleading and there must be a real and substantial possibility that its determination will dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs. Absent exceptional circumstances, the determination stands to be made solely on the basis of the pleadings and evidence of the kind allowed by Rule 23.02 (a transcript of a relevant examination or an affidavit required to identify or prove the execution of a document): *Doiron and Careau v. Hogan*, 2001 NBCA 97, 243 N.B.R. (2d) 263, at para. 40 and *Co-operators General Insurance v. Richard, O’Regan, Les Fermes Gervais, Gervais and Les Fermes Dionne/Dionne Farms*, 2002 NBCA 98, 255 N.B.R. (2d) 6, at paras. 41-42, Deschênes J.A. for the Court. In my view, exceptionality in this context is shaped by the interests of justice.

[9] In *LeBlanc v. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 N.B.R. (2d) 325, the Court underscored the helpful role Rule 23.01(1)(a) can play in securing the just, least expensive and most expeditious determination of proceedings on their merits. Nonetheless, it cautioned against the application of the rule to resolve “unsettled, complex and difficult questions of statutory interpretation whose determination would

be facilitated by a consideration of evidence, be it only evidence pertaining to the provision's object, and the Legislature's intention in relation thereto, and whose determination would, as well, benefit from the refinement and honing of arguments that typically takes place over the course of pre-trial preparation and at the trial itself" (para. 35). In that case, the Court dismissed the application under Rule 23.01(1)(a) because the question raised fell into the "unsettled, complex and difficult" category and its determination hinged on "correctly identifying the precise contours of a relatively novel insurance scheme and the true intention of the drafters of the ambiguous legislation that seeks to give it expression", all without any evidence on point (para. 36). That is not the case here.

A. *The pleadings*

[10] The plaintiffs, Donald J. Higgins (as the executor of the Estate) and the Estate itself, assert in the Statement of Claim that "on June 20, 2010, Caroline J. Higgins was jogging in an easterly direction on the sidewalk on the north side of the Bridge Road [in] Saint John, when suddenly and without warning, [Mr. Arseneau], who was driving [his] motorcycle in an easterly direction on Bridge Road, negligently lost control of [his] motorcycle and struck [Ms. Higgins] causing her death". The plaintiffs go on to allege Mr. Arseneau was negligent in failing to: keep a proper lookout; keep his motorcycle under control; and brake in time to avoid the collision. They also aver Mr. Arseneau violated the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17, by driving a motorcycle that was unsafe and doing so without due care and attention, at a speed in excess of the posted or safe limit and without reasonable consideration for any other person using the highway. They conclude with the allegation that Mr. Arseneau drove while impaired by fatigue, alcohol or drugs. I note parenthetically that the plaintiffs have filed an Answer to the Defendant's Demand for Particulars in which they advance a claim for punitive and exemplary damages.

[11] The plaintiffs state Mr. Higgins, *qua* executor of the Estate, brings the action pursuant to s. 3(1) of the *Fatal Accidents Act*, R.S.N.B. 1973, c. F-7 for his own

benefit and that of Ms. Higgins' "parents, children, brothers and sisters", which are identified as:

Name	Age	Address	Occupation
Mother Sheila Anne Higgins	77	28 Grant Cres. Saint John, NB	Retired
Brother Donald James Higgins	51	19 Partridge Rd. Rothesay, NB	Lawyer
Sisters			
Anne Maureen Higgins	49	96 England Circle Charlottetown, PE	Substitute Teacher/ Education Assistant
Mary Ellen Higgins	47	4 Pugsley Ct. Rothesay, NB	Homemaker
Kelly Lynn Higgins	45	817-111 Davisville Ave. Toronto, ON	Librarian
Siobhan Kathleen Higgins	52	465 Ragged Point Rd. Saint John, NB	Computer Programmer/Analyst

[12] The plaintiffs plead, as well, ss. 3(2) and 3(3) of the *Fatal Accidents Act*, and assert Ms. Higgins "would have provided maintenance and support for her parents, children, brothers and sisters for the remainder of her life and left her Estate to them for their enjoyment, maintenance and support". Sections 3(1), (2) and (3) read as follows:

3(1) Every action under this Act shall be for the benefit of the spouse, parent, child, brother and sister, or any of them, of the deceased, and except as hereinafter provided, shall be brought by and in the name of the executor or administrator.

3(1) Toute action intentée en vertu de la présente loi doit l'être en faveur d'un conjoint, d'un parent, d'un enfant, d'un frère et d'une sœur de la victime, ou d'un de ceux-ci, et, sauf disposition contraire de la présente loi, elle est intentée par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur en son propre nom.

3(2) Subject to subsection (3), in every such action such damages as are

3(2) Sous réserve du paragraphe (3), dans toute action de ce genre, les dommages-

proportional to the pecuniary loss resulting from the death shall be awarded to the persons respectively for whose benefit the action is brought.

intérêts proportionnels à la perte pécuniaire résultant du décès doivent être attribués respectivement aux personnes en faveur de qui l'action est intentée.

3(3) Where an action has been brought under this Act there may be included in the damages awarded an amount sufficient to cover the reasonable expenses of the funeral and the disposal of the body of the deceased if those expenses were incurred by any of the persons by whom or for whose benefit the action is brought.

3(3) Lorsqu'une action a été intentée en vertu de la présente loi, les dommages-intérêts accordés peuvent comprendre un montant suffisant pour couvrir les frais funéraires et d'obsèques raisonnables de la victime si ces frais ont été supportés par l'une des personnes par qui ou en faveur de qui l'action a été intentée.

[Emphasis added.]

[C'est moi qui souligne.]

[13] The plaintiffs also state the Estate brings the action pursuant to s. 5 of the *Survival of Actions Act*, which reads as follows:

5(1) Where a cause of action survives for the benefit of the estate of a deceased person, only damages that have resulted in actual pecuniary loss to the deceased person or the estate are recoverable and, without restricting the generality of the foregoing, the damages recoverable shall not include damages for loss of expectation of life, pain and suffering or physical disfigurement.

5(1) Lorsqu'une cause d'action survit au profit de la succession d'un défunt, seuls les dommages qui ont causé une perte pécuniaire véritable pour le défunt ou pour sa succession peuvent faire l'objet d'un recouvrement et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les dommages-intérêts recouvrables ne doivent pas comporter de dommages-intérêts pour perte d'espérance de vie, pour douleurs et pour souffrances ou préjudice esthétique.

5(2) Notwithstanding subsection (1), where the person in whom the cause of action is vested dies on or after January 1, 1993, the damages recoverable may include punitive or exemplary damages in appropriate cases.

5(2) Nonobstant le paragraphe (1), lorsque la personne qui a le droit d'action meurt le ou après le 1er janvier 1993, les dommages-intérêts recouvrables peuvent comporter des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires dans les cas appropriés.

[Emphasis added.]

[C'est moi qui souligne.]

[14] In addition, the plaintiffs plead s. 2 of the *Survival of Actions Act*:

2(1) All causes of action vested in a person who dies after April 1, 1969, survive for the benefit of the estate.

2(1) Toutes les causes d'action qu'a une personne qui meurt après le 1^{er} avril 1969, survivent au profit de sa succession.

2(2) The rights conferred by subsection (1) are in addition to and not in derogation of any rights conferred by the <i>Fatal Accidents Act</i> .	2(2) Les droits conférés par le paragraphe (1) s'ajoutent, sans y déroger, aux droits conférés par la <i>Loi sur les accidents mortels</i> .
--	--

[15] While the Statement of Claim does not feature an explicit claim of damages for “actual pecuniary loss” to Ms. Higgins or the Estate, it does contain an allegation that they suffered “pecuniary losses” as a result of her death. Special damages are sought for funeral expenses, flowers, tombstone and “miscellaneous”, but not for unearned income for the period between death and trial. However, “general damages” are claimed in paragraph 18(a).

[16] I pause to record that the *Survival of Actions Act* and the *Fatal Accidents Act* in effect at the time of the June 20, 2010 accident have been replaced by the *Survival of Actions Act*, R.S.N.B. 2011, c. 227 and the *Fatal Accidents Act*, R.S.N.B. 2012, c. 104. Section 5(1) of the former *Survival of Actions Act* is continued in s. 6(1) of the current *Act*. In the text that follows, references are to the provisions of the *Survival of Actions Act* and the *Fatal Accidents Act* in effect at the time of the accident, unless the context dictates otherwise.

[17] Following delivery of the Statement of Claim, Mr. Arseneau filed and served a Demand for Particulars of the “general damages” claimed in paragraph 18(a) of the Statement of Claim and, more specifically, answers to the following questions:

3. As to paragraph 18(a) [...]:
 - a. Is the claim for general damages a claim for pecuniary or non-pecuniary general damages?
 - b. If this claim for general damages is or includes a claim for pecuniary general damages:
 - i. What is the nature of the pecuniary loss under this head of damages that the Estate is alleged to have suffered?

- ii. Is the claim for pecuniary damages limited to a claim on behalf of the surviving mother, brother and sisters of Caroline J. Higgins under the *Fatal Accidents Act*, R.S.N.B. 1973, c. F-7?
- iii. Does the claim for pecuniary general damages include a claim under the *Survival of Actions Act*, R.S.N.B. 2011, c. 227 by the Estate of Caroline J. Higgins for future loss of income or loss of earning capacity suffered by the deceased person or the Estate?

[18] In paragraph 1(b)(i) of their February 23, 2013 Answer to the Defendant's Demand for Particulars, the plaintiffs confirm the Estate "will be relying on the 'available surplus approach' in assessing the Plaintiff's claim pursuant to the *Survival of Actions Act* which was set out and adopted by the Alberta Court of Appeal in *Duncan Estate v. Baddeley*". In paragraph 3(b)(iii), they add "the Estate [...] claims 'actual pecuniary loss' and intends to rely on the methodology set out in *Duncan Estate v. Baddeley* [...] which will include an assessment of what Caroline J. Higgins would have earned during her lifetime".

[19] In his Statement of Defence, Mr. Arseneau denies either plaintiff is legally entitled to recover damages for "future or prospective loss of income or earning capacity" consequential upon Ms. Higgins' death, whether as an actual pecuniary loss "pursuant to s. 6(1) of the [2011] *Survival of Actions Act* or otherwise (including as such claim is particularized in paragraphs 1(b)(i) and 3(b)(iii) of the Plaintiffs' Answer to the Defendant's Demand for Particulars dated February 5, 2013)".

B. *The motion*

[20] Mr. Arseneau applied by way of Notice of Motion for a determination under Rule 23.01(1)(a) of the following question of law:

Is the Plaintiff Estate of Caroline J. Higgins entitled to recover damages for loss of future or prospective earnings, or loss of earning capacity, as a result of the death of Caroline J. Higgins pursuant to the *Survival of Actions Act*, R.S.N.B. 2011, c. 227, or otherwise?

[21] Mr. Arseneau also sought an order pursuant to Rule 23.01(1)(b) striking “those portions of the Plaintiffs’ Statement of Claim and Statement of Particulars claiming damages for loss of future or prospective earnings, or loss of earning capacity, as a result of the death of Caroline J. Higgins [...]”.

[22] Three affidavits were filed in support of the motion.

[23] The affidavit of Marie Bordeleau, the executive director of the Uniform Law Conference of Canada, explains that the Conference was known, until 1974, as the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, which was established in 1918 to secure uniformity of legislation. The Conference’s current mandate includes facilitating and promoting “the harmonization of laws throughout Canada by developing, at the request of the constituent jurisdictions, Uniform Acts, Model Acts, Statements of Legal Principles and other documents deemed appropriate to meet the demands that are presented to it by the constituent jurisdictions from time to time”. Attached to her affidavit are copies of extracts from the record of the proceedings of the 43rd, 44th and 45th annual meetings of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada held in 1961, 1962 and 1963, respectively. Section 6 of the final revised model *Survival of Actions Act* (Appendix Q to the report for 1963) contemplated recovery of “only damages that have resulted in actual pecuniary loss to the deceased person or the estate”, which is precisely the standard set by our statute. As will be seen, the prevailing view was that an explicit exclusion of compensation for loss of expectancy of earnings subsequent to death was unnecessary because no right to same survived.

[24] The affidavit of Donald J. Forestell, the Clerk of the Legislative Assembly of New Brunswick and the custodian of its records, placed before the motion judge a copy of extracts of the “Synoptic Report of the Proceedings of the Second Session of the

Forty-Sixth Legislative Assembly of the Province of New Brunswick, 1969, Vol. 1”. The pertinent proceedings relate to Bill 63 (*Survival of Actions Act*) and Bill 64 (*Fatal Accidents Act*), and show both Bills reflected “model” legislation proposed by the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada.

[25] In the third and final affidavit, David G. O’Brien, Q.C., a member of the law firm acting as Mr. Arseneau’s solicitors of record, attaches for the motion judge’s consideration a copy of the Statement of Claim, the Demand for Particulars, the Answer to the Defendant’s Demand for Particulars and the Statement of Defence. In addition, Mr. O’Brien ventures the opinion that a negative answer to the question posed in the Notice of Motion would render irrelevant a host of issues, a result that “will simplify and shorten the discovery of documents, oral discovery, and trial, and also result in a substantial saving of litigation costs”.

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

[26] The motion judge allowed into the record Mr. O’Brien’s affidavit, but disregarded his statement of opinion regarding the usefulness of the sought-after legal determination. As for the Bordeleau and Forestell affidavits, no issue was taken with their admissibility, but the judge admitted them in evidence for a limited purpose: they would assist “not in interpreting the *Survival of Actions Act* but, rather, uniquely in assessing the nature of the record” before the court in *Estate of Adams et al. v. McKiel and Loyal Taxi*, 2012 NBQB 106, 387 N.B.R. (2d) 140, where Clendening J. ruled damages for loss of earnings in the “future” (meaning post-death) were not recoverable by the deceased’s estate under the *Survival of Actions Act*. The motion judge considered judicial comity and *stare decisis* compelled him to follow, “without more”, her ruling (para. 46). As a result, he determined the plaintiffs were not entitled to recover damages for loss of “future” or “prospective” earnings or loss of earning capacity:

Counsel for the plaintiff fairly acknowledged that I am in no better or different position than Clendening J. was in *Adams Estate v. McKiel*. In the end, for this Court to

embark on its own interpretative course guided by the competing arguments made here on essentially the same material put before my sister judge only last year would be to fail to respect precedent, to ignore the importance of judicial comity; in short, to abandon *stare decisis*. I am not prepared to do so for the reasons set out in *Re: Hansard Spruce Mills*, supra. Rather, I simply follow *Adams Estate v. McKiel*, supra.

[...]

Consequently, pursuant to *Rule 23.01(1)(a)* of the *Rules of Court* I answer the legal question in the negative:

The Plaintiff Estate of Caroline J. Higgins is not entitled to recover damages for loss of future or prospective earnings or loss of earning capacity, as a result of the death of Caroline J. Higgins, pursuant to the Survival of Actions Act, R.S.N.B. 2011, c. 227. [paras. 51-52]

Despite the interpretative determination's reference to the 2011 *Survival of Actions Act*, all agree it applies, as well, to the *Survival of Actions Act* in effect at the time of the accident.

[27] Additionally, in the law of damages, future or prospective losses relate to the post-trial period. However, it is common ground that, by the use of the phrase "future or prospective earnings or loss of earning capacity", the motion judge meant to address post-death earnings or earning capacity, not just future or prospective earnings or loss of earning capacity from the date of trial forward.

D. *The case, in abridged form, for and against reversal*

[28] The Estate contests the legal determination on procedural grounds. It submits the motion judge erred: (1) in concluding the issue raised by the Notice of Motion constituted a motion for the determination of a question of law raised by the pleadings; (2) in interpreting the *Survival of Actions Act* without the benefit of an evidentiary record of the kind mentioned in *LeBlanc v. Boisvert*; and (3) in applying the

doctrines of judicial comity and *stare decisis* on a motion under Rule 23.01(1)(a). That Rule requires, so goes the argument, a determination by the motion judge him- or herself, and an unquestioned acceptance of a colleague's determination in another case does not pass muster. That said, it is conceded the issue is now moot, our Court having to pass upon the correctness of the determination, not the reasons given in support. The Estate also submits the motion judge erred in admitting the three affidavits mentioned above. It argues the judge admitted those affidavits "without a principled reason" and used them inappropriately to apply the doctrines of judicial comity and *stare decisis*. Lastly, the Estate argues the motion judge erred in finding that a determination of the question raised in the Notice of Motion may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs.

[29] The Estate also challenges the judgment rendered in first instance on substantive grounds. According to the Estate, the contested determination of law is based upon an incorrect interpretation and application of the *Survival of Actions Act* and the *Fatal Accidents Act*. That interpretation would not be "consistent with a purposive, textual and contextual interpretation" of the pertinent provisions, notably ss. 2(2), 3 and 5(1) of the *Survival of Actions Act*. Moreover, that interpretation would fail to take account of the French version of those provisions and would be disharmonious with s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13:

<p>17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.</p>	<p>17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.</p>
--	---

[30] In his reasons for decision in *MacLean v. MacDonald*, 2002 NSCA 30, [2002] N.S.J. No. 76 (QL), Cromwell J.A., as he then was, offers a response, which I endorse, to the Estate's argument that s. 17 of the *Interpretation Act* mandates a plaintiff-friendly interpretation of the phrase "actual pecuniary loss". Referring to the corresponding provision of Nova Scotia's *Interpretation Act*, Justice Cromwell states:

“This rule, however, is not directed to giving the statute the most favourable interpretation possible to permit recovery, but to giving an interpretation that will ensure the attainment of the statute’s objects. In my view, this rule is fully complied with through the detailed contextual analysis which I am undertaking in this case” (para. 105). Furthermore, there is nothing in the French version of s. 5(1) that is of assistance to the Estate’s interpretative submission. Nothing further need be said with respect to these two arguments.

[31] Despite his determination that the Estate could not recover damages for future loss of earnings or loss of earning capacity, the motion judge dismissed the motion to strike the parts of the Statement of Claim and the Answer to the Defendant’s Demand for Particulars in which that claim was advanced. He did so for the following reasons:

In the event the Court answered the question in the negative, the defendant also relies on *Rule 23.01 (1) (b)*, which, as noted earlier, “allows a party to apply for an order striking out a pleading” and which can only succeed “if the impugned pleading fails to disclose a reasonable cause of action or defence” (*Sewell v. ING Insurance Co. of Canada* supra, at para. 6). The plaintiff objects to the applicability of this provision and during argument counsel for the defendant did not push for this additional remedy. He appeared content to rely on any negative answer given by the Court under *Rule 23.01(1)(a)*. In all the circumstances, I am as well. I note that Clendening J. went no farther in *MacLean Estate v. McKiel*, supra. [para. 53]

[32] Mr. Arseneau filed a Notice of Cross-Appeal in which he contended the motion judge committed reversible error in dismissing his motion to strike the parts of the Statement of Claim and Statement of Particulars claiming damages for loss of future income or loss of earning capacity. In Mr. Arseneau’s submission, the judge should have allowed his motion to strike under *Rule 23.01(1)(b)* once he determined the Estate was not entitled to recover those damages under the *Survival of Actions Act*. At the hearing on appeal, Mr. Arseneau abandoned the cross-appeal. He did so after the panel indicated that, as a matter of law, the contested parts of the Statement of Claim and the Answer to

the Defendant's Demand for Particulars were deemed struck as a result of the determination under Rule 23.01(1)(a).

[33] That said, it is also contended in the Notice of Cross-Appeal that the determination made in first instance is sustainable on grounds other than those identified in the decision under appeal. Mr. Arseneau argues that, if the motion judge erred in failing to analyze and determine himself the question of law raised in the Notice of Motion, his disposition is nevertheless correct. That would be the case because the claimed loss of future income or earning capacity: (1) is not an "actual pecuniary loss"; (2) constitutes a loss of expectation of life, for which damages are explicitly excluded by s. 5(1) of the *Act*; and (3) constitutes a "loss" or "gain" to the Estate which, pursuant to s. 6, may not be taken into account in calculating the damages.

[34] While not rejecting them definitively, I am not attracted by the logic underlying the second and third reasons put forward in the Notice of Cross-Appeal. As I understand the law, damages for loss of expectation of life are not awarded to cover loss of income. Rather, they are non-pecuniary in purpose and are "part of a solace to make life more endurable for a seriously injured plaintiff": S.M. Waddams, *The Law of Damages* (Toronto: Canada Law Book, 2013) (loose-leaf updated 2012, release 22), ch. 12 at 6 and Ken Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1996), at pp. 488-489. As for the argument based on s. 6, it seems to miss the mark because the terms "gain" and "loss" have been narrowly interpreted, the former as excluding "such payments to the estate as life insurance, guaranteed annuity payments, and retirement pension contributions" and the latter as applying to such things as the cost of administration of the estate: *The Law of Damages*, ch. 12 at 11. That said, there is definite merit in the proposition that post-death loss of future income or earning capacity is not an "actual pecuniary loss" within the meaning of s. 5(1), and I propose to dispose of the appeal on that basis.

III. Analysis

[35] I begin with a brief discussion of the procedure-related grounds of appeal that are not moot, and conclude with an elaboration of my reasons for rejecting the Estate’s substantive complaint.

A. *Procedural issues*

(i) The suitability of Rule 23.01(1)(a)

[36] Rule 23.01(1)(a) provides that a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the Court for the determination of any question of law raised by a pleading. Particulars form part of the pleading to which they relate: *Patterson v. C.P.R.*, [1917] A.J. No. 75 (C.A.) (QL) and *Turner v. Surrey*, [1911] B.C.J. No. 10 (C.A.) (QL). The plaintiffs state in the Answer to the Defendant’s Demand for Particulars: (1) the Estate is “the Plaintiff in that part of the action enabled by the *Survival of Actions Act* [...]”; (2) the Estate claims damages that have resulted in actual pecuniary loss to it or Ms. Higgins; (3) those damages, which include “what Caroline J. Higgins would have earned during her lifetime”, stand to be assessed in accordance with the methodology adopted in *Duncan Estate v. Baddeley* (the “available surplus” approach). Clearly, the plaintiffs’ own pleadings raise the issue of the Estate’s legal entitlement to damages for post-death loss of earnings or earning capacity. Accordingly, the motion judge did not err in determining the question of law articulated in the Notice of Motion. Finally on this point, I unhesitatingly agree with the motion judge that *LeBlanc v. Boisvert* is distinguishable, and can do no better than reproduce his explanation:

The determination of the legal question before me is, in my respectful opinion, distinguishable. Although the importance of the question raised here does transcend the interests of the parties and does involve some difficult aspects of legislative interpretation and, perhaps, can be seen by some to have a layer of complexity, it is not of the same timber as the question put up in *Bosivert v. LeBlanc*, supra. The impugned provisions of the *Survival of Actions Act* are not novel; the legal question raised is much

narrower in ambit than in *Bosivert v. LeBlanc*; is not fact dependant in the sense of being entirely hypothetical given the concession made for the purpose of this Motion; and like-questions as raised here have been the subject of extensive judicial interpretation elsewhere. Moreover, a substantively identical question to what is before me was recently answered by a Justice of this Court in *Estate of Adams et al. v. McKiel and Loyal Taxi* 2012 NBQB 106 (hereinafter referred to as *Adams Estate v. McKiel*).

Furthermore, given the extensive interpretations of this and similar provisions of Survival of Actions legislation, and given the high quality of the legal arguments made before me, I [am] unable to discern how a trial or counsel's preparation for a trial would or could better refine or hone the arguments. In other words, I am of the view that the trial judge would be in no better position to answer the legal question. In saying this I am aware, as the Chief Justice put it in *Boisvert v. Leblanc* at para. 19, of "Rule 23.01(1)(a)'s allergy to evidence". I will address this concern shortly. This aspect aside for the moment, I am of the opinion that the question framed can be fairly and properly addressed pre-trial.

At this point in my analysis I find that pre-trial determination of the legal question arising from the pleadings is the most just and most expeditious manner to proceed. As counsel for the defendant argued: "The question of law is suitable for determination under *Rule 23.01(1)(a)* because it arises on the face of the Statement of Claim and Statement of Particulars; does not require that the Court make findings of fact in order to decide it; and has been the subject of previous judicial determination". Indeed, in that latter regard I note that on at least two occasions judicial determinations were made in advance of trial in circumstances such as these (See: *Adams Estate v. McKiel*, supra, at para. 6; *MacLean v. MacDonald* 2002 NSCA 30 at para. 11). [paras. 24-26]

- (ii) Rule 23.02 and the admissibility of the affidavits filed in support of the motion

[37] There is no merit to the Estate's objection to the admissibility of the three affidavits mentioned above. That is so for the following reasons, each of which constitutes a complete answer, whether specific or general.

[38] First, the O'Brien affidavit merely identifies the pleadings, as particularized. As such, it is admissible, without leave of the Court, pursuant to Rule 23.02(b).

[39] Second, the Estate did not object to the admission of any of the affidavits in the court below, except with respect to Mr. O'Brien's statement of opinion regarding the usefulness of the sought-after determination. It is too late for a more comprehensive objection: *Walsh v. Nicholls and CGU Insurance Company of Canada*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203, at para. 83, and *Jean v. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 N.B.R. (2d) 300, at para. 62.

[40] Third, the motion judge could, in the exercise of his discretion, grant leave to admit the Bordeleau and Forestell affidavits for the entirely legitimate purpose of clarifying the state of the record before Clendening J. in *Adams Estate v. McKiel*. The discretionary nature of that ruling brings into play a standard of review that requires great deference on our part. That standard was defined in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161:

[...] The impugned Order is quintessentially the product of an exercise of judicial discretion. Like any other discretionary judicial decision, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanogan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see The Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994) at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan*

Borough Council, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064). [para. 4]

[41] Finally, Rule 2.01 vests in the court the power to dispense with the application of a rule where the interests of justice require: *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc. et al.*, 2011 NBCA 59, 375 N.B.R. (2d) 141 and *The Beaverbrook Art Gallery v. Beaverbrook Canadian Foundation*, 2013 NBCA 17, 403 N.B.R. (2d) 161. That rule is appropriately applied to allow affidavit evidence, such as the Bordeleau and Forestell affidavits, that seek to place before the court a reliable, timely and contextually intelligible record of the statements made by the Minister of Justice in the Legislative Assembly by way of explanation for a Bill whose passage was under his or her responsibility. A dispensation with Rule 23.02's disallowance of evidence of this nature is warranted to secure the just, least expensive and most expeditious determination of the proceedings on the merits. The objective is to provide affordable access to justice.

(iii) The usefulness of the sought-after determination

[42] The motion judge concluded there was a real and substantial possibility that the determination sought in the Notice of Motion may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs. The Estate's contention that the motion judge erred in so concluding is bereft of merit. I agree with the motion judge's observations on point:

I find that there is a real and substantial possibility that to answer the question raised might shorten the trial or result in a substantial saving of costs. I make that inferential finding from the Statement of Claim and from the Plaintiff's Answer to the Defendant's Demand for Particulars. The claim by the Estate under the *Survival of Actions Act* is separate from the claim by the Executor of the Estate under the *Fatal Accidents Act*. If the plaintiff Estate is successful in establishing that the term "actual pecuniary loss" found in Section 6 (1) of the *Survival of Actions Act* encompasses recovery for loss of future or prospective earnings or loss of earning capacity as a result of the death of Caroline J. Higgins, the calculation of that

head of damages would be intricate, if not complex, and, given Ms. Higgin's age and occupation at the time of her death, there is the potential for a significant monetary award. It would be fully expected that substantial evidence would be sought at discovery (both oral and documentary) and would be required at trial and much legal argument generated. As example, in the Plaintiff's Answer to the Demand for Particulars it is stated:

The Plaintiff, the Estate of Caroline J. Higgins, will be relying on the "available surplus" approach in assessing the Plaintiff's claim pursuant to the Survival of Actions Act which was set out and adopted by the Alberta Court of Appeal in *Duncan Estate V. Baddeley* (1997) 196 A.R. 161 (C.A.).

Whether or not that particular "available surplus approach" would be adopted by the trial judge (which in itself most probably would be an issue at trial) any approach would be expected to involve actuarial evidence and required predictions and projections of future events and discounting for the vagaries of life (See: *Duncan Estate v. Baddeley*, supra at paras. 26 - 45). *A fortiori*, there is a real and substantial possibility that the trial might be shortened or result in a substantial savings in costs should this Court answer the legal question and in doing so conclude that the plaintiff Estate cannot recover damages under the New Brunswick *Survival of Actions Act* for loss of future or prospective earnings or loss of earning capacity. [paras. 28-29]

B. *The substantive issue*

(1) Legislative intent and legislative policy vs. judicial policy

[43] At common law, an action in tort for personal injury ceased to be prosecutable with the death of the victim or the wrong-doer. As well, the common law did not recognize a third party's cause of action for damages arising from the wrongful death of another. Thus, the surviving spouse or children could not sue for damages for the wrongful death of the other spouse/parent: *Baker v. Bolton and Others*, [1808] EWHC KB J92. See, as well, the insightful summary of the common law provided by the Law

Reform Commission of Saskatchewan in its May 1985 Report to the Minister of Justice with respect to its proposal for a *Survival of Actions Act*.

[44] Both of those common law rules have been modified by legislation in most, if not all, common law provinces. At the time of the adoption of the *Survival of Actions Act* and the *Fatal Accidents Act* by the Legislature of New Brunswick in 1969, it was universally accepted in Canada that survival of actions legislation precluded recovery of post-death loss of income or earning capacity: *MacLean v. MacDonald*, at paras. 37-49, 58, 78, 86 and 88 and *Estate of Julie Ann MacKay v. Smith*, 2003 PESCAD 27, [2003] P.E.I.J. No. 100 (QL), Mitchell, C.J.P.E.I. for the Court, at para. 13. That view was accepted in New Brunswick soon after the adoption of the *Survival of Actions Act*: *St-Onge v. Bel Air Rental Services Ltd.* (1972), 7 N.B.R. (2d) 543, [1972] N.B.J. No. 215 (Q.B.) (QL).

[45] A different view gained traction in the Courts of England (*Gammell v. Wilson*, [1981] 1 All E.R. 578 (H.L.)), Australia (*Fitch v. Hyde-Cates*, [1982] H.C.A. 11) and Alberta (*Galand Estate v. Stewart*, 1992 ABCA 334, [1992] A.J. No. 1209 (QL) and *Duncan Estate v. Baddeley*). However, it bears noting that in each of those jurisdictions, the legislature or parliament, as the case may be, stepped in to legislatively exclude claims for loss of income or earning capacity in the lost years. More pertinently for our interpretative purposes, the English and Australian statutes considered in *Gammell v. Wilson* and *Fitch v. Hyde-Cates*, respectively, are materially different from our *Survival of Actions Act*. Most significantly, neither of those statutes limited recovery to pecuniary loss that is “actual”.

[46] The Estate submits the decision in *Duncan Estate v. Baddeley* should be followed because the wording of the recovery-enabling provision of our *Survival of Actions Act* is similar to the Alberta statute under consideration in that case, ss. 2 and 5 of which read as follows:

2. A cause of action vested in a person who dies after January 1, 1979 survives for the benefit of his estate.

5. If a cause of action survives under section 2, only those damages that resulted in actual financial loss to the deceased or his estate are recoverable and, without restricting the generality of the foregoing, punitive or exemplary damages or damages for loss of expectation of life, pain and suffering, physical disfigurement or loss of amenities are not recoverable.

[47] With respect, there is at least one notable difference between s. 5 of the Alberta statute and s. 5 of our *Survival of Actions Act*. Unlike the Alberta provision, s. 5 of our statute, specifically paragraph (2), permits, in explicit terms, the recovery of punitive or exemplary damages “where the person in whom the cause of action is vested dies on or after January 1, 1993”. The exclusion of those damages under the Alberta statute appears to have influenced to some extent the reasoning of the majority in *Duncan Estate v. Baddeley*. That point emerges from the following observations of Justice Kerans, with whom Côté, J.A. agreed:

In my view, the broader view of what is “actual” meets all three tests. First, it is plausible. Some bases for damage awards turn on matters that are very real but have no actual “financial” or pecuniary aspect. The most obvious example is damages for pain and suffering. The pain and suffering are real enough, but the idea that these losses create a loss calculable in money terms as a financial or pecuniary loss is fictive. I acknowledge that a distinction may be made respecting those heads of damages that are very personal to the victim, especially an award for pain and suffering. That award does not seek to replace lost property but rather to offer some sense of consolation and retributive justice to the victim. There is some logic in the statutory denial of an award in a case where the victim cannot enjoy that consolation or sense of justice. This explains the exception under review, but not its extension to the loss of property. (I put aside as not yet considered the anomaly of an award for pain and suffering to a victim who is alive but unconscious.) The same may be said of punitive or exemplary damages. In sum, the exception is all about awards for non-pecuniary loss.

[...]

In my view, the office of the section [s. 5 of the Alberta statute] is to rid the surviving action of any claim that is notional or fictive (e.g. punitive and exemplary damages) or that is for non-pecuniary loss. [...] [paras. 9, 11]
[Emphasis added.]

[48] Be that as it may, it is clear the majority in *Duncan Estate v. Baddeley* was allergic to a policy choice by which the loss of physical property was compensable, and the loss of ability to earn income was not:

In any event, I want no part of a definition of compensation that puts value on physical but not intellectual capital. Those who argue that I here go beyond compensation would insist I am sure that survivorship law undeniably permits the estate to claim loss to physical property of the deceased. Thus, they are driven to say that, if two people are killed by the same tortfeasor, the estate of the wealthy one who never worked in his life but who lost his Cartier watch as well as his life would recover the value of the watch (so the heirs could say that ill wind blew some good) because of course, the tortfeasor destroyed not just the life but also the property. But the estate of the victim, who is a “working man”, and who must rely on his ability to earn, would receive nothing on the ground that to treat the loss of his ability to earn as the loss of property separable from his death would be to go beyond compensation of him and create a “windfall”. In my view, to label the claim of the first estate as just compensation and of the second estate as a non-compensatory “windfall” is unwarranted, and reflects certain social attitudes that are not part of the law. In sum, I say that to recognize the capital of the propertied person but not that of the un-propertied person is to make an invidious class distinction, and I want no part of it. [para. 16]

[49] As stated in my introductory remarks, judges are duty-bound to give effect to constitutionally valid legislation and no judge has the power to disregard legislation solely because it reflects a policy that he or she finds objectionable. That point is most ably made by Professor Sullivan in *Statutory Interpretation* (Concord, ON: Irwin Law, 1997):

The doctrine of parliamentary sovereignty has strongly influenced the attitude of judges towards legislation and the way they explain their role. Because the legislature is sovereign, courts are bound to give effect to its instructions when they are expressed in valid legislation. This duty arises regardless of the court's own view of the legislation. In principle, Parliament's will must be heeded no matter how foolish or unfair its instructions may be. There are many cases in which judges give effect to the apparent meaning of a provision, despite their own feelings of disapproval, because they feel bound by the legislative will. [pp. 34-35]

[50] In Report No. 76 entitled "Should a Claim for the Loss of a Chance of Future Earnings Survive Death?", the Alberta Law Reform Institute highlights the conflict between, on the one hand, the majority opinion in *Duncan Estate v. Baddeley* and, on the other, the policy underlying s. 5 of the Alberta *Survival of Actions Act* and the Alberta Legislature's intention:

Section 2 of the *Survival of Actions Act* provides that "a cause of action vested in a person survives for the benefit of his estate." Section 5, however, provides that "only those damages that resulted in actual financial loss to the deceased or his estate are recoverable."

When the *Survival of Actions Act* was enacted in 1978, it was thought that the loss of a chance of future earnings is not an "actual financial loss." It was, therefore, thought that s. 5 would prevent a deceased injured person's estate from claiming damages for the loss of future earnings, that is, it would prevent such a claim for damages from surviving the death of the injured person. However, in *Duncan Estate v. Baddeley*, the Court of Appeal of Alberta held that a loss of earning capacity, or a loss of a chance of future earnings, is an "actual financial loss" under s. 5 and that the claim for damages therefore survives and can be brought by the deceased injured person's estate.

[...]

[...] *Duncan v. Baddeley* reversed the policy on which s. 5 of the *Survival of Actions Act* was based. That reversal suggested that the subject should be reconsidered to

determine whether it is the original policy or the policy of *Duncan and Baddeley* which should be the policy of the law. [...]

[...]

As we have said above, when the *Survival of Actions Act* was enacted in 1978, it was thought that the effect of s. 5 was that a claim for damages for the loss of a chance of future earnings was not an “actual financial loss” as the term is used in s. 5 and therefore would not survive the death of the person who suffers the loss. It was the intention of the Conference of Commissioners on Uniformity of Law in Canada (now the Uniform Law Conference of Canada), which drafted the *Uniform Act* on which the *Survival of Actions Act* was based, that the claim would not survive. It was also the intention of this Institute (then the Institute of Law Research and Reform), which, in our 1977 Report 24, *Survival of Actions and Fatal Accidents Act Amendment*, recommended the adoption of most of the *Uniform Act*, that the claim would not survive. The Legislature accepted ALRI’s recommendation and enacted the *Survival of Actions Act* recommended by ALRI with some changes which are not relevant to the subject of this report.

[51] Report No. 76 goes on to formulate compelling arguments against the policy underlying the majority view in *Duncan Estate v. Baddeley*:

Conclusion and Summation on Survival of the Claim for the Loss of a Chance of Future Earnings

We have now gone through the woods tree by tree. It is time to stand back and look at the woods as a whole.

We think that what should be heritable and descend to a deceased person’s estate are claims for losses which the *Survival of Actions Act* attempted to describe by using the words “actual financial loss”, which we will also use. What we mean by “actual financial loss” is a loss which is a real financial loss experienced at the time of the loss, as opposed to a potential loss, financial or otherwise. A chance of future earnings is a potential source of financial gain in the sense in which we use the words, not an actual

financial component of a person's property or wealth. Its loss accordingly has a potential for adversely affecting the actual financial position of the injured person in the future, but the loss does not affect the injured person's actual financial position at the time of the loss. The same would be true of the loss of a chance of a future inheritance or a chance of winning a lottery which will be held in the future.

An actual financial loss, as we are using the term, involves a loss of wealth or property. An actual financial loss is a loss of something which is heritable and for which compensation can and should be made. We think that it is appropriate that a claim for damages for a heritable and compensable loss should descend to the injured person's estate and to those who are entitled to the benefit of the estate. But where the injured person has died the situation with respect to a claim for damages for the loss of a chance of future earnings is different. The injured person cannot be compensated because they are dead. The injured person's heritable property is the same after the loss of the chance as it was before the loss of the chance so that the loss of the chance of future earnings has not reduced the estate. We do not think that the policy of the law should require a wrongdoer to pay money where there is no loss of heritable property and where there is no one who can be compensated for the loss or restored to their position by the payment of damages.

The analysis can be applied in a number of steps.

First, a person who would have earned money during a certain time period which has expired, but who was unable to earn that money during that time period because of an injury has suffered an actual financial loss. Earnings would have come to them but for the injury, and did not come to them, so that they have had less income for the period than they would have had but for the injury. Quantifying the loss requires an assessment of a hypothetical likelihood, that is, that the injured person would have earned the money during the period but for the injury, but this can be done to quite a high degree of probability. The assessment of such damages is done at the time of trial for the time period that has elapsed between the injury and the trial. This step is unexceptionable as it deals with actual experienced financial loss.

The next step is to quantify an injured person's loss of earnings in advance and to make a lump-sum award. The courts are obliged to take this step because, as a matter of law or administration, the law does not require or permit the injured person to come in once in every year or other time period to demonstrate that they have suffered a loss of earnings during that time period. In most cases advance quantification of the loss to any standard of accuracy is impossible because of the imponderables that are necessarily imported into the assessment process. However, given that damages must be assessed once and for all because periodic quantification is not permitted, the courts have to make the assessment in order to compensate the injured person for the periodic losses that the injured person may reasonably be expected to suffer, with deductions for contingencies. The deficiencies of the crystal-ball assessment process have to be accepted because that is the only way that compensation can be made for losses that the injured person can reasonably be expected to experience.

The next step that the law takes is more doubtful, that is, the assessment of damages for the injured person's loss of earnings during the years during which the injured person would have been expected to live but for the injury and is not now expected to live because of the injury, that is the years which are referred to as "the lost years." The crystal-ball assessment is now more uncertain than ever, as it has to base itself on two different expected lifetimes, the one the injured person would have had but for the injury and the one the injured person will have because of the injury. But more than that, the damages are for a loss which, if the assessment of the injured person's actual life expectancy is correct, the injured person will not experience as an actual financial loss because they will be dead. This step can be justified as providing additional compensation to a person who has clearly suffered injury for which they should be compensated.

The final step, and the one under discussion in this report, is the payment to the injured person's estate of damages for the injured person's loss of a chance of future earnings.

We have tried to show a number of things. First, a money payment to the injured person's estate cannot compensate the injured person, to whom no compensation can be made,

and they do not compensate the injured person's estate, because compensation in the context of damages is necessarily compensation for a loss or injury and the estate has not suffered a loss or injury. Thus, the damages do not go for compensation to any person, and the Fatal Accidents Act is there to provide direct compensation to those who should be compensated. Next, the doctrine of heritability does not require that the injured person's claim for damages for the loss of a chance of future earnings descend to the injured person's estate, because the chance was something peculiarly personal to the injured person which did not involve legal rights or property recognized by law, and its loss was not the loss of an asset that affected the injured person's actual financial position. We have also tried to show that justice cannot be done to a deceased person by an award of damages which must necessarily be enjoyed by others. The reasons for allowing the claim to survive appear to us to be weak at best, and insufficient to justify awarding crystal-ball damages for a loss which will not actually be experienced by the injured person or by the injured person's estate and those who claim through it.

[52] Interestingly, the general approach in the United States, federally and in most states, is to exclude recovery of damages for post-death loss of earnings from survival of actions statutes: Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*, 2nd ed. (St. Paul, MN: West Publishing Co, 1993), at 673. In *Miles v. Apex Marine Corp.*, 498 U.S. 19 (1990), the U.S. Supreme Court grappled with the question of whether an estate could recover damages for post-death lost earnings under maritime law. The Court provided the following insights into the recoverability of such damages under survival of actions statutes in the United States:

Recovery of lost future income in a survival suit will, in many instances, be duplicative of recovery by dependants for loss of support in a wrongful death action; the support dependants lose as a result of a seaman's death would have come from the seaman's future earnings. Perhaps for this reason, there is little legislative support for such recovery in survival. In only a few States can an estate recover in a survival action for income decedent would have received but for death. At the federal level, DOHSA contains no survival provision. The Jones Act incorporates FELA's survival provision, but, as in most States, recovery is

limited to losses suffered during the decedent's lifetime. See 45 U.S.C. § 59; *Van Beeck v. Sabine Towing Co.*, 300 U.S. 342, 347, 57 S.Ct. 452, 454-455, 81 L.Ed. 685 (1937); *St. Louis, I.M. & S.R. Co. v. Craft*, 237 U.S. 648, 658, 35 S.Ct. 704, 706, 59 L.Ed. 1160 (1915).

This state and federal legislation hardly constitutes the kind of “wholesale” and “unanimous” policy judgment that prompted the Court to create a new cause of action in *Moragne*. See *Moragne, supra*, 398 U.S., at 388, 389, 90 S.Ct., at 1781, 1782. To the contrary, the considered judgment of a large majority of American legislatures is that lost future income is not recoverable in a survival action. Were we to recognize a right to such recovery under maritime law, we would be adopting a distinctly minority view. [paras.37-38]

[Emphasis added.]

In *Miles*, recovery of damages for income the deceased could have earned but for death was denied, such a remedy being “disfavoured by a clear majority of the States” (para. 41). The U.S. Supreme Court recently re-affirmed the *Miles* reasoning in *Atlantic Sounding Co., Inc. et al. v. Townsend*, 557 U.S. 404 (2009).

[53] I complete this brief foray into American jurisprudence with the decision in *Flowers, Administratrix v. Marshall, Administrator*, 208 Kan. 900 (1972). It bears mention because of its discussion of the problem of duplicative recovery, one that has prompted most American courts to interpret ambiguous statutory provisions in survival of actions statutes as limiting the estate's recovery to damages for income earned prior to death. Referring to the interaction between survival of actions statutes and wrongful death statutes, the Court stated:

A doubling up would be involved if recovery based on full loss of future earning capacity were to be allowed in both a survival and a wrongful death action, and this would be true even though the ultimate beneficiaries in the two actions might not always be the same. Such duplication would be punitive to the wrongdoer and we cannot believe the legislature intended such a result, keeping in mind the fact that the survival statute and the wrongful death statute were each enacted to supply a remedy which did not exist

at common law, and where, as here, each cause of action is dependent on the same tortious act.

Historically the majority view in other jurisdictions has been that recovery for loss of earnings or earning capacity beyond the time of death was impermissible in a survival action although it must be recognized statutory provisions sometimes are distinctive in the various jurisdictions so as to account for the results reached. The general rule is stated in McCormick on Damages, § 94, p. 337, thus:

“In states where actions may be brought by the personal representative of the deceased under the Survival Act for the injury, and under the Death Act for the death, the damages in the survival action are limited to compensation for injuries actually accruing before death, that is, for the pain and suffering of the injured man and for his loss of earnings and his expenses of care and treatment.”

[Emphasis added.]

[54] If damages for post-death loss of income or earning capacity are allowed pursuant to the *Survival of Actions Act* in addition to damages based upon dependency under the *Fatal Accidents Act*, the result will often be a recovery that exceeds full compensation. In *Duncan Estate v. Baddeley*, the majority held damages for post-death loss of income or earning capacity should be calculated on the basis of the “available surplus” approach enunciated in *Harris v. Empress Motors Ltd.*, [1983] 3 All ER 561, a judicial construct required to circumvent the duplicative recovery problem created by the Court’s expansive interpretation of the phrase “actual pecuniary loss”. To be clear, there is no mention whatsoever of the “available surplus” approach or anything of the kind in either the *Survival of Actions Act* or the *Fatal Accidents Act* of New Brunswick.

[55] In *MacLean v. MacDonald*, Justice Cromwell acknowledges that “problems of overlap and potential double recovery might not be insuperable in practice”: (para. 94). However, that observation is accompanied by the following views, with which I fully agree:

[...] the rights under the Survival of Actions Act were said to be in addition to and not in derogation of any rights under the Fatal Injuries Act. This makes it unlikely that the Legislature foresaw any significant overlap between the remedies available under the two acts. Of course, the calculation of both the dependancy amount, which may be recovered by dependants under the Fatal Injuries Act, and the deceased's loss of prospective earnings are based on the income the deceased would have earned had he or she lived. It follows that if both claims may be asserted, there is the potential of the defendant being required to pay damages twice over for essentially the same loss.

These problems of overlap and potential double recovery might not be insuperable in practice. It is hard to think, however, that the Legislature would have enacted a provision which created such overlap and potential for double recovery without addressing, in any manner, the way in which these problems should be resolved. A more plausible inference is that the Legislature did not foresee that the loss of prospective earnings might be recovered in a survival action and, therefore, did not think that any serious problems of overlap or double recovery were likely to arise. [paras. 93-94]

[Emphasis added.]

[56] Legislative intent remains and must always remain a cornerstone of judicial statutory interpretation. The Synoptic Reports of the Proceedings of the Second Session of the Forty-Sixth Legislative Assembly of the Province of New Brunswick (the "Synoptic Reports") show that the Minister of Justice at the time, the Honourable Bernard Jean, later a Justice of the Court of Queen's Bench, introduced Bill 63 (*Survival of Actions Act*) and Bill 64 (*Fatal Accidents Act*) on the same date, namely March 27, 1969. On first reading, he described the purpose of each Bill as "a uniform Act", which each province was eventually expected to adopt. During second reading of Bills 63 and 64, the Minister of Justice described the proposed *Survival of Actions Act* and *Fatal Accidents Act* as "model Acts" and "uniform legislation" drafted and submitted by the Conference of Commissioners for Uniform Legislation in Canada. Those explanatory statements by the Minister of Justice bring into sharp focus related proceedings of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada.

[57] At the 1961 meeting of the Conference, the Alberta Commissioners submitted a Report containing recommendations for a model *Survival of Actions Act*. Under “Restrictions”, they stated:

At least one of the provinces excludes damages for death and compensation for expected earnings subsequent to death. We think this exclusion is not necessary because these items are not included in the first place; they are not surviving rights.

[Emphasis added.]

The recommendations of the Alberta Commissioners led to the drafting of the model *Survival of Actions Act* that was considered at the Conference’s next annual meeting in 1962, which was held in Saint John, New Brunswick. Section 6(1)(f) of this draft legislation provided that no damages were recoverable for “loss of expectancy of earnings subsequent to death”. In a follow-up note, rejection of that exclusion was recommended because damages for loss of expectancy of earnings subsequent to death were “not recoverable anyway”. That recommendation ultimately carried the day. Thus, at the 1963 annual meeting, the Conference adopted a model *Survival of Actions Act*, the salient part of which read as follows:

Where a cause of action survives for the benefit of the estate of a deceased person, only damages that have resulted in actual pecuniary loss to the deceased person or the estate are recoverable and, without restricting the generality of the foregoing, the damages recoverable shall not include punitive or exemplary damages or damages for loss of expectation of life, pain and suffering or physical disfigurement.

[Emphasis added.]

[58] Thus, the record of input into the process that culminated with the introduction of the 1969 *Survival of Actions Act* in the New Brunswick Legislature reveals the drafters of the uniform Act considered the phrase “actual pecuniary loss” did not encompass “loss of expectancy of earnings subsequent to death”. There is compelling

and un-contradicted evidence the Legislature passed into law the uniform Act with that understanding of its effect.

[59] Where the intent of the Legislature is ascertainable, as is the case here, and the legislation is constitutionally valid, the issue should be simply whether the words employed are competent to carry out that intent. In *Adams Estate v. McKiel*, Clendening J. expressed the view that the interpretative focus needs to be on the meaning and effect of the word “actual”. I agree.

(2) The wording selected by the Legislature in s. 5(1): “actual” pecuniary loss

[60] The *Oxford English Dictionary* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1933) defines “actual” as “existing in [...] fact [...], real; -opposed to *potential, possible*, [...] in [...] existence at the time; present”. In *La Common Law de A à Z* by Jacques Vanderlinden, Gérard Snow and Donald Poirier (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2010), an “actual” loss is defined as the opposite of a “future” loss. In a decision that predated the adoption of our *Survival of Actions Act* in 1969, *Anthony v. Fleming*, [1962] N.J. No. 4 (S.C.) (QL), Furlong C.J. interpreted the term “actual” in the phrase “actual pecuniary loss” as the opposite of “prospective” (para. 10). That view led him to reject a claim for loss of expectation of life even though the Newfoundland survival of actions statute did not explicitly exclude damages for any such loss.

[61] To my mind, the word “actual” in s. 5(1) means “existing in fact”. It is, therefore, apposite to express the Legislature’s intention, which was, *inter alia*, to exclude recovery for “loss of expectancy of earnings subsequent to death”. On a plain reading of s. 5(1), the “actual”, i.e. “existing in fact”, standard stands to be applied in respect of all pecuniary losses attributable to the wrong giving rise to the cause of action. Thus, the door is not closed to recovery of damages for accident-linked pecuniary losses actually sustained by the estate between death and trial. Moreover, I am not comfortable with the view that an “actual” loss is the opposite of a “future” loss. If that were so, damages for loss of income in the period between death and trial would be recoverable on

the theory that they are not future losses as of the time of trial. In my respectful judgment, “actual” is more accurately viewed as the opposite of “possible” or “contingent”: *James Estate v. Rentz*, [1986] A.J. No. 323 (C.A.) (QL), per Stevenson J.A., as he then was. I repeat: the Legislature intended to exclude recovery for loss of expectancy of earnings subsequent to death.

[62] When a judge assesses damages for loss of the capital asset formed by a living claimant’s earning capacity, he or she is indeed considering a loss that “exists in fact”. The claimant has actually suffered, and will continue to actually suffer from the effects of the loss of that asset. However, where death has occurred, there is no actual loss to the deceased or the estate. The record of proceedings before the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada shows the Commissioners viewed all causes of action existing prior to death as an “asset”, the loss of which was compensable in favour of the estate. However, they took a different view of the “loss of expectancy of earnings subsequent to death”. More generally, I agree with the following observations in Report No. 76 of the Alberta Law Reform Institute:

But where the injured person has died the situation with respect to a claim for damages for the loss of a chance of future earnings is different. The injured person cannot be compensated because they are dead. The injured person’s heritable property is the same after the loss of the chance as it was before the loss of the chance so that the loss of the chance of future earnings has not reduced the estate. We do not think that the policy of the law should require a wrongdoer to pay money where there is no loss of heritable property and where there is no one who can be compensated for the loss or restored to their position by the payment of damages.

[63] Moreover, if this Court were to accede to the Estate’s argument, the word “actual” would be redundant. It would serve no purpose whatsoever. In that regard, it bears underscoring that the Legislature did not employ the word “actual” in s. 3(2) of the *Fatal Accidents Act* by which damages may be awarded for the “pecuniary loss” sustained post-death by specified dependants. The rule against redundancy posits that

each word in a provision is there for a reason, and therefore should be given meaning: “[t]he legislature chooses its words carefully: it does not speak gratuitously”: Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. (Toronto, ON: Thomson Reuters Canada Ltd., 2011), at 295. In *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, the Court upheld a Federal Court of Appeal decision regarding the correct interpretation of a provision in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6:

The interpretation adopted by the Tribunal makes the repetition of the term “expenses” redundant and fails to explain why the term is linked to the particular types of compensation described in each of those paragraphs. This interpretation therefore violates the legislative presumption against tautology. As Professor Sullivan notes, at p. 210 of her text, “It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain. Every word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose.” As former Chief Justice Lamer put it in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28, “It is a well accepted principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage.” See also *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838. [para. 38]

(3) A brief overview of the jurisprudence in the Atlantic Provinces

[64] Most, if not all, of the arguments put forward by the Estate are discussed and rejected in Justice Cromwell’s thorough reasons for decision in *MacLean v. MacDonald*. Admittedly, the Nova Scotia survival of actions statute is differently worded: unlike our statute, it does not allow recovery of damages that have resulted in actual pecuniary loss to the deceased, limiting that recovery to actual pecuniary loss to the estate. To my mind, that is a distinction without a difference. The reference to actual pecuniary loss “to the deceased” in s. 5 of our statute is designed to counter any argument

to the effect that a loss sustained before death is not a loss “to the estate” and, as a result, is irrecoverable by the estate.

[65] At any rate, and as indicated, the key word is “actual” and some of Justice Cromwell’s reasons for rejecting the approach adopted in *Duncan Estate v. Baddeley* have application, insofar as they relate to the meaning and effect of that word, to a provision such as s. 5 of our *Survival of Actions Act*:

The appellants submit that the word “actual” may be used in the sense of “real” and that a loss may be real even though it is prospective: see *Duncan v. Baddeley* (1997), 145 D.L.R. (4th) 708 (Alta. C.A.). Kerans, J.A. opined in that case that the exclusion of losses other than those which are ‘an actual financial loss’ is meant “... to rid the surviving action of any claim that is notional or fictive (e.g. punitive and exemplary damages) or that is for non-pecuniary loss.” (at 712). However, in applying this reasoning to Nova Scotia’s legislation, two difficulties arise.

First, that interpretation makes the phrase “actual pecuniary loss to the estate” superfluous. Punitive damages and damages for pain and suffering and loss of enjoyment of life are expressly excluded by specific language in the Nova Scotia legislation: see ss. 4(a), (b), (c). It follows that if the phrase ‘actual pecuniary loss to the estate’ is meant only to exclude exemplary and non-pecuniary damages, it adds nothing to the specific exclusions of these matters.

Second, this interpretation, in the context of the Nova Scotia Act, makes the word “actual” redundant. If all that was intended was to exclude non-pecuniary losses, why add the word ‘actual’ to modify the word ‘pecuniary’? A pecuniary loss is, by definition, not a non-pecuniary loss, so limitation of recovery to pecuniary loss would have excluded recovery for non-pecuniary losses.

With all due respect, it seems to me to be a poor definition of a phrase that renders it redundant and an even poorer definition of a word that renders it meaningless. Yet these are the consequences if the reasoning of *Duncan v. Baddeley* is applied to the wording of the Nova Scotia survival statute.

I think a more plausible interpretation results from paying attention to the legal parlance surrounding claims for lost earning capacity. Such claims, while relating to “real” losses, have always been treated as an element of the general damages award because they are not capable of precise calculation. Such claims have been recognized as relating to the loss of potential or of prospective earnings. The use of the word ‘actual’ to describe such losses while perhaps not completely implausible strikes me as, at best, a curious choice of words.

[...]

In light of the way claims for lost earning capacity have been characterized in personal injury cases, I think a more plausible interpretation is to say that the phrase “actual pecuniary loss to the estate”, in the context of damages for personal injury and death, refers to more precisely quantifiable claims and excludes general damages. This approach commended itself to a majority of the Alberta Court of Appeal in *James v. Rentz* (1986), 27 D.L.R. (4th) 724. In that case, Stevenson, J.A. (as he then was) expressed the view that the limitation of recovery to “actual financial loss to the deceased or his estate” in the Alberta survival legislation was intended to distinguish “... between quantified economic loss in the nature of special damages and general damages. The term “actual” serve[d] to exclude possible or contingent claims.” (at p. 726) [...]

In considering the plausibility of the appellants’ interpretation, it is worth repeating the reasoning which they advance to support the claim that the deceased’s loss of prospective earnings is an ‘actual ... loss to the estate’. It is this. The lost earning capacity is a capital asset which is destroyed in the instant before the deceased’s death. The deceased, therefore, dies having suffered this loss. The right to claim this lost capital asset therefore passes to the estate and its loss is, therefore, a loss to the estate. This almost metaphysical line of reasoning may be good logic. But to describe this prospective asset, which is notionally lost in the instant before death, as an “actual” loss seems to me to push the language beyond its plausible meaning. [paras. 112-116 and 119-120]

[Emphasis added.]

[66] Prince Edward Island's survival of actions statute is, for all intents and purposes, identical to ours in its treatment of pecuniary losses. In the PEI statute, like ours, damages in respect of actual pecuniary loss to both the deceased and the estate are recoverable. In *Estate of Julie Ann MacKay v. Smith*, the issue was whether the words "only damages in respect of actual pecuniary loss to the deceased person or his estate" in s. 5(1) of the *Survival of Actions Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-11, included damages for loss of future earning capacity or future loss of income. Mitchell C.J.P.E.I., writing for the Appeal Division, rejected the expansive interpretation adopted in *Duncan Estate v. Baddeley* for the following reasons:

The question pertained to the interpretation of s. 5 of the *Survival of Actions Act* which provides as follows:

5. Where a cause of action survives for the benefit of the estate of a deceased person, only damages in respect of actual pecuniary loss to the deceased person or his estate are recoverable and, without restricting the generality of the foregoing, the damages recoverable shall not include

- (a) punitive or exemplary damages;
- (b) damages for loss of expectation of life or loss of amenities;
- (c) damages for pain and suffering;
- (d) damages for physical disfigurement;
- (e) in the case of a breach of promise to marry, such damages as do not flow from the breach of promise to marry.

The argument of the appellants for including claims of damages for loss of earning capacity and loss of future income under the *Survival of Actions Act* is based upon the reasoning of the majority [Kerans J.A. and Côté J.A.] of the Alberta Court of Appeal in the case of *Duncan Estate v. Baddeley*, 1997 CarswellAlta 186, 145 D.L.R. (4th) 708, 196 A.R. 161 (Alta. C.A.). In that case the court was interpreting Alberta legislation very similar to s. 5 of the PEI *Survival of Actions Act*. The trial judge declined to follow the majority decision of the Alberta Court of Appeal.

The *Survival of Actions Act* changed the common law and allowed for actions by and against the estate of a deceased person. It came into force on July 12, 1978, the same date as did the *Fatal Accidents Act* R.S.P.E.I. 1988 Cap. F-5 which makes a wrongdoer who causes death liable for damages to the dependents of the deceased. Under the *Survival of Actions Act* [s. 5] the estate can only recover “actual pecuniary damages” resulting from death whereas under the *Fatal Accidents Act* [s. 6] dependents can obtain “such damages as are attributable to the loss of pecuniary benefit or reasonable expectation of pecuniary benefit resulting from the death of the deceased.”

The question here is whether under the *Survival of Actions Act* an estate of a deceased can recover damages against a wrongdoer in respect of lost earning capacity or loss of future earnings of the deceased. In other words, do these constitute an “actual pecuniary loss” within the meaning of s. 5.

Section 4 of the *Survival of Actions Act* provides as follows:

4.(1) All causes of action vested in a person on the date of his death survive for the benefit of his estate.

(2) The rights conferred by this Act for the benefit of the estates of deceased persons are in addition to and not in derogation of any right of action for the benefit of the dependants of deceased persons conferred by the *Fatal Accidents Act* R.S.P.E.I. 1988, Cap. F-5.

The damages recoverable in the case of a surviving action under s. 4 are governed by s. 5 of the *Survival of Actions Act*, the purpose of which is obviously to limit the damages recoverable when an action survives for the benefit of an estate to “only” a certain type of “pecuniary loss” suffered by the estate or the deceased, namely “actual” pecuniary loss. I agree with the conclusion of the trial judge that the correct interpretation of s. 5 is that “actual pecuniary loss” is a limitation on the kind of damages recoverable that excludes an award in respect of or based upon the deceased’s earning potential had he or she lived.

One reason I would reject the reasoning of the majority in *Duncan Estate v. Baddeley*, *supra* is the same as that expressed by Cromwell J.A. in *MacLean v. MacDonald*, 2002 NSCA 30, 2002 CarswellNS 75, 201 N.S.R. (2d) 237 (N.S.C.A.), at paras 109 to 116. It would deprive the word “actual” in s. 5 of any significance. If claims in respect of loss of earning capacity and loss of future earnings were intended to be permitted, the qualifier “actual” would have no function. In my view, it is more plausible the Legislature used the term to distinguish those pecuniary losses that have already been fully realized and can be quantified without too much speculation from those that are prospective and require the court to “gaze more deeply into the crystal ball” as Dickson J. (as he then was) put it for the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Grand & Toy Ltd.*, 83 D.L.R. (3d) 452 at p. 469.

Another reason for upholding the judge below is that it is necessary to do so in order to harmonize the *Survival of Actions Act* with its companion legislation the *Fatal Accidents Act* which came into force on the same day. Although, according to s. 4(2), the rights conferred by the *Survival of Actions Act* are in addition to and not in derogation of the right of action conferred on the dependents of a deceased by the *Fatal Accidents Act*, it is none the less unlikely the Legislature intended the former to supercede or duplicate the latter as might sometimes be the result if the reasoning of the majority in *Duncan Estate v. Baddeley* were followed.

As a result of the foregoing, I am not persuaded the trial judge erred in declining to follow *Duncan Estate v. Baddeley*. Apart from that case, the legislation in question and legislation similar to it has long and widely been interpreted in this country as excluding claims based on loss of earning capacity or loss of future earnings. In my view it would require legislative amendment to allow for their inclusion now. See: The previous decision of this court in *Rayner v. Knickle and Kingston*, 88 Nfld. & P.E.I.R. 214 (P.E.I.C.A.); and the decisions of other courts of appeal in *James v. Rentz*, (1986) 27 D.L.R. (4th) 724 (Alta. C.A.) *Balkos v. Cook*, [1990] O.J. No. 1954, 75 O.R. (2d) 593 (O.C.A.), *Greenan Estate v. Reddoch*, 2002 YKCA 16, 176 B.C.A.C. 83, 2002 CarswellYukon 124 (Y.T.C.A.); *MacLean v. MacDonald*, *supra*; *Price Estate v. Howse Estate*, 2002 NFCA 60. [paras. 5-13]

[67] When challenged on point, counsel for the Estate was unable to point to any case where a court of this province awarded damages for posthumous loss of income or earning capacity to an estate pursuant to the *Survival of Actions Act*. There is none.

IV. Conclusion

[68] It is for the reasons fleshed out in the preceding text that I joined my colleagues in dismissing the appeal immediately after hearing the parties. In abridged form, those reasons are: (1) the “loss” of the income a person could have earned had he or she not died is not an “actual pecuniary loss” within the meaning of s. 5(1), the recovery-enabling provision of the *Survival of Actions Act*; (2) the opposite view is disharmonious with and makes redundant the word “actual”, which means “existing in fact” and is the opposite of “possible” and “contingent”; and (3) the opposite view, if accepted, would bring about a result at odds with the Legislature’s stated intention at the time of s. 5(1)’s adoption, which was to exclude recovery of damages for “loss of expectancy of earnings subsequent to death”. In the result, the appellant estate may not recover damages for that “loss” during the “lost years” pursuant to the *Survival of Actions Act*.

[69] I would close by ordering the appellant to pay costs of \$2,500 for all appeal-related proceedings.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] En common law, une action pour lésions corporelles ne survivait pas au décès de la victime. Heureusement, cette règle ne s'applique plus sous sa forme absolue dans la plupart, sinon la totalité, des ressorts de common law au Canada par suite de l'adoption des lois sur la survie des actions en justice. Dans notre province, la version moderne de ce texte législatif, du moins pour ce qui concerne le recouvrement de dommages-intérêts pour perte pécuniaire, est conforme, à tous les égards importants, aux recommandations proposées dans les années 1960 par la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada. La question qui constitue le fond du litige en l'espèce, et que notre Cour examine pour la première fois, est celle de savoir si la disposition de la loi en question qui permet le recouvrement permet aussi à la succession de la partie qui a subi des blessures mortelles de recouvrer des dommages-intérêts pour la perte des revenus que celle-ci aurait pu gagner si le décès n'était pas survenu. Un juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu que non : *Donald J. Higgins, en qualité d'exécuteur de la succession de Caroline J. Higgins, et autre c. David A. Arseneau*, 2013 NBBR 332, 410 R.N.-B. (2^e) 354.

[2] Au moment de l'accident de la route qui a donné lieu au litige sous-jacent, le par. 2(1) de la *Loi sur la survie des actions en justice*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-18, disposait que toutes les causes d'action « qu'a une personne qui meurt après le 1^{er} avril 1969, survivent au profit de sa succession ». Le paragraphe 5(1) disposait que lorsqu'une cause d'action survivait au profit de la succession, seuls les dommages « qui [avaient] causé une perte pécuniaire véritable pour le défunt ou pour sa succession » pouvaient faire l'objet d'un recouvrement.

[3] La succession de Caroline J. Higgins (« la succession »), s'appuyant principalement sur l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*, 1997 ABCA 100, [1997] A.J. No. 339 (QL), autorisation de pourvoi refusée [1997] C.S.C.R. n° 315, et s'inspirant de concepts créés pour l'évaluation des dommages-intérêts pour perte de revenus ou de capacité de gagner un revenu subie après le procès par des demandeurs vivants, nous presse de prononcer l'infirmité et prétend que le revenu que la défunte aurait gagné après le décès (la période communément appelée les « années perdues ») constitue un avoir en capital. La succession prétend que la perte de cet avoir constitue une « perte pécuniaire véritable » qui, si elle n'est pas subie par M^{me} Higgins personnellement, est subie par sa succession.

[4] L'intimé, David Arseneau, fait valoir pour sa part que cette prétention est indéfendable parce qu'elle est entièrement fondée sur une fiction, étant donné qu'il n'y avait, à la connaissance de la Cour chargée de l'évaluation, rien de plus qu'un avoir éventuel au moment du décès et aucun avoir réel à la suite du décès. Il prétend que le mot « véritable » a été ajouté à l'art. 5 pour qu'il soit bien clair que les droits survivants se rapportent à des pertes existantes par opposition à des pertes « futures », l'événement de démarcation étant le décès. M. Arseneau invoque une preuve par affidavit qui montre que la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada et chose plus importante, l'Assemblée législative, estimaient au moment de l'adoption du paragraphe 5(1) que celui-ci excluait le recouvrement de dommages-intérêts pour « perte » de revenus ou de capacité de gagner un revenu pendant les années perdues. M. Arseneau souligne que les tribunaux de toutes les Provinces de l'Atlantique ont unanimement rejeté l'interprétation large préconisée par la majorité dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* et ont rejeté les demandes engagées pour des pertes de cette nature.

[5] Par voie de duplique, la succession prétend que l'interprétation plus étroite retenue et appliquée ailleurs est imputable à des différences entre le libellé de la disposition permettant le recouvrement dont il est question dans chacune de ces instances et le libellé du paragraphe 5(1) de notre *Loi sur la survie des actions en justice*. La différence fondamentale serait qu'en vertu de notre *Loi*, à l'instar de celle qui s'appliquait

dans l'affaire *Duncan Estate c. Baddeley*, mais contrairement à celle de la Nouvelle-Écosse, par exemple, des dommages-intérêts sont recouvrables au titre d'une perte pécuniaire véritable causée non seulement à la succession, mais, aussi, à la personne défunte.

[6] En bref, mon opinion est la suivante. Le contexte législatif, tant immédiat que général, nous oblige à rejeter l'interprétation libérale de l'expression « perte pécuniaire véritable » qui a été adoptée dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*. Il en est ainsi parce que cette interprétation ne s'accorde pas avec le mot « véritable », lequel signifie [TRADUCTION] « qui existe réellement », le rend redondant et entraîne un résultat contraire à l'intention déclarée de l'Assemblée législative au moment de l'adoption du par. 5(1).

[7] Je clos ces remarques introductives en mentionnant que je ne suis pas sans savoir que l'interprétation plus étroite de l'expression « perte pécuniaire véritable » limitera occasionnellement la responsabilité de l'auteur du tort à des dommages-intérêts pécuniaires relativement insignifiants, comme ce pourrait être le cas en l'espèce. C'est là le choix que l'Assemblée législative a fait, sur le plan des principes, dans l'exercice de son pouvoir souverain sur ces questions et tous les juges sont tenus de donner effet à un texte législatif constitutionnellement valide. Il va sans dire qu'aucun juge n'a le droit de passer outre à un texte législatif pour la seule raison que ce texte exprime ce qu'il considère être une politique publique insuffisamment favorable au demandeur. Chose importante, l'objet du par. 5(1) est compensatoire et non punitif.

II. Le contexte

[8] Il s'agit en l'espèce de l'appel d'une décision sur une question de droit rendue en vertu de la règle 23.01(1)a) des *Règles de procédure*. En vertu de cette règle, le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la Cour de trancher une question de droit. Il faut que la question soit soulevée par une plaidoirie et il doit y avoir une possibilité réelle et substantielle que la solution de cette question

règle le litige, abrège le procès ou réduise considérablement les frais. Sauf circonstances exceptionnelles, la question doit être tranchée uniquement sur la base des plaidoiries et de la preuve du genre de celle qui est permise par la règle 23.02 (la transcription d'interrogatoires pertinents ou un affidavit nécessaire pour identifier un document ou prouver sa passation) : *Doiron et Careau c. Hogan*, 2001 NBCA 97, 243 R.N.-B. (2^e) 263, au par. 40, et *Co-operators General Insurance Company c. Richard, O'Regan, Les Fermes Gervais, Gervais [et] Les Fermes Dionne/Dionne Farms*, 2002 NBCA 98, 255 R.N.-B. (2^e) 6, aux par. 41 et 42, le juge d'appel Deschênes qui rendait jugement au nom de la Cour. À mon avis, la question des circonstances exceptionnelles dans ce contexte est régie par les intérêts de la justice.

[9] Dans l'arrêt *LeBlanc c. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 R.N.-B. (2^e) 325, la Cour a souligné que la règle 23.01(1)a) peut concourir à assurer une solution équitable de l'instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. Néanmoins, elle a fait une mise en garde contre l'application de la règle pour décider des « questions d'interprétation législative irrésolues, complexes et difficiles, dont la solution serait facilitée par l'examen de la preuve – fût-ce uniquement de la preuve relative à l'objet de la disposition et à l'intention du législateur – et profiterait par ailleurs de l'épuration et de l'affinement de l'argumentation constatés d'ordinaire au fur et à mesure de la préparation du procès, et au procès proprement dit » (par. 35). Dans cette affaire, la Cour a rejeté la demande présentée en vertu de la règle 23.01(1)a) parce que la question relevait de la catégorie des questions « irrésolues, complexes et difficiles » et que la décision de cette question dépendait de « la détermination exacte des limites précises d'un régime d'assurance relativement nouveau et de l'intention véritable des rédacteurs des mesures législatives ambiguës qui visaient à articuler le régime », le tout sans éléments de preuve pertinents (par. 36). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

A. *Les plaidoiries*

[10] Les demandeurs, Donald J. Higgins (en sa qualité d'exécuteur de la succession) et la succession elle-même, font valoir, dans l'exposé de la demande, que

[TRADUCTION] « le 20 juin 2010, Caroline J. Higgins faisait du jogging en direction de l'est sur le trottoir sis du côté nord du chemin Bridge [à] Saint John, lorsque tout à coup et sans que rien ne le laisse prévoir, [M. Arseneau], qui conduisait [sa] moto en direction de l'est sur le chemin Bridge, a, par négligence, perdu la maîtrise de [sa] moto et a heurté [M^{me} Higgins], causant ainsi sa mort ». Les demandeurs prétendent ensuite que M. Arseneau a fait preuve de négligence en n'exerçant pas la vigilance voulue, en ne gardant pas la maîtrise de sa moto et en ne freinant pas à temps pour éviter la collision. Ils font également valoir que M. Arseneau a violé la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17, en conduisant une motocyclette qui était dangereuse et ce, sans exercer la diligence et l'attention requises, à une vitesse supérieure à la limite affichée ou sûre et sans se préoccuper raisonnablement des autres personnes qui circulaient sur la route. Ils prétendent enfin que M. Arseneau conduisait pendant que ses facultés étaient affaiblies par la fatigue, l'alcool ou la drogue. Je souligne en passant que les demandeurs ont déposé une réponse à la demande de précisions du défendeur dans laquelle ils formulent une demande en dommages-intérêts punitifs et exemplaires.

[11] Les demandeurs déclarent que M. Higgins, en sa qualité d'exécuteur de la succession, engage l'action conformément au par. 3(1) de la *Loi sur les accidents mortels*, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7, en sa propre faveur et en faveur des [TRADUCTION] « parents, enfants, frères et sœurs » de M^{me} Higgins dont les noms suivent :

Nom	Âge	Adresse	Occupation
Mère Sheila Anne Higgins	77	28, croissant Grant Saint John (N.-B.)	Retraitée
Frère Donald James Higgins	51	19, ch. Partridge Rothesay (N.-B.)	Avocat
Sœurs			
Anne Maureen Higgins	49	96, England Circle Charlottetown (I.-P.-É.)	Enseignante suppléante/ Aide-enseignante
Mary Ellen Higgins	47	4, rue Pugsley	

		Rothesay (N.-B.)	Personne au foyer
Kelly Lynn Higgins	45	817-111, av. Davisville Toronto (Ont.)	Bibliothécaire
Siobhan Kathleen Higgins	52	465, ch. Ragged Point Saint John (N.-B.)	Programmeuse/analyste informatique

[12] Les demandeurs invoquent, également, les par. 3(2) et 3(3) de la *Loi sur les accidents mortels* et prétendent que M^{me} Higgins [TRADUCTION] « aurait contribué à l'entretien de ses parents, de ses enfants, de son frère et de ses sœurs pendant le reste de sa vie et leur aurait laissé son patrimoine pour leur jouissance et leur entretien ». Les paragraphes 3(1), (2) et (3) sont ainsi rédigés :

3(1) Every action under this Act shall be for the benefit of the spouse, parent, child, brother and sister, or any of them, of the deceased, and except as hereinafter provided, shall be brought by and in the name of the executor or administrator.

3(2) Subject to subsection (3), in every such action such damages as are proportional to the pecuniary loss resulting from the death shall be awarded to the persons respectively for whose benefit the action is brought.

3(3) Where an action has been brought under this Act there may be included in the damages awarded an amount sufficient to cover the reasonable expenses of the funeral and the disposal of the body of the deceased if those expenses were incurred by any of the persons by whom or for whose benefit the action is brought.

[Emphasis added.]

3(1) Toute action intentée en vertu de la présente loi doit l'être en faveur d'un conjoint, d'un parent, d'un enfant, d'un frère et d'une sœur de la victime, ou d'un de ceux-ci, et, sauf disposition contraire de la présente loi, elle est intentée par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur en son propre nom.

3(2) Sous réserve du paragraphe (3), dans toute action de ce genre, les dommages-intérêts proportionnels à la perte pécuniaire résultant du décès doivent être attribués respectivement aux personnes en faveur de qui l'action est intentée.

3(3) Lorsqu'une action a été intentée en vertu de la présente loi, les dommages-intérêts accordés peuvent comprendre un montant suffisant pour couvrir les frais funéraires et d'obsèques raisonnables de la victime si ces frais ont été supportés par l'une des personnes par qui ou en faveur de qui l'action a été intentée.

[C'est moi qui souligne.]

[13] Les demandeurs déclarent également que la succession intente l'action sous le régime de l'art. 5 de la *Loi sur la survie des actions en justice*, lequel est ainsi rédigé :

5(1) Where a cause of action survives for the benefit of the estate of a deceased person, only damages that have resulted in actual pecuniary loss to the deceased person or the estate are recoverable and, without restricting the generality of the foregoing, the damages recoverable shall not include damages for loss of expectation of life, pain and suffering or physical disfigurement.

5(2) Notwithstanding subsection (1), where the person in whom the cause of action is vested dies on or after January 1, 1993, the damages recoverable may include punitive or exemplary damages in appropriate cases.

[Emphasis added.]

5(1) Lorsqu'une cause d'action survit au profit de la succession d'un défunt, seuls les dommages qui ont causé une perte pécuniaire véritable pour le défunt ou pour sa succession peuvent faire l'objet d'un recouvrement et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les dommages-intérêts recouvrables ne doivent pas comporter de dommages-intérêts pour perte d'espérance de vie, pour douleurs et pour souffrances ou préjudice esthétique.

5(2) Nonobstant le paragraphe (1), lorsque la personne qui a le droit d'action meurt le ou après le 1^{er} janvier 1993, les dommages-intérêts recouvrables peuvent comporter des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires dans les cas appropriés.

[C'est moi qui souligne.]

[14] En outre, les demandeurs invoquent l'art. 2 de la *Loi sur la survie des actions en justice* :

2(1) All causes of action vested in a person who dies after April 1, 1969, survive for the benefit of the estate.

2(2) The rights conferred by subsection (1) are in addition to and not in derogation of any rights conferred by the *Fatal Accidents Act*.

2(1) Toutes les causes d'action qu'a une personne qui meurt après le 1^{er} avril 1969, survivent au profit de sa succession.

2(2) Les droits conférés par le paragraphe (1) s'ajoutent, sans y déroger, aux droits conférés par la *Loi sur les accidents mortels*.

[15] Bien que l'exposé de la demande ne fasse pas explicitement état d'une demande en dommages-intérêts pour une « perte pécuniaire véritable » causée à M^{me} Higgins ou à la succession, il contient une allégation selon laquelle celles-ci ont subi des [TRADUCTION] « pertes pécuniaires » par suite du décès de M^{me} Higgins. Des

dommages-intérêts particuliers sont sollicités au titre des frais d'obsèques, des fleurs, de la pierre tombale et des [TRADUCTION] « frais divers », mais pas au titre du revenu non gagné pendant la période qui s'est écoulée entre le décès et le procès. Toutefois, des [TRADUCTION] « dommages-intérêts généraux » sont demandés à l'alinéa 18a).

[16] Je marque une pause pour souligner que la *Loi sur la survie des actions en justice* et la *Loi sur les accidents mortels* qui étaient en vigueur au moment de l'accident, soit le 20 juin 2010, ont été remplacées par la *Loi sur la survie des actions en justice*, L.R.N.-B. 2011, ch. 227, et la *Loi sur les accidents mortels*, L.R.N.-B. 2012, ch. 104. Le paragraphe 5(1) de l'ancienne *Loi sur la survie des actions en justice* est maintenu, avec quelques petites modifications dans la version française au par. 6(1) de la *Loi* actuelle. Dans le texte qui suit, nous nous reportons aux dispositions de la *Loi sur la survie des actions en justice* et de la *Loi sur les accidents mortels* qui étaient en vigueur au moment de l'accident, à moins que le contexte n'indique le contraire.

[17] À la suite du dépôt de l'exposé de la demande, M. Arseneau a déposé et signifié une demande de précisions relativement aux [TRADUCTION] « dommages-intérêts généraux » sollicités à l'alinéa 18a) de l'exposé de la demande et il a demandé, plus précisément, des réponses aux questions suivantes :

[TRADUCTION]

3. En ce qui concerne l'alinéa 18a) [...] :
 - a. La demande en dommages-intérêts généraux est-elle une demande en dommages-intérêts pour perte pécuniaire ou pour perte non pécuniaire?
 - b. Si cette demande en dommages-intérêts généraux est ou comprend une demande en dommages-intérêts généraux pour perte pécuniaire :
 - i. Quelle est la nature de la perte pécuniaire énoncée sous ce chef de dommages que la succession aurait subie?
 - ii. La demande en dommages-intérêts généraux pour perte pécuniaire se limite-t-elle à une

demande présentée au nom de la mère, du frère et des sœurs survivantes de Caroline J. Higgins en vertu de la *Loi sur les accidents mortels*, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7?

- iii. La demande en dommages-intérêts généraux pour perte pécuniaire comprend-elle une demande présentée par la succession de Caroline J. Higgins, en vertu de la *Loi sur la survie des actions en justice*, L.R.N.-B. 2011, ch. 227, pour perte future de revenus ou perte de capacité de gagner un revenu subie par la défunte ou par la succession?

[18] Au sous-alinéa 1b)(i) de la réponse à la demande de précisions du défendeur qu'ils ont déposée le 23 février 2013, les demandeurs confirment que la succession [TRADUCTION] « s'appuiera sur la [TRADUCTION] "démarche fondée sur l'excédent disponible" aux fins d'évaluer le montant de la demande qu'elle présente conformément à la *Loi sur la survie des actions en justice*, démarche que la Cour d'appel de l'Alberta a énoncée et adoptée dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* ». Au sous-alinéa 3b)(iii), ils ajoutent que [TRADUCTION] « la succession [...] sollicite des dommages-intérêts "pour des pertes pécuniaires réelles" et elle entend s'appuyer sur la méthode énoncée dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* [...] laquelle comprend une évaluation de ce que Caroline J. Higgins aurait gagné au cours de sa vie ».

[19] Dans l'exposé de sa défense, M. Arseneau nie que l'un ou l'autre demandeur ait le droit de recouvrer des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « perte future ou potentielle de revenus ou de capacité de gagner un revenu » découlant du décès de M^{me} Higgins, que ce soit à titre de perte pécuniaire réelle, [TRADUCTION] « conformément au par. 6(1) la *Loi sur la survie des actions en justice* [de 2011] ou par quelque autre moyen (y compris la demande qui est précisée aux sous-alinéas 1b)(i) et 3b)(iii) de la réponse des demandeurs à la demande de précisions du défendeur datée du 5 février 2013) ».

B. *La motion*

[20] Par voie d'avis de motion déposé sous le régime de la règle 23.01(1)a), M. Arseneau a demandé à la Cour de trancher la question de droit suivante :

[TRADUCTION]

La succession de Caroline J. Higgins, demanderesse, a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour perte de gains futurs ou potentiels ou perte de capacité de gagner un revenu, par suite du décès de Caroline J. Higgins, conformément à la *Loi sur la survie des actions en justice*, L.R.N.-B. 2011, ch. 227, ou par quelque autre moyen?

[21] M. Arseneau a également sollicité, sous le régime de la règle 23.01(1)b), une ordonnance portant radiation [TRADUCTION] « des parties de l'exposé de la demande et de l'exposé des précisions des demandeurs dans lesquelles ils sollicitent des dommages-intérêts pour perte de gains futurs ou potentiels, ou perte de capacité de gagner un revenu, par suite du décès de Caroline J. Higgins [...] ».

[22] Trois affidavits ont été déposés à l'appui de la motion.

[23] L'affidavit de Marie Bordeleau, directrice générale de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, explique que la Conférence était connue, jusqu'en 1974, sous le nom de Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada, laquelle avait été établie en 1918 pour assurer l'harmonisation des lois. La Conférence a notamment pour mission, de nos jours, de faciliter et de promouvoir « l'harmonisation des lois à l'échelle du Canada au moyen de l'élaboration, à la demande des administrations constituantes, de lois uniformes, de lois modèles, d'énoncés des principes juridiques et autres documents jugés nécessaires pour répondre aux demandes qui lui sont présentées par les administrations constituantes ». Sont jointes à son affidavit des copies d'extraits des procès-verbaux des 43^e, 44^e et 45^e réunions annuelles de la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada tenues en 1961, 1962 et 1963, respectivement. L'article 6 de la version finale révisée de la loi type intitulée *The Survival of Actions Act*

(annexe Q jointe au rapport de 1963) disposait que [TRADUCTION] « seuls les dommages qui ont causé une perte pécuniaire véritable pour le défunt ou pour sa succession » pouvaient faire l'objet d'un recouvrement, ce qui est précisément la norme établie par notre *Loi*. Comme nous le verrons, l'opinion dominante était qu'il était inutile d'exclure explicitement une indemnisation pour perte d'expectative de gains découlant d'un décès parce qu'aucun droit de cette nature ne survivait.

[24] L'affidavit de Donald J. Forestell, greffier de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick et gardien de ses archives, a déposé devant le juge saisi de la motion une copie d'extraits du rapport intitulé « Synoptic Report of the Proceedings of the Second Session of the Forty-Sixth Legislative Assembly of the Province of New Brunswick, 1969, Vol. 1 ». Les débats pertinents concernent le projet de loi 63 (*Survival of Actions Act*) et le projet de loi 64 (*Fatal Accidents Act*), et montrent que ces deux projets de loi reflétaient la loi « type » proposée par la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada.

[25] Étaient jointes au troisième et dernier affidavit, celui de David G. O'Brien, c.r., membre du cabinet d'avocats commis au dossier de M. Arseneau, et soumises à l'attention du juge saisi de la motion, des copies de l'exposé de la demande, de la demande de précisions, de la réponse à la demande de précisions du défendeur et de l'exposé de la défense. De plus, M^e O'Brien avance l'opinion qu'une réponse négative à la question posée dans l'avis de motion enlèverait toute pertinence à une série de questions, résultat qui [TRADUCTION] « simplifierait et abrégerait la communication des documents, l'interrogatoire préalable et le procès et, de plus, réduirait considérablement les frais du litige ».

C. *La décision rendue par la Cour du Banc de la Reine*

[26] Le juge saisi de la motion a autorisé le versement au dossier de l'affidavit de M^e O'Brien, mais n'a pas tenu compte de son opinion concernant l'utilité de la décision sollicitée sur une question de droit. En ce qui concerne les affidavits de

M^{me} Bordeleau et de M. Forestell, leur admissibilité n'a pas été contestée, mais le juge les a admis en preuve à une fin limitée : ils aideraient la Cour [TRADUCTION] « non pas à interpréter la *Loi sur la survie des actions en justice*, mais uniquement à évaluer la nature du dossier » dont était saisie la Cour dans l'affaire *Succession Adams et autres c. McKiel et Loyal Taxi*, 2012 NBBR 106, 387 R.N.-B. (2^e) 140, où la juge Clendening a conclu que la succession du défunt ne pouvait pas, en vertu de la *Loi sur la survie des actions en justice*, recouvrer des dommages-intérêts généraux pour perte [TRADUCTION] « future » de gains (c'est-à-dire ultérieure au décès). Le juge saisi de la motion a estimé que la courtoisie judiciaire et le *stare decisis* l'obligeaient à suivre, [TRADUCTION] « sans plus », la décision de la juge Clendening (par. 46). Il a donc conclu que les demandeurs n'avaient pas droit à des dommages-intérêts pour perte de gains [TRADUCTION] « futurs » ou [TRADUCTION] « potentiels » ou perte de capacité de gagner un revenu :

[TRADUCTION]

On peut dire que l'avocat de la demanderesse reconnaît que je ne suis ni mieux ni différemment placé que l'était la juge Clendening dans l'affaire *Succession Adams c. McKiel*. Au bout du compte, si la Cour se lançait dans sa propre analyse interprétative en se laissant guider par les argumentations contradictoires qui ont été présentées en l'espèce et qui sont fondées sur les mêmes documents, essentiellement, que ceux qui ont été présentés à ma collègue tout juste l'an dernier, elle se trouverait à ne pas respecter les précédents et à nier l'importance de la courtoisie judiciaire; en somme à abandonner le principe *stare decisis*. Je ne suis pas disposé à le faire pour les raisons énoncées dans la décision *Re Hansard Spruce Mills*, précitée. Je choisis plutôt de tout simplement suivre la décision *Succession Adams c. McKiel*, précitée.

[...]

Par conséquent, conformément à la règle 23.01(1)a) des *Règles de procédure*, je réponds par la négative à la question de droit posée :

La succession de Caroline J. Higgins, demanderesse, n'a pas droit à des dommages-

intérêts pour perte de gains futurs ou potentiels ou perte de capacité de gagner un revenu, par suite du décès de Caroline J. Higgins, conformément à la Loi sur la survie des actions en justice, L.R.N.-B. 2011, ch. 227. [par. 51 et 52]

Bien que l'on se reporte, dans cette décision, à la *Loi sur la survie des actions en justice* de 2011, tous s'entendent pour reconnaître que la décision sert à interpréter la *Loi sur la survie des actions en justice* qui était en vigueur au moment de l'accident.

[27] De plus, en droit des dommages-intérêts, les pertes futures ou potentielles se rapportent à la période ultérieure au procès. Toutefois, les parties s'accordent pour reconnaître qu'en employant l'expression [TRADUCTION] « gains futurs ou potentiels ou perte de capacité de gagner un revenu », le juge saisi de la motion a voulu parler des gains ou de la capacité de gagner un revenu ultérieurs au décès et non pas simplement des gains futurs ou potentiels ou de la perte de capacité de gagner un revenu à partir de la date du procès et par la suite.

D. *L'argumentation, en abrégé, en faveur et à l'encontre de l'infirmité de la décision*

[28] La succession conteste la décision rendue sur la question de droit pour des raisons d'ordre procédural. Elle prétend que le juge saisi de la motion a commis des erreurs : (1) en concluant que la question soulevée par l'avis de motion constituait une motion afin que soit tranchée une question de droit soulevée par les plaidoiries; (2) en interprétant la *Loi sur la survie des actions en justice* sans disposer d'une preuve du genre de celle mentionnée dans l'arrêt *LeBlanc c. Boisvert*; (3) en appliquant les principes de la courtoisie judiciaire et du *stare decisis* dans le cadre d'une motion déposée sous le régime de la règle 23.01(1)a). Cette règle veut, suivant l'argumentation invoquée, que la question soit tranchée par le juge saisi de la motion lui-même et une acceptation sans réserve de la décision rendue par une collègue dans une autre instance n'est pas acceptable. Cela dit, on reconnaît que la question a maintenant perdu toute portée pratique, notre Cour devant se prononcer sur le bien-fondé de la décision, non pas sur les motifs donnés à l'appui. La

succession prétend également que le juge saisi de la motion a commis une erreur en admettant les trois affidavits susmentionnés. Elle prétend que le juge a admis ces affidavits [TRADUCTION] « sans [qu']une raison de principe » le justifie et s'en est servi à mauvais escient afin d'appliquer les principes de la courtoisie judiciaire et du *stare decisis*. En dernier lieu, la succession prétend que le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant que la solution de la question soulevée dans l'avis de motion pouvait régler le litige, abrégé le procès ou réduire considérablement les frais.

[29] La succession conteste également le jugement rendu en première instance sur le fond. Selon la succession, la solution de la question de droit qui est contestée repose sur une interprétation et une application incorrectes de la *Loi sur la survie des actions en justice* et de la *Loi sur les accidents mortels*. Cette interprétation ne serait pas [TRADUCTION] « compatible avec une interprétation fondée sur l'objet, sur le texte et sur le contexte » des dispositions pertinentes, notamment le par. 2(2), l'art. 3 et le par. 5(1) de la *Loi sur la survie des actions en justice*. De plus, cette interprétation ne tiendrait pas compte de la version française des dispositions en question et ne s'accorderait pas avec l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13 :

17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

[30] Dans les motifs de décision qu'il a rendus dans l'affaire *MacLean c. MacDonald*, 2002 NSCA 30, [2002] N.S.J. No. 76 (QL), le juge d'appel Cromwell, tel était alors son titre, apporte une réponse, à laquelle je souscris, à l'argument de la succession voulant que l'art. 17 de la *Loi d'interprétation* prescrive une interprétation favorable au demandeur de l'expression « perte pécuniaire véritable ». S'agissant de la disposition correspondante de l'*Interpretation Act* de la Nouvelle-Écosse, le juge Cromwell a dit ceci : [TRADUCTION] « Cette règle, toutefois, n'a pas pour objectif de faire en sorte que le texte législatif fasse l'objet de l'interprétation la plus favorable

possible pour permettre l'indemnisation, mais de faire en sorte qu'il reçoive une interprétation qui assurera la réalisation de ses objets. J'estime que l'analyse contextuelle détaillée que j'entreprends en l'espèce garantit la complète conformité avec cette règle » (par. 105). De plus, il n'y a rien dans la version française du par. 5(1) qui appuie la prétention interprétative de la succession. Il n'y a rien d'autre à dire en ce qui concerne ces deux arguments.

[31] Bien qu'il eût conclu que la succession ne pouvait pas recouvrer des dommages-intérêts pour perte future de gains ou de capacité de gagner un revenu, le juge saisi de la motion a rejeté la motion en radiation des parties de l'exposé de la demande et de la réponse à la demande de précisions du défendeur dans lesquelles cette demande était formulée. Il l'a fait pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION]

Pour le cas où la Cour répondrait à la question posée par la négative, le défendeur a aussi invoqué la règle 23.01(1)b) qui, comme nous l'avons souligné, « permet à une partie de demander que la radiation d'une plaidoirie soit ordonnée », demande qui ne peut être accueillie que « si la plaidoirie contestée ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable » (*Sewell c. Compagnie d'assurance ING du Canada*, précité, au par. 6). La demanderesse conteste l'applicabilité de cette disposition et pendant le débat, l'avocat du défendeur n'a pas insisté pour obtenir cette réparation additionnelle. Il a semblé satisfait de pouvoir compter sur toute réponse négative donnée par la Cour sous le régime de la règle 23.01(1)a). Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je m'en tiendrai là moi aussi. Je souligne que la juge Clendening n'est pas allée plus loin dans la décision *Succession MacLean [sic, lire Adams] c. McKiel*, précitée. [par. 53]

[32] M. Arseneau a déposé un avis d'appel reconventionnel dans lequel il a prétendu que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rejetant sa motion en radiation des parties de l'exposé de la demande et de l'exposé des précisions dans lesquelles on demandait des dommages-intérêts pour perte de revenus futurs ou perte de capacité de gagner un revenu. Selon ce que prétend

M. Arseneau, le juge aurait dû accueillir la motion en radiation qu'il a déposée sous le régime de la règle 23.01(1)b) dès lors qu'il avait conclu que la succession n'avait pas droit à des dommages-intérêts de cette nature en vertu de la *Loi sur la survie des actions en justice*. Lors de l'audition de l'appel, M. Arseneau a abandonné l'appel reconventionnel. Il l'a fait après que notre formation lui eut indiqué qu'en droit, les parties contestées de l'exposé de la demande et de la réponse à la demande de précisions du défendeur étaient réputées avoir été radiées par suite de la décision rendue en vertu de la règle 23.01(1)a).

[33] Cela dit, on prétend également dans l'avis d'appel reconventionnel que la décision prise en première instance peut être confirmée pour des motifs autres que ceux mentionnés dans la décision qui fait l'objet de l'appel. M. Arseneau prétend que si le juge saisi de la motion a commis une erreur en n'analysant pas et en ne tranchant pas lui-même la question de droit soulevée dans l'avis de motion, la décision qu'il a rendue est néanmoins correcte. Il en serait ainsi parce que la perte future de revenus ou de capacité de gagner un revenu qui est revendiquée : (1) n'est pas une « perte pécuniaire véritable »; (2) constitue une perte d'espérance de vie, laquelle est explicitement insusceptible d'indemnisation en vertu du par. 5(1) de la *Loi*; (3) constitue une « perte » ou un « profit » que le décès a entraîné pour la succession, lesquels, conformément à l'art. 6, ne peuvent être pris en compte pour le calcul des dommages-intérêts.

[34] Sans les rejeter définitivement, je ne suis pas attiré par la logique qui sous-tend les deuxième et troisième moyens mis de l'avant dans l'avis d'appel reconventionnel. Si j'ai bien compris le droit applicable, aucuns dommages-intérêts pour perte d'espérance de vie, ou diminution de l'espérance de vie, ne sont accordés en dédommagement d'une perte de revenus. Ces dommages-intérêts sont plutôt non pécuniaires de par leur objet et ils [TRADUCTION] « font partie d'un ensemble de moyens matériels (consolation) destinés à rendre la vie plus supportable au demandeur grièvement blessé » : S.M. Waddams, *The Law of Damages* (Toronto : Canada Law Book, 2013) (feuilles mobiles mis à jour en 2012, communiqué 22), ch. 12, à la p. 6, et Ken Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada*, 2^e éd. (Toronto :

Carswell, 1996), aux p. 488 et 489. En ce qui concerne l'argument fondé sur l'art. 6, il semble manquer la cible parce que les mots « profit » et « perte » ont été interprétés strictement, le premier excluant [TRADUCTION] « les paiements versés à la succession comme une prestation d'assurance-vie, une rente viagère garantie et des prestations de retraite » et le second s'appliquant à des choses comme le coût de l'administration des biens de la succession : *The Law of Damages*, ch. 12, à la p. 11. Cela dit, la proposition voulant que la perte de revenus futurs ou de capacité de gagner un revenu ultérieure au décès ne constitue pas une « perte pécuniaire véritable » au sens du par. 5(1) est certainement fondée, et j'ai l'intention de trancher l'appel en fonction de cette proposition.

III. Analyse

[35] Je commencerai par un bref examen des moyens d'appel d'ordre procédural qui demeurent pertinents et je terminerai par un exposé des motifs pour lesquels je rejette la doléance de la succession sur le fond.

A. *Les questions d'ordre procédural*

(i) L'inadaptation de la règle 23.01(1)a) à la solution demandée

[36] La règle 23.01(1)a) dispose que le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la Cour que toute question de droit soulevée par une plaidoirie soit tranchée. Les précisions font partie de la plaidoirie à laquelle elles se rapportent : *Patterson c. Canadian Pacific R. Co.*, [1917] A.J. No. 75 (C.A.) (QL), et *Turner c. Surrey (Municipality)*, [1911] B.C.J. No. 10 (C.A.) (QL). Les demandeurs affirment ce qui suit dans la réponse à la demande de précisions du défendeur : (1) la succession [TRADUCTION] « est la demanderesse dans la partie de l'action fondée sur la *Loi sur la survie des actions en justice* [...] »; (2) la succession sollicite des dommages-intérêts pour des pertes pécuniaires réelles, qu'elle ou M^{me} Higgins ont subies; (3) ces dommages-intérêts, lesquels comprennent [TRADUCTION] « ce que Caroline J. Higgins

aurait gagné au cours de sa vie », doivent être évalués conformément à la méthode adoptée dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* (la démarche fondée sur [TRADUCTION] « l'excédent disponible »). Il est manifeste que les plaidoiries mêmes des demandeurs soulèvent la question du droit légal de la succession à des dommages-intérêts pour perte de gains ou de capacité de gagner un revenu ultérieure au décès. Par conséquent, le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur dans la façon dont il a tranché la question de droit formulée dans l'avis de motion. Finalement, sur ce point, je suis sans aucune hésitation d'accord avec le juge saisi de la motion pour conclure que l'arrêt *LeBlanc c. Boisvert* peut être écarté et je ne saurais faire mieux que de reproduire son explication à cet égard :

[TRADUCTION]

Je suis respectueusement d'avis que la solution de la question de droit dont je suis saisi fait intervenir des considérations différentes et que ce précédent peut être écarté. Bien que par son importance, la question soulevée en l'espèce transcende les intérêts des parties, qu'elle fasse intervenir certains aspects difficiles de l'interprétation législative et que d'aucuns puissent considérer qu'elle présente une certaine complexité, elle n'est pas de la même eau que la question soulevée dans l'affaire *LeBlanc c. Boisvert*, précitée. Les dispositions de la *Loi sur la survie des actions en justice* qui sont contestées ne sont pas nouvelles; la question de droit soulevée a une portée beaucoup plus restreinte que celle soulevée dans l'affaire *LeBlanc c. Boisvert*; cette question ne dépend pas des faits, en ce sens qu'elle serait entièrement hypothétique, étant donné les concessions faites pour les fins de la présente motion; et des questions semblables à celle soulevée en l'espèce ont fait l'objet d'une interprétation judiciaire considérable ailleurs. De plus, dans la décision *Succession Adams et autres c. McKiel et Loyal Taxi*, 2012 NBBR 106 (ci-après *Succession Adams c. McKiel*), un juge de notre Cour a récemment répondu à une question essentiellement identique à celle dont je suis saisi.

En outre, étant donné les nombreuses interprétations dont ont fait l'objet cette disposition et les dispositions semblables des différentes lois sur la survie des actions en justice, et étant donné la grande qualité des arguments juridiques formulés devant moi, je ne vois pas comment un

procès ou la préparation des avocats en vue du procès pourraient davantage épurer ou affiner l'argumentation. Autrement dit, j'estime que le juge du procès ne serait pas mieux placé pour répondre à la question de droit qui est posée. En disant cela, je suis conscient, pour reprendre la formule qu'a employée le juge Drapeau au par. 19 de l'arrêt *LeBlanc c. Boisvert*, du fait que « la règle 23.01(1) n'admet pas la preuve ». J'examinerai cette préoccupation sous peu. Si je laisse cet aspect de côté pour l'instant, je suis d'avis que la question soulevée peut être tranchée avant le procès de façon équitable et convenable.

À cette étape-ci de mon analyse, je conclus que la solution préjudicielle de la question de droit qui découle des plaidoiries est la façon la plus juste et la plus rapide de procéder. Comme l'a fait valoir l'avocat du défendeur : [TRADUCTION] « La question de droit peut être tranchée en vertu de la règle 23.01(1)a parce qu'elle se pose au vu même de l'exposé de la demande et de l'exposé des précisions; parce que la Cour n'a pas à tirer des conclusions de fait pour la trancher; et parce qu'elle a déjà fait l'objet d'une décision judiciaire ». D'ailleurs, à ce dernier égard, je souligne qu'à au moins deux occasions des décisions judiciaires ont été prises avant le procès dans des circonstances semblables à celles qui nous occupent (voir la décision *Succession Adams c. McKiel*, précitée, et l'arrêt *MacLean c. MacDonald*, 2002 NSCA 30, au par. 11. [par. 24 à 26]

(ii) La règle 23.02 et l'admissibilité des affidavits déposés à l'appui de la motion

[37] L'objection de la succession à l'admissibilité des trois affidavits mentionnés ci-dessus est sans fondement. Il en est ainsi pour les raisons suivantes, chacune constituant une réponse complète, qu'elle soit spécifique ou générale.

[38] Premièrement, l'affidavit de M^e O'Brien ne fait qu'énumérer les plaidoiries, comme il le précise. L'affidavit est de ce fait admissible, sans autorisation de la Cour, conformément à la règle 23.02b).

[39] Deuxièmement, la succession n'a pas contesté l'admissibilité de l'un ou l'autre de ces affidavits devant le tribunal d'instance inférieure, sauf en ce qui concerne l'opinion de M^e O'Brien sur l'utilité de la décision sollicitée. Il est trop tard pour formuler une objection plus globale : *Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2^e) 203, au par. 83, et *Jean c. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 R.N.-B. (2^e) 300, au par. 62.

[40] Troisièmement, le juge saisi de la motion pouvait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, accorder l'autorisation d'admettre les affidavits de M^{me} Bordeleau et de M. Forestell dans le but parfaitement légitime de clarifier la nature du dossier dont la juge Clendening était saisie dans l'affaire *Succession Adams c. McKiel*. Le caractère discrétionnaire de cette décision fait intervenir une norme de contrôle qui nous oblige à une grande déférence. Cette norme a été définie dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161 :

[...] L'ordonnance contestée découle essentiellement de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, au par. 43) ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie (voir les propos de R.P. Kerans dans son ouvrage *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton : Juriliber Limited, 1994), aux pages 36 et 37, et ceux de lord Diplock dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (Ch. des lords), à la page 1064). [par. 4]

[41] Finalement, la règle 2.01 habilite la Cour à dispenser de l'observation d'une règle lorsque les intérêts de la justice l'exigent : *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations*

Inc. et autres, 2011 NBCA 59, 375 R.N.-B. (2^e) 141 et *Galerie d'art Beaverbrook c. Beaverbrook Canadian Foundation*, 2013 NBCA 17, 403 R.N.-B. (2^e) 161. C'est à bon droit que l'on applique cette règle pour admettre une preuve par affidavit, comme les affidavits de M^{me} Bordeleau et de M. Forestell, qui a pour objet de saisir la Cour d'un exposé fiable, opportun et contextuellement intelligible des déclarations faites par le ministre de la Justice devant l'Assemblée législative afin d'expliquer un projet de loi dont l'adoption relevait de sa responsabilité. Une dispense de l'obligation de respecter l'interdiction de toute preuve de cette nature qui est faite à la règle 23.02 est justifiée pour assurer une solution équitable de l'instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. L'objectif est de permettre un accès abordable à la justice.

(iii) L'utilité de la décision sollicitée

[42] Le juge saisi de la motion a conclu qu'il existait une possibilité réelle et substantielle que la solution sollicitée dans l'avis de motion pût régler le litige, abréger le procès ou réduire considérablement les frais. La prétention de la succession selon laquelle le juge saisi de la motion a commis une erreur en tirant cette conclusion est dénuée de tout fondement. Je souscris aux observations du juge saisi de la motion à ce propos :

[TRADUCTION]

Je conclus qu'il existe une possibilité réelle et substantielle que le fait de répondre à la question soulevée puisse abréger le procès ou réduire considérablement les frais. Je tire cette conclusion en l'inférant de l'exposé de la demande et de la réponse de la demanderesse à la demande de précisions du défendeur. La demande que formule la succession sous le régime de la *Loi sur la survie des actions en justice* est distincte de la demande que formule l'exécuteur de la succession sous le régime de la *Loi sur les accidents mortels*. Si la succession demanderesse réussit à établir que l'expression « pertes pécuniaires réelles » employée au paragraphe 6(1) de la *Loi sur la survie des actions en justice* comprend une indemnisation pour perte de gains futurs ou potentiels ou perte de capacité de gagner un revenu, par suite du décès de Caroline J. Higgins, le calcul de ce chef de dommage sera compliqué, sinon complexe, et étant donné l'âge et l'occupation de

M^{me} Higgins au moment de son décès, il est possible qu'une réparation pécuniaire importante soit accordée. Il faudrait certes s'attendre à ce qu'une preuve substantielle (tant orale qu'écrite) soit sollicitée à l'interrogatoire préalable et exigée au procès et à ce qu'une importante argumentation juridique soit produite. En guise d'exemple, voici ce qu'on peut lire dans la réponse de la demanderesse à la demande de précisions :

[TRADUCTION]

La demanderesse, la succession de Caroline J. Higgins, s'appuiera sur la [TRADUCTION] « démarche fondée sur l'excédent disponible » aux fins d'évaluer le montant de la demande qu'elle présente conformément à la *Loi sur la survie des actions en justice*, démarche que la Cour d'appel de l'Alberta a énoncée et adoptée dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* (1997), 196 A.R. 161 (C.A.).

Que le juge du procès adopte ou non cette [TRADUCTION] « démarche fondée sur l'excédent disponible » (laquelle serait fort probablement une question en litige au procès), toute démarche susceptible d'être retenue nécessiterait sans doute une preuve actuarielle, des prédictions et des projections se rapportant à des événements futurs ainsi qu'une actualisation pour tenir compte des caprices de la vie (voir l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*, précité, aux par. 26 à 45). Il existe, *a fortiori*, une possibilité réelle et substantielle que le procès soit abrégé ou que les frais soient considérablement réduits si la Cour répondait à la question de droit soulevée et si, ce faisant, elle concluait que la succession demanderesse ne peut, sous le régime de la *Loi sur la survie des actions en justice* du Nouveau-Brunswick, recouvrer des dommages-intérêts pour perte de gains futurs ou potentiels ou perte de capacité de gagner un revenu. [par. 28 et 29]

B. *La question de fond*

- (1) L'intention du législateur et la politique législative par opposition à la politique judiciaire

[43] En common law, une lésion corporelle n'était plus susceptible d'action en responsabilité délictuelle dès lors que la victime ou l'auteur du tort décédait. De plus, la common law ne reconnaissait pas la cause d'action d'un tiers pour des dommages découlant de l'homicide délictuel d'une autre personne. Ainsi, le conjoint ou les enfants survivants ne pouvaient pas engager une action en dommages-intérêts pour l'homicide délictuel de l'autre conjoint ou de l'autre parent : *Baker c. Bolton and Others*, [1808] EWHC KB J92. Voir, également, le résumé éclairé de la common law rédigé par la Law Reform Commission of Saskatchewan dans son rapport présenté au ministre de la Justice en mai 1985 et concernant sa proposition en vue de l'adoption d'une loi sur la survie des actions en justice.

[44] Les deux règles de common law susmentionnées ont été modifiées par un texte législatif dans la plupart, sinon la totalité des provinces de common law. Au moment où l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a adopté la *Survival of Actions Act* [Loi sur la survie des actions en justice] et la *Fatal Accidents Act* [Loi sur les accidents mortels] en 1969, il était reconnu partout au Canada que la législation sur la survie des actions en justice interdisait l'indemnisation au titre d'une perte de revenus ou de capacité de gagner un revenu ultérieure au décès : voir les arrêts *MacLean c. MacDonald*, aux par. 37 à 49, 58, 78, 86 et 88 et *Estate of Julie Ann MacKay c. Smith*, 2003 PESCAD 27, [2003] P.E.I.J. No. 100 (QL), le juge Mitchell, juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard, qui rendait le jugement de la Cour, au par. 13. Cette opinion a été acceptée au Nouveau-Brunswick peu après l'adoption de la *Survival of Actions Act* : *St-Onge c. Bel Air Rental Services Ltd.* (1972), 7 R.N.-B. (2^e) 543, [1972] A.N.-B. n° 215 (C.B.R.) (QL).

[45] Une opinion différente a gagné certains appuis auprès des tribunaux d'Angleterre (*Gammell c. Wilson*, [1981] 1 All E.R. 578 (Ch. des lords)), d'Australie (*Fitch c. Hyde-Cates*, [1982] H.C.A. 11) et de l'Alberta (*Galand Estate c. Stewart*, 1992 ABCA 334, [1992] A.J. No. 1209 (QL), et *Duncan Estate c. Baddeley*). Il est à remarquer, toutefois, que dans chacun de ces ressorts, l'assemblée législative ou le parlement, selon le cas, est intervenu afin d'exclure par voie législative les demandes

pour perte de revenus ou de capacité de gagner un revenu pendant les années perdues. Ce qui est plus pertinent encore pour les fins interprétatives qui nous occupent, les lois anglaise et australienne examinées dans les arrêts *Gammell c. Wilson* et *Fitch c. Hyde-Cates*, respectivement, sont sensiblement différentes de la *Loi sur la survie des actions en justice* en vigueur dans notre province. Chose tout aussi importante, ni l'une ni l'autre de ces lois n'a limité l'indemnisation aux pertes pécuniaires qui sont [TRADUCTION] « véritables » ou réelles.

[46] La succession fait valoir que la décision rendue dans l'affaire *Duncan Estate c. Baddlely* devrait être suivie parce que le libellé de la disposition de notre *Loi sur la survie des actions en justice* qui permet l'indemnisation est semblable à celui de la loi albertaine dont il était question dans cette affaire et dont les art. 2 et 5 étaient ainsi rédigés :

[TRADUCTION]

2. Une cause d'action qu'a une personne qui meurt après le 1^{er} janvier 1979 survit au profit de sa succession.

5. Si une cause d'action survit en vertu de l'article 2, seuls les dommages-intérêts pour des pertes financières réelles du défunt ou de la succession sont recouvrables et, sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, les dommages-intérêts recouvrables ne comportent pas de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, les dommages-intérêts pour perte d'espérance de vie, pour douleurs et souffrances, pour préjudice esthétique ou pour préjudice d'agrément.

[47] En toute déférence, il existe au moins une différence importante entre l'art. 5 de la loi albertaine et l'art. 5 de notre *Loi sur la survie des actions en justice*. Contrairement à la disposition albertaine, l'art. 5 de notre *Loi*, plus précisément au paragraphe (2), permet, en des termes explicites, le recouvrement de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires « lorsque la personne qui a le droit d'action meurt le ou après le 1^{er} janvier 1993 ». L'exclusion de ces dommages-intérêts aux termes de la loi albertaine semble avoir influencé dans une certaine mesure le raisonnement de la majorité dans

l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*. Ce point ressort des observations suivantes du juge Kerans, auxquelles a souscrit le juge d'appel Côté :

[TRADUCTION]

À mon avis, l'interprétation plus large de ce qui constitue une perte [TRADUCTION] « réelle » satisfait aux trois critères. En premier lieu, elle est plausible. Certains motifs justifiant l'attribution de dommages-intérêts ressortissent à des facteurs qui sont très réels, mais qui n'ont aucun aspect véritablement [TRADUCTION] « financier » ou [TRADUCTION] « pécuniaire ». Les dommages-intérêts pour douleurs et souffrances en sont l'exemple le plus évident. Les douleurs et les souffrances sont bien réelles, mais l'idée que ces pertes donnent lieu à une perte susceptible d'être calculée du point de vue monétaire comme le serait une perte financière ou pécuniaire relève de la fiction. Je reconnais qu'il est possible d'établir une distinction pour ce qui concerne les chefs de dommages qui sont très propres à la victime, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts pour douleurs et souffrances. Ces dommages-intérêts n'ont pas pour but de remplacer des biens perdus, mais plutôt d'apporter une certaine consolation à la victime et de lui permettre d'éprouver un sentiment de justice punitive. Il y a une certaine logique dans le fait que la loi interdise les dommages-intérêts dans le cas où la victime ne peut bénéficier de cette consolation ni éprouver ce sentiment de justice. Cela explique l'exception dont il est question ici, mais pas le fait qu'elle s'applique aussi à la perte de biens. (J'écarte pour le moment, parce qu'elle n'a pas été encore examinée, l'anomalie que constitue l'attribution de dommages-intérêts pour douleurs et souffrances à une victime qui est en vie mais inconsciente.) On peut dire la même chose des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. En somme, l'exception concerne uniquement les dommages-intérêts pour perte non pécuniaire.

[...]

À mon avis, l'article en question [l'art. 5 de la loi albertaine] a pour objet de débarrasser l'action survivante de toute demande qui est hypothétique ou fictive (par exemple une demande en dommages-intérêts punitifs ou exemplaires) ou qui se rapporte à une perte non pécuniaire.
[...] [par. 9 et 11]

[C'est moi qui souligne.]

[48] Quoi qu'il en soit, il est clair que dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*, les juges majoritaires étaient allergiques à un choix fait, sur le plan des principes, aux termes duquel la perte d'un bien matériel était indemnisable, mais la perte de la capacité de gagner un revenu ne l'était pas :

[TRADUCTION]

De toute façon, je ne veux rien avoir à faire avec une définition de l'indemnisation qui accorde de la valeur au capital physique mais pas au capital intellectuel. Ceux qui prétendent que je m'aventure ici au-delà de l'indemnisation insisteraient sur le fait, j'en suis certain, que le droit sur la survie des actions permet indéniablement à la succession de présenter une demande au titre de la perte de biens matériels subie par le défunt. Cela les amène forcément à dire que si deux personnes sont tuées par le même auteur de délit, la succession de la personne riche qui n'a jamais travaillé de sa vie, mais qui a perdu sa montre Cartier en plus de sa vie, pourrait recouvrer le montant équivalent à la valeur de la montre (de sorte que les héritiers pourraient dire qu'ils peuvent tirer quelque chose de bon d'un vent de malheur) parce que, bien entendu, l'auteur du délit a détruit non seulement la vie mais le bien en question. Par contre, la succession de la victime qui était une [TRADUCTION] « personne qui travaillait », et qui devait compter sur sa capacité de gagner un revenu, ne recevrait rien pour le motif que, si l'on considérait la perte de sa capacité de gagner un revenu comme la perte d'un bien distincte de son décès, on se trouverait à aller au-delà de l'indemnisation de la victime et à créer un [TRADUCTION] « gain fortuit ». J'estime qu'il est injustifié de qualifier la demande de la première succession de juste compensation et celle de la deuxième succession de [TRADUCTION] « gain fortuit » non compensatoire et que cela reflète certaines attitudes sociales qui ne font pas partie du droit applicable. En résumé, je dis que la reconnaissance du capital de la personne nantie mais pas de celle de la personne démunie équivaut à une distinction de classe odieuse et je ne veux rien avoir à faire là-dedans. [par. 16]

[49] Comme je l'ai dit dans mes remarques introductives, les juges sont tenus de donner effet à un texte législatif constitutionnellement valide et aucun juge n'a le pouvoir de passer outre à un texte législatif pour la seule raison que celui-ci reflète une politique qu'il estime répréhensible. C'est ce que fait fort habilement observer la professeure Sullivan dans son ouvrage intitulé *Statutory Interpretation* (Concord (Ont.) : Irwin Law, 1997) :

[TRADUCTION]

La doctrine de la souveraineté du Parlement a fortement influencé l'attitude des juges envers les textes législatifs et la façon dont ils expliquent leur propre rôle. Parce que l'organe législatif est souverain, les tribunaux sont tenus de donner effet à ses directives lorsqu'elles sont exprimées dans un texte législatif valide. Cette obligation existe, quelle que puisse être l'opinion qu'entretient la Cour à propos de la loi en question. En principe, il faut tenir compte de la volonté du Parlement aussi insensées ou injustes que puissent être ses directives. Il arrive bien souvent que les juges donnent effet au sens apparent d'une disposition malgré la désapprobation qu'ils éprouvent, parce qu'ils s'estiment liés par la volonté du législateur. [p. 34 et 35]

[50] Dans le rapport n° 76 intitulé « Should a Claim for the Loss of a Chance of Future Earnings Survive Death? », l'Alberta Law Reform Institute met en lumière le conflit entre, d'une part, l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* et, d'autre part, la politique qui sous-tend l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* et l'intention de l'Assemblée législative de l'Alberta :

[TRADUCTION]

L'article 2 de la *Survival of Actions Act* dispose que [TRADUCTION] « une cause d'action qu'a une personne survit au profit de sa succession ». L'article 5, toutefois, dispose que [TRADUCTION] « seuls les dommages-intérêts pour des pertes financières réelles du défunt ou de la succession sont recouvrables ».

Lorsque la *Survival of Actions Act* a été adoptée en 1978, on pensait que la perte d'expectative de gains futurs ne constituait pas une [TRADUCTION] « perte financière

réelle ». On a donc pensé que l'art. 5 empêcherait la succession d'une victime défunte de demander des dommages-intérêts pour la perte des gains futurs, c'est-à-dire qu'il empêcherait qu'une demande en dommages-intérêts de cette nature survive au décès de la victime. Toutefois, dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la perte de la capacité de gagner un revenu, ou la perte d'expectative de gains futurs, constitue une [TRADUCTION] « perte financière réelle » au sens de l'art. 5 et qu'il s'ensuit que la demande en dommages-intérêts survit et peut être introduite par la succession de la défunte victime.

[...]

[...] l'arrêt *Duncan c. Baddeley* a renversé la politique sur laquelle l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* était fondé. Ce renversement donne à penser qu'il y a lieu de réexaminer la question afin de déterminer si c'est la politique originale ou la politique établie dans l'arrêt *Duncan and Baddeley* qui doit constituer le principe du droit. [...]

[...]

Comme nous l'avons dit ci-dessus, au moment de l'adoption de la *Survival of Actions Act*, en 1978, on a pensé qu'étant donné l'art. 5, la demande en dommages-intérêts pour perte d'expectative de gains futurs ne constituait pas une demande pour [TRADUCTION] « perte financière réelle » au sens où cette expression est employée à l'art. 5 et qu'elle ne survivrait donc pas au décès de la personne qui subit la perte. L'intention de la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada (l'actuelle Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada), qui a rédigé la loi uniforme sur laquelle la *Survival of Actions Act* était fondée, était que la demande ne survive pas. L'intention du présent institut (alors appelé l'Institute of Law Research and Reform) qui, dans son rapport n° 24 publié en 1977 et intitulé *Survival of Actions and Fatal Accidents Act Amendment*, a recommandé l'adoption de la plupart des dispositions de la loi uniforme, était également que la demande ne survive pas. L'Assemblée législative a accepté la recommandation de l'Alberta Law Reform Institute et a édicté la *Survival of Actions Act* recommandée par ce dernier en y apportant

certaines modifications qui ne sont pas pertinentes aux fins du présent rapport.

[51] Le rapport n° 76 énonce ensuite des arguments irrésistibles à l'encontre de la politique qui sous-tend l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* :

[TRADUCTION]

Conclusion et résumé concernant la survie de la demande pour perte d'expectative de gains futurs

Nous avons maintenant examiné la forêt un arbre après l'autre. Il est temps de faire un pas en arrière et de regarder la forêt dans son ensemble.

Nous pensons que les demandes qui devraient être héréditaires et transmises à la succession du défunt sont les demandes pour des pertes que l'on a essayé de décrire dans la *Survival of Actions Act* au moyen de l'expression [TRADUCTION] « perte financière réelle », que nous emploierons également. Par l'expression [TRADUCTION] « perte financière réelle », nous entendons une perte financière réelle subie au moment de la perte, par opposition à une perte éventuelle, qu'elle soit financière ou autre. Une expectative de gains futurs est une source éventuelle de gain financier au sens où nous employons cette expression, non pas une composante financière réelle des biens ou du patrimoine d'une personne. Sa perte est donc susceptible d'avoir une incidence négative sur la situation financière réelle de la victime à l'avenir, mais elle n'a pas d'incidence sur la situation financière réelle de la victime au moment de la perte. La même chose serait vraie de la perte de la possibilité d'un héritage futur ou de la possibilité de gagner à une loterie qui sera tenue dans un certain avenir.

Une perte financière réelle, au sens où nous employons cette expression, suppose la perte d'un patrimoine ou d'un bien. Une perte financière réelle est la perte de quelque chose qui est héréditairement transmissible et qui peut et doit faire l'objet d'une indemnisation. Nous pensons qu'il est indiqué qu'une demande en dommages-intérêts pour une perte qui est transmissible par voie héréditaire et qui est indemnisable soit transmise à la succession de la victime et

aux personnes qui sont bénéficiaires de la succession. Toutefois, lorsque la victime est décédée, la situation est différente pour ce qui concerne une demande en dommages-intérêts pour la perte d'expectative de gains futurs. La victime ne peut être indemnisée parce qu'elle est morte. Les biens de la victime qui sont héréditairement transmissibles sont identiques après la perte d'expectative à ce qu'ils étaient avant la perte d'expectative de sorte que la perte d'expectative de gains futurs n'a pas réduit la masse successorale. Nous ne pensons pas que le principe du droit devrait contraindre l'auteur du tort à verser de l'argent lorsqu'il n'y a pas perte de biens héréditairement transmissibles et lorsqu'il n'y a personne qui puisse être indemnisé de la perte ou rétabli dans sa situation par le paiement de dommages-intérêts.

L'analyse peut s'effectuer selon un certain nombre d'étapes.

En premier lieu, la personne qui aurait gagné de l'argent pendant une certaine période qui a expiré, mais qui a été dans l'incapacité de gagner cet argent pendant la période en question en raison d'une blessure ou d'un dommage a subi une perte financière réelle. Elle aurait touché des gains, n'eût été le dommage, mais ne les a pas touchés, de sorte que son revenu pendant cette période a été inférieur à ce qu'il aurait été sans le dommage. Pour chiffrer la perte, il faut évaluer une probabilité hypothétique, c'est-à-dire la probabilité que la victime eût gagné de l'argent pendant la période en question, n'eût été le dommage, mais ce calcul peut approcher un très haut degré de probabilité. L'évaluation des dommages-intérêts est effectuée au moment du procès pour la période qui s'est écoulée entre la survenance du dommage et le procès. Il n'y a rien à redire à propos de cette étape parce qu'elle se rapporte à une perte financière réellement subie.

L'étape suivante consiste à chiffrer à l'avance la perte de gains de la victime et à attribuer une somme forfaitaire en guise de dommages-intérêts. Les tribunaux sont obligés de respecter cette étape parce que, sur le plan juridique ou administratif, le droit n'oblige ni n'autorise la victime à se présenter devant la Cour une fois par année ou à d'autres intervalles pour démontrer qu'elle a subi une perte de gains pendant cette période. Dans la plupart des cas, il est impossible de chiffrer la perte à l'avance avec un

quelconque degré de précision en raison des impondérables qui font nécessairement partie du processus d'évaluation. Toutefois, étant donné que les dommages-intérêts doivent être évalués une fois pour toutes parce qu'un calcul périodique n'est pas permis, les tribunaux doivent procéder à l'évaluation afin d'indemniser la victime des pertes périodiques qu'elle est raisonnablement susceptible de subir, en faisant les déductions nécessaires pour les éventualités. Il faut accepter les lacunes de ce processus d'évaluation divinatoire parce que c'est la seule façon dont une indemnité peut être établie pour ce qui concerne les pertes que la victime est raisonnablement susceptible de subir.

L'étape suivante prescrite par le droit est plus douteuse, c'est-à-dire l'évaluation des dommages-intérêts relatifs à la perte de gains que subit la victime au titre des années pendant lesquelles elle aurait sans doute vécu, n'eût été le dommage infligé, et pendant lesquelles elle ne vivra sans doute pas en raison de ce dommage, à savoir les années qui sont qualifiées [TRADUCTION] d'« années perdues ». L'évaluation divinatoire devient alors plus incertaine que jamais puisqu'elle doit se fonder sur deux durées de vie prévues différentes, celle que la victime aurait eue n'eût été le dommage et celle que la victime aura en raison du dommage. Ce qui est plus préoccupant, toutefois, c'est que les dommages-intérêts se rapportent à une perte qui, si l'évaluation de l'espérance de vie réelle de la victime se révèle exacte, ne constituera pas une perte financière réelle subie par la victime parce que celle-ci sera décédée. Cette étape peut se justifier par le fait qu'elle apporte une indemnisation supplémentaire à une personne qui a manifestement subi un dommage pour lequel elle devrait être indemnisée.

L'étape finale, celle qui fait l'objet du présent rapport, est le versement à la succession de la victime de dommages-intérêts au titre de la perte d'expectative de gains futurs subie par la victime.

Nous avons essayé de montrer un certain nombre de choses. Premièrement, le versement d'une somme à la succession de la victime ne peut indemniser la victime, laquelle ne peut être indemnisée, et il n'indemnise pas la succession de la victime parce que l'indemnisation, dans le contexte des dommages-intérêts, est nécessairement une

indemnisation au titre d'une perte ou d'un dommage, or, la succession n'a subi ni perte ni dommage. Donc, les dommages-intérêts ne servent pas à indemniser qui que ce soit et la *Fatal Accidents Act* existe pour fournir une indemnisation directe aux personnes qui doivent être indemnisées. Ensuite, la doctrine de la transmissibilité par voie héréditaire n'exige pas que la demande en dommages-intérêts de la victime pour perte d'expectative de gains futurs soit transmise à la succession de la victime, parce que l'expectative en question était propre à la victime et ne ressortissait pas à des droits légaux ou à des biens reconnus par la loi, et sa perte n'a pas constitué la perte d'un élément d'actif qui aurait compromis la situation financière réelle de la victime. Nous avons aussi essayé de montrer que l'on ne peut rendre justice à une personne défunte en accordant des dommages-intérêts dont d'autres personnes profiteront nécessairement. La raison pour laquelle on permettrait à la demande de survivre nous semble, au mieux, faible et insuffisante pour justifier l'attribution de dommages-intérêts divinatoires au titre d'une perte que ne subiront réellement ni la victime ni la succession de la victime et les personnes qui formulent des prétentions par l'intermédiaire de la succession.

[52] Chose intéressante, la démarche générale qui a été adoptée aux États-Unis, au niveau fédéral et dans la plupart des états, consiste à écarter le recouvrement de dommages-intérêts pour perte de gains ultérieure au décès des lois sur la survie des actions en justice : Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*, 2^e éd. (St. Paul, MN : West Publishing Co, 1993), à la p. 673. Dans l'arrêt *Miles c. Apex Marine Corp.*, 498 U.S. 19 (1990), la Cour suprême des États-Unis a examiné la question de savoir si une succession pouvait, en vertu du droit maritime, recouvrer des dommages-intérêts pour perte de gains ultérieure au décès. La Cour a jeté l'éclairage suivant sur la possibilité de recouvrer des dommages-intérêts de cette nature en vertu des lois sur la survie des actions en justice en vigueur aux États-Unis :

[TRADUCTION]

L'indemnisation accordée au titre d'une perte de revenu futur dans le cadre d'une poursuite engagée sous le régime d'une loi sur la survie des actions en justice fera, dans la plupart des cas, double emploi avec l'indemnisation versée aux personnes à charge pour perte de soutien dans le cadre

d'une action pour homicide délictuel; le soutien que perdent les personnes à charge par suite du décès d'un marin provient forcément des revenus futurs de ce marin. C'est peut-être pour cette raison qu'une indemnisation de cette nature ne jouit, en matière de survie des actions en justice, que de peu d'appui de la part des législateurs. Ce n'est que dans quelques états qu'une succession peut être indemnisée dans le cadre d'une action de survie au titre du revenu que le défunt aurait touché n'eût été son décès. Au niveau fédéral, la *Death on the High Seas Act* ne contient aucune disposition de survie. La *Jones Act* incorpore les dispositions de survie de la *Federal Employers' Liability Act* mais, comme dans la plupart des états, l'indemnisation est limitée aux pertes subies pendant la vie de la victime décédée par la suite. Voir 45 U.S.C. § 59; *Van Beeck c. Sabine Towing Co.*, 300 U.S. 342, à la p. 347, 57 S.Ct. 452, aux p. 454 et 455, 81 L.Ed. 685 (1937); *St. Louis, I.M. & S.R. Co. c. Craft*, 237 U.S. 648, à la p. 658, 35 S.Ct. 704, à la p. 706, 59 L.Ed. 1160 (1915).

Ces textes législatifs en vigueur au niveau fédéral et dans les états ne constituent pas, tant s'en faut, le genre de décision de principe [TRADUCTION] « générale » et [TRADUCTION] « unanime » qui a amené notre Cour à créer une nouvelle cause d'action dans l'arrêt *Moragne*. Voir *Moragne*, précité, 398 U.S. 375, aux p. 388 et 389, 90 S.Ct. 1722, aux p. 1781 et 1782. Au contraire, selon l'opinion arrêtée de la grande majorité des assemblées législatives américaines, la perte de revenu futur n'est pas recouvrable dans le cadre d'une action de survie. Si nous reconnaissons le droit à une indemnisation de cette nature en vertu du droit maritime, nous nous trouverions à adopter une opinion nettement minoritaire. [par. 37 et 38]

[C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Miles*, le recouvrement de dommages-intérêts au titre du revenu que la personne aurait gagné, n'eût été son décès, a été refusé, cette mesure réparatoire étant [TRADUCTION] « désapprouvée par une nette majorité des états » (par. 41). Dans l'arrêt *Atlantic Sounding Co., Inc. et al. c. Townsend*, 557 U.S. 404 (2009), la Cour suprême des États-Unis a récemment réitéré le raisonnement suivi dans *Miles*.

[53] Je termine cette brève incursion dans la jurisprudence américaine avec la décision rendue dans l'affaire *Flowers, Administratrix c. Marshall, Administrator*, 208 Kan. 900 (1972). Cette décision mérite d'être mentionnée parce qu'on y examine le problème de la double indemnisation, lequel a amené la plupart des tribunaux américains à retenir une interprétation selon laquelle certaines dispositions ambiguës contenues dans les lois sur la survie des actions en justice limitent l'indemnisation à laquelle la succession a droit à des dommages-intérêts au titre du revenu gagné avant le décès. À propos de l'interaction entre les lois sur la survie des actions en justice et les lois régissant l'homicide délictuel, la Cour a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il y aurait doublement si l'indemnisation fondée sur la perte complète de la capacité de gagner un revenu à l'avenir était accordée à la fois dans le cadre d'une action de survie et d'une action pour homicide délictuel, et cela serait vrai même s'il se peut que les bénéficiaires ultimes dans les deux actions ne soient pas toujours les mêmes. Cette double indemnisation serait punitive à l'endroit de l'auteur du délit et nous ne pouvons croire que le législateur a voulu un résultat de cette nature, si l'on songe que la loi sur la survie des actions et la loi régissant l'homicide délictuel ont chacune été adoptées afin de créer une mesure réparatoire qui n'existait pas en common law et si, comme c'est le cas en l'espèce, chaque cause d'action dépend du même acte délictueux.

Auparavant, l'opinion majoritairement adoptée dans d'autres ressorts était que l'indemnisation pour perte de gains ou de capacité de gagner un revenu après le moment du décès était exclue dans le cadre d'une action de survie bien qu'il faille reconnaître que les dispositions législatives pertinentes sont parfois différentes dans les divers ressorts, ce qui peut expliquer les résultats obtenus. La règle générale est ainsi énoncée dans l'ouvrage de McCormick intitulé *Handbook on the Law of Damages*, § 94, à la p. 337 :

[TRADUCTION]

Dans les états où l'action peut être introduite par le représentant successoral du défunt en vertu de la *Survival Act* pour ce qui concerne le dommage, et en vertu de la *Death Act* pour ce qui concerne le

décès, les dommages-intérêts susceptibles d'être accordés dans l'action de survie sont limités à une indemnisation au titre des dommages réellement subis avant le décès, c'est-à-dire les souffrances et les douleurs de la victime, la perte de revenus et les frais supportés pour les soins et les traitements.

[C'est moi qui souligne.]

[54] Si des dommages-intérêts pour perte de revenus ou de capacité de gagner un revenu ultérieure au décès sont accordés conformément à la *Loi sur la survie des actions en justice* en plus des dommages-intérêts pour les personnes à charge sous le régime de la *Loi sur les accidents mortels*, il en résultera souvent un recouvrement qui excédera la pleine indemnisation. Dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*, la majorité a conclu que les dommages-intérêts pour perte de revenus ou de capacité de gagner un revenu ultérieure au décès devaient être calculés en fonction de la démarche fondée sur [TRADUCTION] « l'excédent disponible » énoncée dans l'arrêt *Harris c. Empress Motors Ltd.*, [1983] 3 All ER 561, laquelle est une création des tribunaux nécessaire afin d'éviter le problème de la double indemnisation auquel a donné lieu l'interprétation libérale de l'expression « perte pécuniaire véritable ». Pour plus de clarté, mentionnons qu'il n'est nullement fait mention de la démarche fondée sur [TRADUCTION] « l'excédent disponible » ni de quoi que ce soit du même genre dans la *Loi sur la survie des actions en justice* ou dans la *Loi sur les accidents mortels* du Nouveau-Brunswick.

[55] Dans l'arrêt *MacLean c. MacDonald*, le juge Cromwell a reconnu que les [TRADUCTION] « problèmes de chevauchement et d'éventuelle double indemnisation pourraient ne pas être insurmontables en pratique » (par. 94). Toutefois, cette observation était accompagnée de l'opinion suivante, qui emporte mon entière adhésion :

[TRADUCTION]

[I]l est dit que les droits conférés par la *Survival of Actions Act* s'ajoutent, sans y déroger, aux droits conférés par la *Fatal Injuries Act*. Il est donc peu probable que le législateur ait prévu un chevauchement important entre les mesures réparatoires susceptibles d'être accordées en vertu de ces deux lois. Bien entendu, tant le calcul du montant que peuvent recouvrer les personnes à charge en vertu de la *Fatal Injuries Act* que le calcul de la perte de gains

potentiels du défunt sont fondés sur le revenu que le défunt aurait gagné s'il avait vécu. Il s'ensuit que si l'on pouvait faire valoir les deux prétentions, il se pourrait que la partie défenderesse soit dans l'obligation de payer des dommages-intérêts à deux reprises pour ce qui est, essentiellement, la même perte.

Ces problèmes de chevauchement et d'éventuelle double indemnisation pourraient ne pas être insurmontables en pratique. Il est difficile de penser, toutefois, que le législateur aurait adopté une disposition qui aurait créé ce chevauchement et cette éventuelle double indemnisation sans prévoir, de quelque manière que ce soit, la façon dont ces problèmes devaient être réglés. L'inférence la plus plausible est que le législateur n'a pas prévu que la perte de gains potentiels pourrait faire l'objet d'un recouvrement dans le cadre d'une action de survie et, par conséquent, n'a pas pensé que de graves problèmes de chevauchement ou de double indemnisation étaient susceptibles de se poser.
[par. 93 et 94]

[C'est moi qui souligne.]

[56] L'intention du législateur demeure et doit toujours demeurer une des pierres angulaires de l'interprétation législative par les tribunaux. Les *Synoptic Reports of the Proceedings of the Second Session of the Forty-Sixth Legislative Assembly of the Province of New Brunswick* (les [TRADUCTION] « rapports synoptiques ») montrent que le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Bernard Jean, plus tard juge à la Cour du Banc de la Reine, a déposé le projet de loi 63 (*Survival of Actions Act*) et le projet de loi 64 (*Fatal Accidents Act*) le même jour, soit le 27 mars 1969. Lors de la première lecture, il a dit, pour préciser l'objet de chaque projet de loi, qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « loi uniforme », que chaque province devrait vraisemblablement adopter tôt ou tard. Pendant la deuxième lecture des projets de loi 63 et 64, le ministre de la Justice a dit de la *Survival of Actions Act* et de la *Fatal Accidents Act* qu'il s'agissait de [TRADUCTION] « lois modèles » et de [TRADUCTION] « lois uniformes » rédigées et proposées par la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada. Ces énoncés explicatifs du ministre de la Justice mettent particulièrement en lumière les débats connexes de la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada.

[57] Lors de la réunion de la Conférence tenue en 1961, les commissaires albertains ont déposé un rapport contenant des recommandations en vue de l'adoption d'une loi modèle intitulée *Survival of Actions Act*. Sous la rubrique [TRADUCTION] « Restrictions », ils disaient ceci :

[TRADUCTION]

Au moins une des provinces exclut les dommages-intérêts pour le décès d'une personne et l'indemnisation pour perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne. Nous estimons que cette exclusion n'est pas nécessaire parce que ces éléments ne sont pas inclus au départ; ce ne sont pas des droits survivants.

[C'est moi qui souligne.]

Les recommandations des commissaires albertains ont donné lieu à la rédaction de la loi modèle, intitulée *The Survival of Actions Act*, qui a été examinée lors de la réunion annuelle de la Conférence qui a été tenue l'année suivante, soit en 1962, à Saint John, au Nouveau-Brunswick. L'alinéa 6(1)(f) de ce projet de texte législatif disposait qu'aucuns dommages-intérêts n'étaient recouvrables pour [TRADUCTION] « perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne ». Dans une note de suivi, le rejet de cette exclusion a été recommandé parce qu'aucuns dommages-intérêts pour perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne [TRADUCTION] « n'étaient recouvrables de toute façon ». Cette recommandation a finalement été adoptée. Par conséquent, lors de la réunion annuelle tenue en 1963, la Conférence a adopté une loi modèle intitulée *The Survival of Actions Act*, dont la partie saillante était ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

Lorsqu'une cause d'action survit au profit de la succession d'un défunt, seuls les dommages qui ont causé une perte pécuniaire véritable pour le défunt ou pour sa succession peuvent faire l'objet d'un recouvrement et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les dommages-intérêts recouvrables ne doivent pas comporter de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages-intérêts pour perte d'espérance de vie, pour douleurs et pour souffrances ou préjudice esthétique.

[C'est moi qui souligne.]

[58] Par conséquent, l'historique des contributions au processus qui a, au final, mené au dépôt de la *Survival of Actions Act* de 1969 devant l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick révèle que les rédacteurs de la loi uniforme estimaient que l'expression [TRADUCTION] « perte pécuniaire véritable » n'englobait pas la [TRADUCTION] « perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne ». Il existe des preuves convaincantes et non contredites établissant que lorsque l'Assemblée législative a promulgué la loi uniforme, c'est ainsi qu'elle interprétait sa portée.

[59] Lorsqu'il est possible de connaître l'intention du législateur, comme c'est le cas en l'espèce, et que le texte législatif en question est constitutionnellement valide, la question à trancher devrait tout simplement être celle de savoir si les mots employés sont propres à réaliser cette intention. Dans l'arrêt *Succession Adams c. McKiel*, la juge Clendening s'est dite d'avis qu'en ce qui concerne l'interprétation, l'important est forcément de déterminer le sens et l'effet du mot « réelle » [ou dans le cas qui nous occupe, du mot « véritable »]. J'en conviens.

(2) Le libellé que le législateur a retenu au par. 5(1) : la perte pécuniaire « véritable »

[60] Selon la définition qu'en donne l'*Oxford English Dictionary* (Oxford, R.-U. : Clarendon Press, 1933), l'adjectif anglais *actual* [en français « réel » ou « véritable »] signifie [TRADUCTION] « qui existe [...] en fait » [...], concret; opposé à éventuel, possible; [...] qui [...] existe actuellement; présent ». Dans l'ouvrage de Jacques Vanderlinden, Gérard Snow et Donald Poirier (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2010), intitulé *La Common Law de A à Z*, la perte « réelle » est définie comme étant l'opposée d'une perte « future ». Dans une décision antérieure à l'adoption de notre *Survival of Actions Act* en 1969, *Anthony c. Fleming*, [1962] N.J. No. 4 (C.S.) (QL), le juge en chef Furlong a estimé que le mot [TRADUCTION] « réelle » dans l'expression [TRADUCTION] « perte pécuniaire réelle » désignait le contraire du mot « potentielle » (par. 10). Cette opinion l'a amené à rejeter une demande pour perte d'espérance de vie

malgré le fait que la loi sur la survie des actions en justice de Terre-Neuve n'excluait pas explicitement l'attribution de dommages-intérêts pour une perte de cette nature.

[61] À mon sens, le mot « véritable » employé au par. 5(1) signifie [TRADUCTION] « qui existe réellement ». Il est donc à propos d'exprimer l'intention du législateur qui consistait, notamment, à écarter l'indemnisation pour [TRADUCTION] « perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne ». Il ressort manifestement du par. 5(1), que la norme de la perte « véritable », c'est-à-dire de la perte « qui existe réellement », doit être appliquée en ce qui concerne toutes les pertes pécuniaires attribuables au tort ou à la transgression qui donne naissance à la cause d'action. Par conséquent, le recouvrement de dommages-intérêts pour des pertes pécuniaires découlant d'un accident que la succession a réellement subies entre le décès et le procès n'est pas interdit. De plus, l'opinion voulant qu'une perte « véritable » ou « réelle » soit l'opposée d'une perte « future » est pour moi source d'inquiétude. Si tel était le cas, les dommages-intérêts pour perte de revenus pendant la période séparant le décès du procès seraient recouvrables suivant l'hypothèse qu'il ne s'agit pas d'une perte future au moment du procès. Je suis respectueusement d'avis qu'il est plus exact de considérer que le mot « véritable », ou « réelle », est l'opposé de « possible » ou d'« éventuel » : *James Estate c. Rentz*, [1986] A.J. No. 323 (C.A.) (QL), le juge d'appel Stevenson, tel était alors son titre. Je le répète : le législateur a voulu exclure l'indemnisation pour perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne.

[62] Lorsqu'un juge évalue les dommages-intérêts pour perte de l'avoir en capital que constitue la capacité de gagner un revenu d'un demandeur vivant, il se trouve effectivement à examiner une perte qui « existe réellement ». Le demandeur a véritablement, ou réellement, subi et continuera de réellement subir les conséquences de la perte de cet avoir. Lorsqu'il y a eu décès, toutefois, ni le défunt ni la succession ne subissent de perte véritable, ou réelle. Le procès-verbal de la réunion de la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada montre que les commissaires considéraient toutes les causes d'action existantes avant le décès comme un [TRADUCTION] « avoir » dont la perte était susceptible d'indemnisation au profit de la succession. Toutefois, ils ont

adopté une opinion différente en ce qui concernait la [TRADUCTION] « perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne ». Plus généralement, je souscris aux observations suivantes que l'on trouve dans le rapport n° 76 de l'Alberta Law Reform Institute :

[TRADUCTION]

Toutefois, lorsque la victime est décédée, la situation est différente pour ce qui concerne une demande en dommages-intérêts pour la perte d'expectative de gains futurs. La victime ne peut être indemnisée parce qu'elle est morte. Les biens de la victime qui sont héréditairement transmissibles sont identiques après la perte d'expectative à ce qu'ils étaient avant la perte d'expectative de sorte que la perte d'expectative de gains futurs n'a pas réduit la masse successorale. Nous ne pensons pas que le principe du droit devrait contraindre l'auteur du tort à verser de l'argent lorsqu'il n'y a pas perte de biens héréditairement transmissibles et lorsqu'il n'y a personne qui puisse être indemnisé de la perte ou rétabli dans sa situation par le paiement de dommages-intérêts.

[63] De plus, si notre Cour devait se rendre à l'argumentation de la succession, le mot « véritable » serait redondant. Il ne servirait absolument à rien. À cet égard, il vaut la peine de souligner que le législateur n'a pas employé le mot « véritable » au par. 3(2) de la *Loi sur les accidents mortels*, aux termes duquel des dommages-intérêts peuvent être attribués pour la « perte pécuniaire » résultant du décès que subissent les personnes à charge désignées. La règle qui interdit la redondance veut que chaque mot présent dans une disposition ne s'y trouve pas sans raison et il faut donc donner un sens à chacun de ces mots : [TRADUCTION] « Le législateur choisit ses mots soigneusement : il ne parle pas pour ne rien dire » Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. (Toronto (Ont.) : Thomson Reuters Canada Ltd., 2011), à la p. 295. Dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, la Cour a confirmé une décision de la Cour d'appel fédérale concernant l'interprétation d'une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 :

L'interprétation retenue par le Tribunal rend superflue la répétition du mot « dépenses » et n'explique pas le rattachement de ce terme à l'indemnité visée par chacun des alinéas. Elle va à l'encontre de la présomption d'absence de tautologie qu'établissent les règles d'interprétation législative. La professeure Sullivan signale d'ailleurs à la p. 210 de son ouvrage que [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s'exprimer en vain. Chaque mot d'une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l'objectif du législateur. » Comme l'explique l'ancien juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au par. 28, « [s]uivant un principe d'interprétation législative reconnu, une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu'elle devienne superfétatoire. » Voir également l'arrêt *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838. [par. 38]

(3) Un bref survol de la jurisprudence des Provinces de l'Atlantique

[64] La plupart, sinon la totalité, des arguments invoqués par la succession ont été examinés et rejetés dans les motifs de décision exhaustifs que le juge Cromwell a rendus dans l'arrêt *MacLean c. MacDonald*. Certes, la loi sur la survie des actions en justice de la Nouvelle-Écosse est libellée différemment : contrairement à notre loi, elle ne permet pas l'indemnisation au titre des dommages qui ont causé une perte pécuniaire réelle, ou véritable, au défunt, limitant l'indemnisation à la perte pécuniaire réelle, ou véritable, qu'a subie la succession. Selon moi, il s'agit d'une distinction sans importance. La mention d'une perte pécuniaire véritable « pour le défunt » à l'art. 5 de notre *Loi* a pour objet de réfuter tout argument selon lequel une perte subie avant le décès ne constitue pas une perte « pour sa succession » et est donc insusceptible d'être recouvrée par la succession.

[65] Quoi qu'il en soit, et comme nous l'avons vu, le mot-clef est le mot « véritable » et certaines des raisons pour lesquelles le juge Cromwell a rejeté la démarche adoptée dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* s'appliquent, dans la mesure où

elles se rapportent au sens et à l'incidence de ce mot, à une disposition comme l'art. 5 de notre *Loi sur la survie des actions en justice* :

[TRADUCTION]

Les appelants font valoir que le mot [TRADUCTION] « véritable » peut s'employer au sens de [TRADUCTION] « réel » et qu'une perte peut être réelle même si elle est potentielle : voir l'arrêt *Duncan c. Baddeley* (1997), 145 D.L.R. (4th) 708 (C.A. Alb.). Le juge d'appel Kerans s'est dit d'avis, dans cette affaire, que l'exclusion des pertes autres que celles qui sont [TRADUCTION] « une perte financière réelle » a pour but de [TRADUCTION] « ... débarrasser l'action survivante de toute demande qui est hypothétique ou fictive (par exemple une demande en dommages-intérêts punitifs ou exemplaires) ou qui se rapporte à une perte non pécuniaire » (à la p. 712). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'appliquer ce raisonnement à la loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, deux difficultés se font jour.

En premier lieu, cette interprétation rend superflue l'expression [TRADUCTION] « perte pécuniaire véritable pour la succession ». Les dommages-intérêts punitifs et les dommages-intérêts pour douleurs et souffrances et perte des agréments de la vie sont expressément exclus, en des termes précis, dans le texte législatif en vigueur en Nouvelle-Écosse : voir les al. 4(a), (b) et (c). Il s'ensuit que si l'expression [TRADUCTION] « perte pécuniaire véritable pour la succession » n'est censée exclure que les dommages-intérêts exemplaires et non pécuniaires, elle n'ajoute rien aux exclusions spécifiquement énoncées.

En deuxième lieu, cette interprétation, dans le contexte de la loi néo-écossaise, rend le mot [TRADUCTION] « véritable » redondant. Si l'intention était seulement d'exclure les pertes non pécuniaires, pourquoi avoir ajouté le mot [TRADUCTION] « véritable » pour modifier le mot [TRADUCTION] « pécuniaire »? Par définition, une perte pécuniaire n'est pas une perte non pécuniaire, de sorte que la limitation de l'indemnisation à une perte pécuniaire aurait exclu l'indemnisation au titre des pertes non pécuniaires.

En toute déférence, il me semble s'agir d'une mauvaise définition d'une expression qui a pour effet de la rendre

redondante et d'une définition encore plus mauvaise d'un mot qui a pour effet de le rendre vide de sens. Pourtant, ce sont les conséquences qui découleraient d'une application du raisonnement suivi dans l'arrêt *Duncan c. Baddeley* au libellé de la loi sur la survie des actions en justice de la Nouvelle-Écosse.

Je pense que l'on en arrive à une interprétation plus plausible si l'on porte attention au langage juridique qui ressortit aux demandes pour perte de capacité de gagner un revenu. Ces demandes, bien qu'elles se rapportent à des pertes [TRADUCTION] « véritables », ont toujours été considérées comme un élément des dommages-intérêts généraux parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'être calculées avec précision. Les tribunaux ont reconnu qu'elles se rapportent à la perte de gains éventuels ou potentiels. L'emploi du mot [TRADUCTION] « véritable » pour décrire ce genre de perte, sans être tout à fait invraisemblable, me paraît être, au mieux, un curieux choix de mot.

[...]

À la lumière de la façon dont les demandes pour perte de capacité de gagner un revenu ont été qualifiées dans les instances ressortissant aux lésions corporelles, je pense qu'il est plus plausible de tenir pour acquis que l'expression [TRADUCTION] « perte pécuniaire véritable pour la succession », dans le contexte des dommages-intérêts pour lésions corporelles et décès, désigne les demandes chiffrables avec davantage de précision et exclut les dommages-intérêts généraux. Cette démarche s'est imposée aux juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *James c. Rentz* (1986), 27 D.L.R. (4th) 724. Dans cette affaire, le juge d'appel Stevenson (tel était alors son titre) s'est dit d'avis que la limitation de l'indemnisation à [TRADUCTION] « la perte financière réelle [causée] au défunt ou à sa succession » dans la loi sur la survie des actions en justice de l'Alberta, avait pour but de faire la distinction [TRADUCTION] « ... entre la perte économique chiffrée relevant des dommages-intérêts particuliers et celle relevant des dommages-intérêts généraux. Le mot [TRADUCTION] « réelle » ser[vait] à exclure les demandes possibles ou accessoires. » (à la p. 726). [...]

Au moment de se demander si l'interprétation des appelants est plausible, il y a lieu de répéter le raisonnement qu'ils invoquent à l'appui de la prétention selon laquelle la perte de gains potentiels du défunt est une [TRADUCTION] « perte ... véritable pour la succession ». Ce raisonnement est le suivant. La capacité de gagner un revenu est un avoir en capital qui est détruit à l'instant qui précède le décès de la victime. Au moment de son décès, la victime a donc subi cette perte. Le droit de présenter une demande au titre de la perte de cet avoir en capital est donc transmis à la succession et sa perte est donc une perte pour la succession. Ce raisonnement presque métaphysique est peut-être parfaitement logique. Toutefois, il me semble qu'en qualifiant la perte de cet avoir potentiel, perte qui survient, théoriquement, à l'instant qui précède le décès, de perte [TRADUCTION] « véritable », ou réelle, on se trouve à donner aux mots en question un sens qui va au-delà de leur sens plausible. [par. 112 à 116, 119 et 120]

[C'est moi qui souligne.]

[66] La loi sur la survie des actions en justice de l'Île-du-Prince-Édouard est à toutes fins utiles identique à la nôtre pour ce qui concerne la façon dont les pertes pécuniaires y sont traitées. Dans la loi en vigueur à l'Île-du-Prince-Édouard, tout comme dans la nôtre, les dommages qui ont causé une perte véritable pour le défunt et pour sa succession peuvent faire l'objet d'un recouvrement. Dans l'affaire *Estate of Julie Ann MacKay c. Smith*, la question à trancher était celle de savoir si l'expression [TRADUCTION] « seuls les dommages qui ont causé une perte pécuniaire véritable pour le défunt ou pour sa succession », employée au par. 5(1) de la *Survival of Actions Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-11, autorisait des dommages-intérêts pour perte de capacité future de gagner un revenu ou perte future de revenus. Le juge Mitchell, juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard, qui rendait jugement au nom de la Division d'appel, a rejeté l'interprétation large adoptée dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION]

La question concernait l'interprétation de l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* qui est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

5. Lorsqu'une cause d'action survit au profit de la succession d'un défunt, seuls les dommages qui ont causé une perte pécuniaire véritable pour le défunt ou pour sa succession peuvent faire l'objet d'un recouvrement et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les dommages-intérêts recouvrables ne doivent pas comporter

- a) de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires;
- b) de dommages-intérêts pour perte d'espérance de vie ou pour préjudice d'agrément;
- c) de dommages-intérêts pour douleurs et pour souffrances;
- d) de dommages-intérêts pour préjudice esthétique;
- e) dans le cas d'une rupture de promesse de mariage, de dommages-intérêts qui ne découlent pas de la rupture de la promesse de mariage.

L'argument qu'invoquent les appelants afin que les demandes en dommages-intérêts pour perte de capacité de gagner un revenu soient jugées admissibles sous le régime de la *Survival of Actions Act* est fondé sur le raisonnement des juges majoritaires [le juge Kerans et le juge Côté] de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*, 1997 CarswellAlta 186, 145 D.L.R. (4th) 708, 196 A.R. 161 (C.A. Alb.). Dans cette affaire, la Cour interprétait une disposition législative albertaine très semblable à l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* de l'Île-du-Prince-Édouard. Le juge du procès a refusé de suivre la décision rendue à la majorité par la Cour d'appel de l'Alberta.

La *Survival of Actions Act* a modifié la common law et a permis l'introduction d'actions par et contre la succession d'une personne défunte. Elle est entrée en vigueur le 12 juillet 1978, soit le même jour que la *Fatal Accidents Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-5, laquelle prescrit que l'auteur d'un tort qui cause le décès est tenu de verser des dommages-intérêts aux personnes qui étaient à la charge du défunt. En vertu de la *Survival of Actions Act* [art. 5], la succession ne peut recouvrer que des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « perte pécuniaire véritable » découlant d'un décès alors qu'en vertu de la *Fatal Accidents Act* [art. 6], les personnes à charge peuvent être indemnisées pour [TRADUCTION] « les dommages qui

sont attribuables à la perte d'un avantage pécuniaire ou d'une expectative raisonnable d'avantage pécuniaire résultant du décès de la personne défunte ».

La question qui se pose, en l'espèce, consiste à savoir si la succession d'une personne défunte peut, en vertu de la *Survival of Actions Act*, obtenir des dommages-intérêts de l'auteur du tort au titre de la perte de capacité de gagner un revenu ou de la perte de gains futurs du défunt. Autrement dit, ces pertes constituent-elles une [TRADUCTION] « perte pécuniaire véritable » au sens de l'art. 5?

L'article 4 de la *Survival of Actions Act* est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

4.(1) Toutes les causes d'action qu'a une personne à la date de son décès survivent au profit de sa succession.

(2) Les droits conférés par la présente Loi au profit de la succession d'un défunt s'ajoutent, sans y déroger, au droit d'action que confère la *Fatal Accidents Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-5, au profit des personnes à charge d'un défunt.

Les dommages-intérêts recouvrables dans le cas d'une action survivante engagée sous le régime de l'art. 4 sont régis par l'art. 5 de la *Survival of Actions Act*, qui a manifestement pour objet de limiter les dommages susceptibles de donner lieu à un recouvrement lorsqu'une action survit au profit d'une succession, à un [TRADUCTION] « seu[l] » genre de [TRADUCTION] « perte pécuniaire » subie par la succession ou le défunt, la perte pécuniaire [TRADUCTION] « véritable ». Je souscris à la conclusion du juge du procès voulant que suivant une interprétation correcte de l'art. 5, l'expression [TRADUCTION] « perte pécuniaire véritable » exprime une limitation aux genres de dommages-intérêts susceptibles d'être recouverts qui exclut des dommages-intérêts pour, ou fondés sur, les revenus que le défunt aurait pu gagner s'il avait vécu.

Une des raisons pour lesquelles je suis d'avis de rejeter le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*, précité, est la même que celle qu'a exprimée le juge d'appel Cromwell dans l'arrêt *MacLean c.*

MacDonald, 2002 NSCA 30, 2002 CarswellNS 75, 201 N.S.R. (2d) 237 (C.A.N.-É.), aux par. 109 à 116. Cela rendrait le mot [TRADUCTION] « véritable », à l'art. 5, vide de sens. Si l'on avait voulu permettre les demandes pour perte de capacité de gagner un revenu et perte de gains futurs, le qualificatif [TRADUCTION] « véritable » ne remplirait aucune fonction. À mon avis, il est plus vraisemblable que le législateur a employé ce mot pour établir une distinction entre les pertes pécuniaires qui ont déjà été entièrement subies et qui peuvent être chiffrées sans que l'on recoure à trop de conjectures et celles qui sont potentielles et qui obligent la Cour à « aller plus loin dans [son] rôle de devin » pour reprendre la formule qu'a employée le juge Dickson (tel était alors son titre) au nom de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews c. Grand Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, 83 D.L.R. (3d) 452, à la p. 251 [R.C.S.].

Une autre des raisons de confirmer la décision du juge d'instance inférieure tient au fait qu'il est nécessaire de le faire afin d'harmoniser la *Survival of Actions Act* et sa loi connexe, la *Fatal Accidents Act*, qui est entrée en vigueur le même jour. Bien que, aux termes du par. 4(2), les droits conférés par la *Survival of Actions Act* s'ajoutent, sans y déroger, au droit d'action que la *Fatal Accidents Act* confère aux personnes à charge d'une personne défunte, il est néanmoins peu probable que le législateur a voulu que les premiers remplacent le dernier ou fassent double emploi avec celui-ci comme cela pourrait arriver si le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley* était suivi.

Par suite de ce qui précède, je ne suis pas convaincu que le juge du procès a commis une erreur en refusant de suivre l'arrêt *Duncan Estate c. Baddeley*. Outre cet arrêt, selon l'interprétation qui prévaut depuis longtemps dans notre pays, le texte législatif en question et des textes législatifs semblables à ce texte excluent les demandes fondées sur la perte de la capacité de gagner un revenu ou la perte de gains futurs. J'estime qu'une modification législative serait nécessaire pour permettre leur inclusion maintenant. Voir la décision antérieure de notre Cour dans l'affaire *Rayner c. Knickle and Kingston (1991)*, 88 Nfld. & P.E.I.R. 214 (C.A.Î.-P.-É.) et les décisions d'autres cours d'appel dans les affaires *James c. Rentz*, (1986) 27 D.L.R. (4th) 724 (C.A. Alb.), *Balkos c. Cook*, [1990] O.J. No. 1954, 75 O.R.

(2d) 593 (C.A. Ont.), *Greenan c. Reddoch and Whitehorse General Hospital*, 2002 YKCA 16, 176 B.C.A.C. 83, 2002 CarswellYukon 124 (C.A.Y.), *MacLean c. MacDonald*, précitée, et *Price Estate c. Howse Estate*, 2002 NFCA 60. [par. 5 à 13]

[67] Lorsqu'on l'a mis au défi de le faire, l'avocat de la succession n'a pas été en mesure de mentionner une instance dans laquelle un tribunal de notre province aurait accordé à une succession des dommages-intérêts pour perte posthume de revenus ou de capacité de gagner un revenu en vertu de la *Loi sur la survie des actions en justice*. Il n'en existe aucune.

IV. Conclusion

[68] C'est pour les motifs exposés dans le détail dans le texte qui précède que j'étais d'accord avec mes collègues pour rejeter l'appel immédiatement après avoir entendu les parties. En résumé, ces motifs sont les suivants : (1) la « perte » du revenu qu'une personne aurait pu gagner si elle n'était pas décédée n'est pas une « perte pécuniaire véritable » au sens du par. 5(1), à savoir la disposition de la *Loi sur la survie des actions en justice* qui permet l'indemnisation; (2) l'opinion contraire ne s'accorde pas avec le mot « véritable », lequel signifie « qui existe réellement » et est l'opposé de « possible » et d'« éventuel », et elle le rend redondant; et (3) l'opinion contraire, si on y souscrivait, entraînerait un résultat qui irait à l'encontre de l'intention déclarée de l'Assemblée législative au moment de l'adoption du par. 5(1), laquelle était d'exclure le recouvrement de dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « perte d'expectative de gains découlant du décès d'une personne ». Il s'ensuit que la succession appelante ne peut, sous le régime de la *Loi sur la survie des actions en justice*, recouvrer de dommages-intérêts pour la « perte » ainsi subie au cours des « années perdues ».

[69] Je suis d'avis de conclure en condamnant l'appelante à verser des dépens de 2 500 \$ pour l'ensemble des procédures afférentes à l'appel.