COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

106-15-CA

ARCH INSURANCE CANADA LTD.

APPELLANT

- and -

FINANCIAL and CONSUMER SERVICES COMMISSION

RESPONDENT

- and -

ENCON GROUP INC., CONTINENTAL CASUALTY COMPANY, TEMPLE INSURANCE, XL REINSURANCE AMERICA INC. and AVIVA INSURANCE COMPANY OF CANADA

RESPONDENTS

Arch Insurance Canada Ltd. v. Financial and Consumer Services Commission and Encon Group Inc. et al., 2016 NBCA 53

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
October 27, 2015

History of Case:

Decision under appeal:
2015 NBQB 211

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 23, 2016

ARCH ASSURANCES CANADA LTÉE

APPELANTE

- et -

COMMISSION DES SERVICES FINANCIERS et DES SERVICES AUX CONSOMMATEURS

INTIMÉE

- et -

GROUPE ENCON INC., CONTINENTAL CASUALTY COMPANY, LA COMPAGNIE D'ASSURANCE TEMPLE, XL REINSURANCE AMERICA INC. et AVIVA, COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA

INTIMÉES

Arch assurances Canada Ltée c. Commission des services financiers et des services aux consommateurs et Groupe Encon Inc. et autres, 2016 NBCA 53

CORAM :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine:
le 27 octobre 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2015 NBBR 211

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 23 mars 2016

Judgment rendered:
September 22, 2016

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Baird

Counsel at hearing:

For the appellant:
Nadia Monique MacPhee

For the respondent Financial and Consumer Services Commission:
Darren Glyn Blois

For the respondents Encon Group Inc., Continental Casualty Company, Temple Insurance, XL Reinsurance America Inc. and Aviva Insurance Company Of Canada:
Elizabeth Bowker

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of $2,500 payable by Arch to the Commission and to Encon Group.

Jugement rendu :
le 22 septembre 2016

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Baird

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Nadia Monique MacPhee

Pour la Commission des services financiers et des services aux consommateurs, partie intimée :
Darren Glyn Blois

Pour Groupe Encon Inc., Continental Casualty Company, La compagnie d'assurance Temple, XL Reinsurance America Inc. et Aviva, Compagnie d'Assurance du Canada, parties intimées :
Elizabeth Bowker

LA COUR

Déboute l'appelante. Elle condamne Arch à verser des dépens de 2 500 $ à la Commission et à Groupe Encon.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] The present appeal raises two issues, the first being a substantive question in relation to Arch Insurance Canada Ltd.'s duty to defend the Financial and Consumer Services Commission under an Arch Corporate Canopy Policy – Private Company Management Liability & Crime Insurance (the "Policy"). The second issue is whether the application judge properly ordered the insurer to pay costs to a second insurer who was named as a defendant on the application, thereby making a *Sanderson* order.

[2] For the reasons that follow, I conclude both questions should be answered in the affirmative. In the result, I would dismiss the appeal by the insurer, Arch Insurance Canada Ltd.

II. Factual and Procedural Background

[3] In 2009, the Financial and Consumer Services Commission (the "Commission") investigated Mr. Armel Drapeau along with other individuals who sold securities in the Province of New Brunswick. In 2011, Mr. Drapeau, Mr. Jules Bossé, Mr. Pierre Emond and others filed a Notice of Action with Statement of Claim Attached in the Court of Queen's Bench of New Brunswick naming Mr. Edward LeBlanc, an employee of the Commission, Rick Hancox, executive director, and Jake Van Der Laan, director, among others as defendants. The plaintiffs alleged that on or about the early part of August 2009, Edward LeBlanc, Rick Hancox and Jake Van Der Laan, caused to be published, distributed, and released to members of the media, statements that were defamatory to them and that related to an investigation by the Commission over an alleged interprovincial Ponzi scheme, involving 63 investors in the Province of New Brunswick. The Commission focused its investigation on the sales of shares by the

plaintiffs through contact companies, CTIC and CITCAP, to investors who were never provided with the proper prospectus information.

[4] The Commission was insured pursuant to a "claims made" policy issued by Continental Casualty Company, Temple Insurance Company, XL Reinsurance America Inc. and Aviva Insurance Company of Canada (Encon Group), which was in effect from November 28, 2010 to February 2, 2012. The Encon Group accepted coverage under the policy and defended the Commission against the 2011 action.

[5] In 2012, Arch Insurance Canada (Arch), issued a policy of insurance to the Commission, which was in effect from February 2, 2012 to February 2, 2013. By way of endorsement, the Arch policy specifically excluded from coverage any loss or claim arising out of or attributable to the 2011 action.

[6] In December 2012, while the Arch policy was in effect, Mr. Drapeau served the Commission with notice pursuant to the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-18, of a claim against it. On March 1, 2013, Mr. Drapeau, as plaintiff, filed a Notice of Action with Statement of Claim Attached in the Court of Queen's Bench of New Brunswick, naming Mr. LeBlanc, the Commission, and Investia Financial Services Inc. as defendants asserting, among other things:

> […] Edward LeBlanc, is an employee of the [Commission];
>
> […]
>
> Particulars of the damaging actions of the [Commission] are as follows:
>
> > a) In or about the month of March 2009, [Mr. LeBlanc], intimidated Investia by stating the following, or words similar thereto, "If you do not want to have [the Commission] and the MFDA on your back in the future, you had better do something immediately with Armel Drapeau"; and

> b) Sometime between July and October, 2009, […] Edward Le[B]lanc advised José Roberge of Quebec that all he wanted was to have the head of [Mr. Drapeau] and Pierre Emond;
>
> […] the actions of the said Edward LeBlanc as set above constitute deliberate unlawful conduct […] the said actions constitute unlawful interference with the contractual relations […] and by the threats and intimidation deliberately resorted to unlawful means and were done with the deliberate intention of doing harm to the economic interests of [Mr. Drapeau] […]. [paras. 3, 10 and 11 of the Statement of Claim]

[7] Thus the 2013 action alleges intimidation, and breach of common law and statutory duties to act in good faith. More specifically, Mr. Drapeau claims the Commission caused the termination of an agreement between him and Investia pursuant to which he was authorized to sell investments as approved products and services which included promissory notes and contracts issued by CTIC and CITCAP.

[8] The 2013 action was formally commenced approximately one year following the expiration of the Encon Group Policy and of a 30-day extension provided by the Policy. The Commission sought a defence to the 2013 action from both Arch and Encon Group. Both insurers denied coverage under their respective policies. Encon Group asserted that coverage would not be afforded for the 2013 action on the basis the action did not arise out of the "same act" and therefore did not constitute one "claim" as per the terms of the policy. Arch declined coverage on the basis the 2013 and the 2011 claims arose from interrelated wrongful acts which were specifically excluded by its policy.

[9] On August 11, 2015, the Commission filed an application requesting a declaratory order that either Arch or Encon Group had a duty to defend the Commission against the 2013 action. After reviewing both policies in order to decide which was applicable, the application judge ruled Arch had a duty to defend the Commission and ordered it to defend the Commission in the 2013 action. The judge also ordered Arch to

pay the legal costs of the Commission, Mr. LeBlanc and Encon Group pursuant to a *Sanderson* order. The Commission submits the application judge did not err in considering or applying the definition of "Interrelated Wrongful Acts". Encon Group agrees the judge correctly determined it had no duty to defend the Commission and its employee, Edward LeBlanc, against the 2013 action. Encon Group further states the judge was correct in ordering Arch to pay its costs pursuant to a *Sanderson* order.

[10] Arch requests the decision of the application judge be set aside, and costs be awarded to it.

III. Grounds of Appeal

[11] Arch submits the application judge erred:

1. in failing to consider and apply the definition of Interrelated Wrongful Acts as defined in the Arch policy; and

2. in ordering Arch to pay the costs of the Encon Group (Continental Casualty Company, Temple Insurance Company, XL Reinsurance America Inc. and Aviva Insurance Company of Canada), on the basis of a *Sanderson* order.

IV. Standard of Review

[12] This appeal requires a review of the law with respect to contractual interpretation and costs awards. The Court has determined these questions raise issues of mixed fact and law and are reviewable on the basis of palpable and overriding error. In *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick v. Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. and Bird Construction Company*, 2015 NBCA 47, 438 N.B.R. (2d) 274, the Court states:

> The interpretation of a contract generally raises a question of mixed fact and law: *Sattva Capital Corp. v. Creston*

> *Moly Corp*., 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50; *1298417 Ontario Ltd. v. Lakeshore (Town)*, 2014 ONCA 802, [2014] O.J. No. 5449 (QL), at para. 3. Since the purpose of contractual interpretation is to ascertain the objective intentions of the parties, the Court must consider the words of the contract in light of the factual matrix. Questions of mixed fact and law attract a standard of review based upon palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 36-37. Though there is arguably an exception to the rule that contractual interpretation is a question of mixed fact and law in the case of standard form contracts that are widely used (see *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, [2014] A.J. No. 964 (QL), at paras. 12-13), I am of the view the interpretation of the portion of the contract in dispute in this case is largely fact driven. It is therefore subject to a standard of review based on palpable and overriding error. Absent such error, the decision of the trial judge must stand. [para. 13]

I conclude the standard of review in the case at bar is that of palpable and overriding error.

[13] In *Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada v. Snow* , 2016 NSCA 7, [2016] N.S.J. No. 54 (QL), Farrar J.A. explains:

> The Supreme Court concluded a deferential standard of review is appropriate unless there is a legal error with respect to an extricable question of law. Legal errors made in the course of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. (*Sattva*, para. 52-54 citing *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33; see also *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, para. 40). [para. 12]

For further analysis respecting the standard of review relating to contractual interpretation generally, see: *Directcash ATM Management Partnership et al. v. Maurice's Gas & Convenience Inc. et al.*, 2015 NBCA 36, 437 N.B.R. (2d) 292; *Algo*

Enterprises Ltd. v. Repap New Brunswick Inc., 2016 NBCA 35, [2016] N.B.J. No. 149 (QL).

[14] An award of costs is largely within the discretion of the judge of first instance; therefore, the same standard of review as noted above, applies to the decision of the application judge to issue a *Sanderson* order.

[15] In the absence of a palpable and overriding error regarding the determinations that are the subject of the appeal, I am of the opinion we are not able to interfere with the application judge's conclusion.

V. Analysis

[16] The duty to defend and the duty to indemnify in insurance cases is explained by Drapeau, C.J.N.B., writing for the Court, in *Optimum Insurance Company Inc. v. Donovan*, 2009 NBCA 6, 340 N.B.R. (2d) 45:

> I distil the following general principles from the pertinent jurisprudence emanating from this Court and the Supreme Court of Canada: (1) the insurer's defence and indemnity obligations are distinct, the former arising, on occasion, without the latter being ultimately engaged; (2) there is, as a general rule, no obligation to defend if there is clearly no liability to indemnify under the policy read as a whole (*Thorne v. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada* (2003), 261 N.B.R. (2d) 119, [2003] N.B.J. No. 322 (QL), 2003 NBCA 61, a self-defence case, makes plain that rule is not absolute); (3) the Statement of Claim against the insured needs to be scrutinized with a view to ascertaining the true nature of the claim advanced and determining whether that claim, interpreted in a manner which resolves any real doubt against the insurer, is one that might be covered; and (4) any claim clearly within an exclusionary clause does not trigger the insurer's duty to defend (see *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Company* (1986), 73 N.B.R. (2d) 389 (C.A.), [1986] N.B.J. No. 111 (QL), *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801, [1990] S.C.J. No. 33 (QL), *Monenco*

Ltd. v. Commonwealth Insurance Co., [2001] 2 S.C.R. 699, [2001] S.C.J. No. 50 (QL), 2001 SCC 49 and *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, [2000] S.C.J. No. 26 (QL), 2000 SCC 24 at para. 79). It will be seen from the foregoing that I endorse the summary of the law on point provided by Deschênes J.A. in *Conservation Council of New Brunswick Inc. et al. v. Encon Group Inc. et al.* (2006), 299 N.B.R. (2d) 354, [2006] N.B.J. No. 190 (QL), 2006 NBCA 51 at para. 6:

- The duty to defend arises where there is a "mere possibility" that the claim advanced against the insured is covered by the policy. It is incumbent upon the insured to establish that it is possible that the allegations made by the plaintiff against the defendant insured, if proved at trial, bring the claim within the four corners of the insurance policy.

- If the pleadings, i.e. allegations made in the pleadings filed against the insured, allege facts which, if true, could require the insurer to indemnify the insured for the claim, then the insurer is obliged to provide a defence. This remains so even though the actual facts may differ from the allegations pleaded.

- Once this rather low threshold is met, it then becomes incumbent upon the insurer to establish that the plaintiff's claim falls outside the coverage provided by the policy because of some exclusionary provision.

- Where it is clear that the allegations in the pleadings against the insured fall outside the insuring agreement or are excluded by an applicable exclusion, the duty to defend does not arise.

- Substantial latitude must be given to the allegations made in the statement of claim but it must be read in a realistic way. It is not the labels used by the pleader, but the true nature of the claim that matters.

[...]

> - Insuring agreements should be read broadly, exclusions narrowly and ambiguities resolved in favor of the insured. Ambiguities, however, should be apparent from a reasonable reading of the policy and not be judge-made. The plain meaning of the policy should be respected.
>
> [para. 34]

[17] The case before us centres on the wording of the endorsement and the comparable exclusion found in the Arch insurance policy. Arch submits both the endorsement and the exclusion preclude coverage for the 2013 action and, as a result, there is no duty to defend.

VI. Prior Proceeding Exclusion

[18] The Arch policy excludes coverage as follows:

> A. The **Insurer** shall not pay **Loss** for any **Claim** against an **Insured**:
>
> 1. arising from, based upon, or attributable to any fact, circumstance or situation that was the subject of any notice given under any prior policy of which this Policy is a direct or indirect renewal or replacement;
>
> 2. arising from, based upon, or attributable to any:
>
> […]
>
> b. **Wrongful Act** specified in such prior demand, suit or proceeding or any **Interrelated Wrongful Acts** thereto[.]
>
> [Emphasis in original.]

[19] Simply stated, Arch states the analysis should focus on a comparison of the "wrongful acts" alleged in the 2011 and the 2013 actions, to determine whether they are interrelated, as defined in the respective policies of insurance.

VII. Policy Interpretation and Endorsement Number Three

[20] Arch submits endorsement number three in its policy specifically excludes "Interrelated Wrongful Acts". When Arch accepted the risk in 2012, both the Commission and Arch were aware of the 2011 action and this was reflected in the endorsement. In its written submission Arch contends:

> Another area where the policy excludes Interrelated Wrongful Acts is in Endorsement No. 3. It must be noted that when the Arch policy was put in place in 2012, the 2011 Action had been commenced. The Commission and Arch were both aware of the 2011 Action and this is reflected in the Endorsement. The Endorsement provides as follows:
>
> > **THIS ENDORSEMENT CHANGES THE POLICY. PLEASE READ IT CAREFULLY.**
> > **SPECIFIC LITIGATION/PROCEEDING EXCLUSION (PRIVATE COMPANY)**
> >
> > In consideration of the premium charged, it is hereby understood and agreed that:
> >
> > > The Insurer shall not be liable under any Coverages to make any payment for Loss in connection with a Claim arising out of, based upon or attributable to:
> > >
> > > a. the following:
> > > 1) Court File: FC-178-11; Armel Drapeau, Jules [Bossé], Pierre Emond and Robert […];
> > >
> > > 2) Court File: E-C-34-11; Investors Association; or
> > >
> > > b. any **Wrongful Act** alleged in such litigation or proceeding, or any other **Wrongful Act** whenever occurring, which, together with any Wrongful Act alleged in such litigation or proceeding, constitute **Interrelated Wrongful Acts**.
> >
> > [Emphasis in original.]

[21] Arch submits the application judge committed a palpable and overriding error in his analysis of its policy. Although the application judge considered and applied the policy provisions that discussed Interrelated Wrongful Acts, he did so without assigning the term the meaning it is specifically given in the Arch policy. A wrongful act is defined in the Arch policy very broadly. It includes an alleged act, error, omission, misstatement, misleading statement, neglect or breach of duty by an insured person. Essentially Arch is claiming allegations of wrongdoing levelled against the insured or its employees are wrongful acts. Arch contends the definition of "Interrelated Wrongful Acts" must be imported into the prior proceeding exclusion and the endorsement, as it is a defined term under the Arch policy. Arch submits, with respect to incorporating that wording, the question to be asked under paragraph b. of the Endorsement is: does any wrongful act alleged in the 2013 action "have as a common nexus any fact, circumstance, situation, [or] event […]" alleged in the 2011 action. If the answer to this question is yes, the endorsement excludes coverage.

[22] According to Arch, the definition of "Interrelated Wrongful Acts" in its policy is distinct. The term is defined differently in the Arch policy than it is in the policies considered in the case law cited by and relied upon by the application judge. The definition, Arch submits, is very broad. If there are any commonalities between alleged wrongs they are interrelated and this definition is at the heart of the coverage analysis. Arch says the application judge did not consider this definition and instead he asked if the actions were different in nature and kind and in time – a test developed in cases where different policy wording was considered. Arch contends, based on the application judge's application of the test from *Dunn v. Chubb Insurance Co. of Canada*, 2009 ONCA 538, [2009] O.J. No. 2726 (QL); and *Simpson Wigle Law LLP v. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2014 ONCA 492, [2014] O.J. No. 3037 (QL), the application judge found the 2011 action and the 2013 action did not involve interrelated wrongful acts. The application judge did not ask if there was any common nexus between the acts alleged in the two claims and instead focused only on the differences. Further, Arch submits the application judge identified at least two factual commonalities between the alleged

wrongful acts. In sum, Arch states the application judge erred in not considering the provisions of the policy, including the endorsement and the exclusions, together with the definition of "Interrelated Wrongful Acts", and therefore, he committed a palpable and overriding error which permits this Court to intervene.

[23] The Commission acknowledges Arch relies on two exclusionary clauses in the policy to avoid coverage: the "Prior Proceeding Exclusion (as amended by Endorsement #1)" and "Endorsement #3, the Specific Litigation / Proceeding Exclusion". Both exclusions incorporate the definition of the term "Interrelated Wrongful Acts". The Commission asserts the result hinges on the meaning of the word "any" which is found in the endorsements. Arch favours a broad interpretation of the word "any", thus implying if there are any commonalities between two wrongs, they are interrelated wrongful acts. The Commission suggests a broad interpretation would render the clause meaningless. I agree. The Commission's written brief states the following:

> a) taken to its extreme, "any commonalities" would include any two claims in New Brunswick, as they have as a commonality that they both occurred in New Brunswick;
>
> b) under Arch's interpretation, a claim against the Commission by John Doe alleging an act of defamation occurring in 2006, and a claim against the Commission by Jane Roe alleging an act of unlawful interference with contractual relations occurring in 2016 would be "interrelated wrongful acts," as they have as a common nexus that they are both claims against the Commission[.]

[24] The Commission states further if any common nexus is interpreted as "any commonality", this would give rise to unrealistic results. In my opinion, the commonality must be sufficiently proximate as to have commercial utility and to be within the reasonable expectation of the parties.

[25] In *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245, the Supreme Court expresses the following with respect to insurance policy interpretation:

> Principles of insurance policy interpretation have been canvassed by this Court many times and I do not intend to give a comprehensive review here (see, e.g., *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at paras. 20-28; [*Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744], at paras. 27-30; *Scalera*, at paras. 67-71; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at pp. 92-93; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 899-902). However, a brief review of the relevant principles may be a useful introduction to the interpretation of the CGL policies that follow.
>
> The primary interpretive principle is that when the language of the policy is unambiguous, the court should give effect to clear language, reading the contract as a whole (*Scalera*, at para. 71).
>
> Where the language of the insurance policy is ambiguous, the courts rely on general rules of contract construction (*Consolidated-Bathurst*, at pp. 900-902). For example, courts should prefer interpretations that are consistent with the reasonable expectations of the parties (*Gibbens*, at para. 26; *Scalera*, at para. 71; *Consolidated-Bathurst*, at p. 901), so long as such an interpretation can be supported by the text of the policy. Courts should avoid interpretations that would give rise to an unrealistic result or that would not have been in the contemplation of the parties at the time the policy was concluded (*Scalera*, at para. 71; *Consolidated-Bathurst*, at p. 901). Courts should also strive to ensure that similar insurance policies are construed consistently (*Gibbens*, at para. 27). These rules of construction are applied to resolve ambiguity. They do not operate to create ambiguity where there is none in the first place.
>
> When these rules of construction fail to resolve the ambiguity, courts will construe the policy *contra proferentem* – against the insurer (*Gibbens*, at para. 25; *Scalera*, at para. 70; *Consolidated-Bathurst*, at pp. 899-

> 901). One corollary of the *contra proferentem* rule is that coverage provisions are interpreted broadly, and exclusion clauses narrowly (*Jesuit Fathers*, at para. 28). [paras. 21-24]

[26] Courts have considered wording similar to the policy at issue to determine whether acts or omissions are considered the "same", "related" or "interrelated acts". In *Simpson Wigle Law LLP v. Lawyers' Professional Indemnity Company*, the Ontario Court of Appeal considered whether various allegations levelled against the insured lawyers and law firm arose out of a "single or related error, omission or negligent act" such that they would be considered a single claim under the lawyers' professional indemnity policy (LAWPRO). There were essentially two claims advanced against the defendant lawyers and law firm. One arose from the allegedly improper appointment of a member of the law firm and a bank as committee of the client's person and estate. The other arose from the alleged negligent administration of the client's estate. Unlike the case before us, both sets of claims were advanced in the same Statement of Claim. LAWPRO argued all of the allegations were related, resulting in one claim under the policy. In holding the allegations did not arise out of a single or related error, omission or negligent act, the Court states:

> In considering the claims in the Statement of Claim, the court must look at the particular alleged errors, omissions or negligent acts underlying them. It is not sufficient to identify, at a general level, the relationship or obligations between the parties or the nature of the losses alleged to have been suffered. At a sufficiently general level, there is little doubt that the claims are related. After all, at a general level, the claims can be said to be identical. The players are the same – Angelo and Mr. Wigle and the law firm in which he was a partner. The relationship between them is the same – that of solicitor-client. The alleged wrongdoing is the same – breach of fiduciary obligation. And, the alleged losses are the same – damages for breach of fiduciary obligation.
>
> But the case law warns against approaching this matter at that general level: see *Simpson*, at para. 27; and *Dunn*, at para. 58. Moreover, the plain wording of the Policy calls for a consideration of the specific allegations underlying

> each claim. Part V(b)(ii) dictates that the court must determine whether the claims arise from "related" errors, omissions or negligent acts. Therefore, it is necessary to look behind general labels and consider the specific alleged errors, omissions or negligent acts that underlie each claim.
>
> Such a consideration begins with a clear understanding of the claims advanced in the Statement of Claim. As I have explained, after taking into consideration the claims that have been abandoned, the Statement of Claim fundamentally advances two claims.
>
> The first claim arises from the allegedly improper appointment of Mr. Wigle and the CIBC as committees of Angelo's person and estate (the "Committee claim"). The alleged error, omission or negligent act underlying this claim is the appellants' failure to disclose crucial information to the court that heard the Committee Application: namely, that in his powers of attorney, Angelo had named Richard Agro as his alternate attorney. The losses for which recovery is sought are damages representing the fees, charges and expenses that Angelo's estate incurred as a result of Mr. Wigle and the CIBC being appointed as Angelo's committees.
>
> The second claim arises from the allegedly negligent administration of Angelo's estate (the "Real Property claim"). The alleged errors, omissions or negligent acts relate to the appellants' sale of six properties in which Angelo had an interest, including the failure to have two of the properties brought within the Waterdown urban expansion area. The damages claimed are for the diminution in the value of Angelo's estate resulting from the improvident or unnecessary sales of the properties.
>
> [paras. 71-75]

[27] The Ontario Court of Appeal determined the claims set out in the Statement of Claim arose from errors, omissions or negligent acts that were "sufficiently different in nature and kind" that they were not "related" within the meaning of the policy. Further, there was an insufficient association or connection between the two claims because they stood independently from each other.

[28] In determining whether a Statement of Claim discloses a single or multiple claims, a court should consider a number of factors including most importantly, the kind or character of the loss and the similarity or differences between the errors that are alleged (*Elfstrom, Smith & Co. v. Kansa General Insurance Co.*, [1988] B.C.J. No. 1476 (S.C.) (QL)). In *Elfstrom*, the insured was a chartered accountant acting in the role of receiver-manager. A client alleged the insured failed to consider and investigate the tax benefits which would have accrued as a result of an amalgamation of the corporate plaintiffs. Subsequent to the expiration of the policy, an amendment was made to the Statement of Claim alleging failure to protect certain assets. The allegations of negligence which related to the failure to reduce the client's tax liability took place in 1982, while the allegations relating to the failure to protect the client's assets took place approximately 18 months later in 1984. The court concluded the original allegations that related to the tax implications of failing to amalgamate were "different in kind and substance" from the claim with respect to the preservation of assets. The court finds:

> As I understand the Court of Appeal reasoning then, it is sensible to consider the kind or character of the loss, and the similarity or differences between the errors. Here, the petitioner was a chartered accountant acting in a role of receiver/manager. That profession and that duty are often found together. Income tax considerations are, or should be a continuing concern or presence in the mind of a chartered accountant who, as receiver/manager, is dealing with several legal entities and a number of different assets. Nonetheless, the amalgamation aspect which, as I understand it, gave rise to the initial claim, or bulk of the initial claim, against the petitioner has a certain esoteric quality to it that removes it to some extent from general income tax considerations. It involves an expertise, with which the majority of laymen are unfamiliar. It is markedly different from the care and preservation of personal or real property. The failure to propose or advise upon the apparently desirable amalgamation procedure involves a cerebral or conceptual process substantially removed from the more well-known processes involved in the preservation of the real or personal assets. Had the receiver/manager not been a chartered accountant, but an experienced businessman or rancher, for example, it is difficult to conceive of liability against such a businessman,

> if he failed to propose an amalgamation, although there is a shadowy area where he must be alert to the necessity of obtaining professional advice from time to time. However, such a businessman would be surely susceptible to an allegation of neglect, in the area of asset preservation. In this atmosphere, I find no difficulty in placing the error with respect to the amalgamation and the error with respect to the preservation of property (the hay and equipment) as different in substance, and arising from different errors.

[29] In *Dunn v. Chubb*, the Ontario Court of Appeal considered an interrelated wrongful acts clause. In that case, a claim was made in 2001 (a civil action against Dunn for wrongdoing committed in 2001) and Chubb accepted coverage. A second claim (comprised of other civil claims and regulatory prosecution alleging a "culture of non-compliance" that included both the 2001 wrongdoing and further wrongdoing in 2003) was made in 2004 after Chubb was no longer at risk. Chubb argued it only had to defend the portion of the 2004 claim which pertained to the 2001 wrongdoing, and therefore it would be limited to pay 50% of the defence costs. Dunn submitted the 2001 wrongdoing and the 2003 wrongdoing were interrelated wrongful acts and Chubb ought to cover the entire 2004 claim. The court states:

> In essence, these arguments are both based on the premise that the 2003 Conduct arose out of, was causally connected to, or was the same as the 2001 Conduct. In support, the appellants point to various broad-based allegations in the Hybrid Proceedings, including the Ontario Securities Commission's allegation that the appellants displayed a "culture of non-compliance" throughout the whole period.
>
> <u>Broad language can usually be chosen to describe a wide variety of allegations of misconduct. However, in our view, a reading of the allegations in the Hybrid Proceedings shows that the 2003 Conduct is different in nature, in kind, and in time from the 2001 Conduct alleged in the same proceedings</u>.
>
> The allegations of the 2003 Conduct relate to different acts of non-compliance than the 2001 Conduct and to acts that took place at different time frames and in different ways. The allegations are specific in describing the different acts. For example, the Securities and Exchange Commission

> proceedings allege that the appellants were involved in two fraudulent accounting schemes, which are explained as comprising a Revenue Recognition scheme based on the 2001 Conduct and a different Provisioning scheme based on the 2003 Conduct. The distinction between the parameters of the conduct and the two time frames is further illustrated by recent criminal charges which involve allegations restricted to the 2003 Conduct. [paras. 57-59]
>
> [Emphasis added.]

[30] In its analysis, the Ontario Court of Appeal considered, in my view, the nature, kind and time of the allegations to determine if they were interrelated. Even though the alleged wrongdoing was committed by the same individuals as part of a continuing culture of non-compliance, the Court concluded the allegations were not interrelated because they were actions that occurred at different times. Although the wording of the exclusionary clause in *Dunn* was narrower than the wording in the Arch policy, the clauses are similar and are intended to have the same commercial effect – ensuring that all claims arising out of a single earlier act be covered by the earlier policy – or, from another perspective, ensuring that a later insurer does not have to cover a claim that arises from an earlier act. As observed, the Arch policy must be considered within the commercial context in which the policy was made, as well as the commercial utility or intent behind the interrelated wrongful act exclusion (see *Sattva*). In *Dunn* the Ontario Court of Appeal refers to *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, [1979] S.C.J. No. 133 (QL):

> The primary goal of contractual interpretation is to give effect to the intentions of the parties. As Estey J. explained in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, [1979] S.C.J. No. 133, at p. 901 S.C.R., "the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract". [para. 32]

[31] As the Commission states in its written brief, the real question as noted by the Court in *Dunn*, is where to draw the line between an "any" that encompasses

everything and an "any" that includes nothing. Applying the analysis of *Dunn*, to this case, I conclude the 2013 claim does not allege an interrelated wrongful act to the 2011 claim for the following reasons:

1) the 2011 claim was made by a group of complainants (including Mr. Drapeau) against a group of alleged wrongdoers (including Mr. LeBlanc, but not including the Commission or Investia) alleging that statements made to the media in August 2009 were defamatory;

2) the 2013 claim was by a single claimant (Mr. Drapeau) against a different group of alleged wrongdoers (including the Commission and Investia) alleging damaging statements were made to Investia in March 2009 and July-October 2009; and

3) the claims are "different in nature, in kind, and in time". They "relate to different acts of non-compliance […] and to acts that took place at different time frames and in different ways" (*Dunn*, at paras. 58-59).

[32] Although there may be some potential overlap with respect to the damages claimed in both actions – both claim general damages for loss of reputation, loss of business and goodwill and loss of income – the specific torts are distinct. The 2011 action and the 2013 action involve distinct underlying wrongful conduct set out in different causes of action. Although they have some common factual elements, namely the Commission investigation into the trading of CTIC and CITCAP securities, they relate to separate wrongful conduct.

[33] Since the claim for the wrongful conduct was filed in March 2013, the action was not commenced until 10 months after the expiration of the Encon Group policy, and there is no coverage afforded for the 2013 action. Accordingly, the application judge correctly made no palpable and overriding error in determining that Encon Group did not have a duty to defend the Commission.

VIII. *Sanderson* Order

[34] This Court has repeatedly held that "costs follow the event". Thus, the prevailing legal principle is a successful party is entitled to an order for costs against the unsuccessful party (see *Dupuis v. City of Moncton*, 2005 NBCA 47, 284 N.B.R. (2d) 97). The Commission was wholly successful in its application, and Encon Group was successful in defending the application brought by the Commission against it.

[35] In *Province of New Brunswick v. Stephen Moffett Ltd.*, 2008 NBCA 9, 326 N.B.R. (2d) 242, this Court explained an award of costs is largely within the discretion of the judge of first instance:

> A trial judge has a wide discretion in assessing costs after a trial, and courts of appeal are required to accord a high degree of deference to discretionary orders of this nature. In *Comeau v. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 N.B.R. (2d) 201, [2001] N.B.J. No. 450 (QL), 2001 NBCA 113, Deschênes J.A. endorses the words of Rice J.A. at para. 29 of *Daigle v. Cape Breton Crane Rentals Ltd.* (1987), 91 N.B.R. (2d) 189 (C.A.), [1987] N.B.J. No. 1019 (QL) with respect to the applicable standard of appellate review of an assessment of costs:
>
>> A trial Judge is the person best able to assess all matters relevant to the question of costs. Moreover, it has been repeatedly stated that the awarding of costs is a matter within the discretion of a trial Judge and that the exercise of discretion will not be interfered with unless manifestly wrong: see *Becker et al. v. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 N.B.R. (2d) 542 and *Boyle v. Atherton et al.* (1983), 51 N.B.R. (2d) 151.
>>
>> In my view, having in mind the complexity of the case and the duration of the trial, the trial Judge properly exercised his discretion in awarding the costs he did.

At the same time, in *Doiron v. Haché* (2005), 290 N.B.R. (2d) 79, [2005] N.B.J. No. 347 (QL), 2005 NBCA 75, Richard J.A. points out at para. 57 that there are constraints on the freedom that a judge is afforded within this discretion:

> [...] The degree of freedom afforded a court in procedural matters under the "discretion" umbrella is significant but not unfettered. The discretion must be exercised judicially, that is "according to the rules of reason and justice, not according to private opinion", "according to law" and it must not be "arbitrary, vague and fanciful, but legal and regular": as stated by Lord Halsbury in *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (H.L.) at 179 and quoted by Kellock J. in *Wrights' Canadian Ropes Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 139 at p. 166, varied [1947] A.C. 109 (P.C.). To exercise discretion means to choose between two or more reasonable options. The choice must be made considering the applicable law and guiding principles and on a proper understanding of the facts. Where the facts are misapprehended and the error is an overriding factor in the exercise of the discretion such that the foundation for the option chosen no longer exists, then an injustice has been done. Where this occurs in the context of those factors listed in Rule 62.21(9), the appellate court must then determine whether the error resulted in substantial wrong or if a miscarriage of justice has resulted.

A Court of Appeal can only intervene with respect to the exercise of judicial discretion under certain restrained circumstances. In *LeBlanc v. St. Coeur et al.* (2007), 313 N.B.R. (2d) 341, [2007] N.B.J. No. 155 (QL), 2007 NBCA 32, Richard J.A. elaborated on these circumstances at para. 6:

> The relief sought in the Notice of Motion required the motion judge to apply the governing legal principles, assess the evidence and exercise her discretion. Her decision may only be reversed on appeal if it is established that she misdirected herself on the law, did not apply the proper

> principles or if she misapprehended the facts such that an injustice would result: See *Doiron v. Haché* (2005), 290 N.B.R. (2d) 79, [2005] N.B.J. No. 347 (QL), 2005 NBCA 75, at para. 58, and the cases cited therein. [paras. 9-11]

[36] The essence of a *Sanderson* order is discussed in *Melanson v. Léger et al.* 2005 NBCA 19, 279 N.B.R. (2d) 276:

> In *The Law of Costs in Canada*, 2d ed. (Toronto: Canada Law Book, 1987) Mark Orkin explains the nature of these orders at pages 2-26.1 to 2-28. With respect to a *Bullock* order, if the action was properly brought, then a plaintiff may be entitled to add to the costs recoverable from the unsuccessful defendants the costs which he is obliged to pay to the successful defendant. The costs are payable to the plaintiff as trustee for the successful defendant. A *Sanderson* order is usually preferred because a direct order is made for the unsuccessful defendant to pay the costs directly to the successful co-defendant. As is the case for a *Bullock* order, a *Sanderson* order will be appropriate where the plaintiff has properly sued both defendants. [para. 34]

[37] In *Wainwright (Town) v. 876947 Ontario Ltd.*, 2010 ABCA 23, [2010] A.J. No. 71 (QL), the court provided guidance with respect to the criteria to be utilized when granting a *Sanderson* order:

> The decision to issue a *Sanderson* order, as with other decisions as to costs, is within the discretion of the trial judge who, having presided over the trial and determined liability, is well-positioned to decide how best to assess costs. In exercising the discretion to issue a *Sanderson* or *Bullock* order, a trial judge must be satisfied of the following:
>
> a) that it was, in the circumstances of the case, reasonable for the plaintiff to join the successful defendants;
>
> b) that there is no good reason to deprive the successful defendants of their costs; and

> c) that, as between the co-defendants, the unsuccessful defendants were wholly responsible for the action. [para. 19]

[38] Applying this guidance to the case before us, it was reasonable for the Commission to join Encon Group as defendants; there is no good reason to deprive Encon Group of its costs: as between the co-defendants the unsuccessful defendants (Arch) were wholly responsible for the action. Where a plaintiff reasonably sues two defendants in the alternative because of the position taken by the unsuccessful defendant, the law shifts the successful defendant's costs from the plaintiff to the unsuccessful defendant.

[39] In *Melanson*, the Court concluded the proper test rested with whether the plaintiff has properly sued both defendants. In *Wainwright*, the Court defined the test as whether it was "reasonable" to sue the successful defendants. In the case at bar the two insurers are (implicitly) pointing the finger at each other. Neither cross-claimed the other, but Arch denies liablility on the basis the 2013 claim was interrelated with the 2011 claim. Encon Group asserts it is not liable because the 2013 claim was made after its policy period ended. In my view, it was "reasonable" and "proper" for the Commission to include both claims in the alternative in a single Application, avoiding a multiplicity of proceedings. If Arch were correct and the Commission were liable for Encon Group's costs, the Commission would receive one set of costs but also pay one set of costs, effectively resulting in the successful Commission being left without any net reimbursement for costs.

IX. Disposition

[40] For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs in the amount of $2,500 payable by Arch to the Commission and to Encon Group.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le présent appel soulève deux questions. Une question de fond se pose d'abord : Arch assurances Canada Ltée a-t-elle l'obligation de défendre la Commission des services financiers et des services aux consommateurs en application d'une police responsabilité civile de la direction (*Arch Corporate Canopy Policy – Private Company Management Liability & Crime Insurance*)? La seconde question est celle de savoir si le juge saisi de la requête a eu raison d'ordonner que l'assureur, Arch, verse des dépens à un second assureur défendeur (ordonnance *Sanderson*).

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus qu'il convient de répondre aux deux questions par l'affirmative. Je suis donc d'avis de débouter Arch assurances Canada Ltée de son appel.

II. Faits et procédures antérieures

[3] En 2009, la Commission des services financiers et des services aux consommateurs a enquêté sur M. Armel Drapeau et sur d'autres personnes engagées dans la vente de valeurs mobilières au Nouveau-Brunswick. En 2011, MM. Armel Drapeau, Jules Bossé et Pierre Emond, entre autres demandeurs, ont déposé auprès de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande qui constituait défendeurs, notamment, MM. Edward LeBlanc, employé de la Commission, Rick Hancox, son directeur général, et Jake Van Der Laan, l'un de ses directeurs. Les demandeurs soutenaient que, vers le début du mois d'août 2009, Edward LeBlanc, Rick Hancox et Jake Van Der Laan avaient fait publier, circuler et communiquer aux médias des déclarations qui étaient diffamatoires à leur endroit et qui étaient liées à une enquête de la Commission sur une prétendue combine à la Ponzi,

manœuvre interprovinciale qui avait touché soixante-trois investisseurs au Nouveau-Brunswick. L'enquête de la Commission portait avant tout sur la vente d'actions à des investisseurs à qui le prospectus voulu n'avait pas été remis, ventes que les demandeurs avaient réalisées avec le concours de sociétés intermédiaires, CTIC et CITCAP.

[4] La Commission était assurée par une police « sur sinistre déclaré » établie par Continental Casualty Company, La compagnie d'assurance Temple, XL Reinsurance America Inc. et Aviva, Compagnie d'assurance du Canada (Groupe Encon). Entrée en vigueur le 28 novembre 2010, elle arrivait à expiration le 2 février 2012. Groupe Encon a jugé que le sinistre était assuré et elle a défendu la Commission contre l'action de 2011.

[5] En 2012, Arch assurances Canada Ltée (Arch) a établi une police qui assurait la Commission du 2 février 2012 au 2 février 2013. Un avenant excluait expressément les sinistres ou les réclamations ayant comme origine ou cause l'action de 2011.

[6] En décembre 2012, pendant que la police d'Arch était en vigueur, la Commission a reçu de M. Drapeau l'avis prévu par la *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-18, qui l'informait de la présentation d'une demande contre elle. Le 1er mars 2013, M. Drapeau, partie demanderesse, a déposé auprès de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande qui constituait défendeurs M. LeBlanc, la Commission et Investia Services Financiers Inc. L'avis de poursuite portait entre autres ce qui suit :

> [TRADUCTION]
>
> […] Edward LeBlanc […] est un employé de la [Commission].
>
> […]
>
> Les précisions concernant les actes préjudiciables commis par la Commission […] sont les suivantes :

> a) au mois de mars 2009, ou vers cette période, [M. LeBlanc] a fait une affirmation intimidante à Investia en employant les mots suivants ou des mots semblables : [TRADUCTION] « Si vous ne voulez pas avoir [la Commission] et l'ACFM sur votre dos à l'avenir, vous feriez mieux de faire quelque chose immédiatement avec Armel Drapeau »;
>
> b) à un certain moment entre les mois de juillet et d'octobre 2009, […] Edward LeBlanc a fait savoir à José Roberge, de Québec, que tout ce qu'il voulait c'était la tête de [M. Drapeau] et de Pierre Emond.
>
> […] les actions du nommé Edward LeBlanc, décrites ci-dessus, constituent une conduite illicite délibérée […] les actions décrites [constituent] une ingérence illicite dans les relations contractuelles […] eu délibérément recours à des menaces et à l'intimidation, ainsi qu'à des moyens déloyaux dans l'intention délibérée de porter atteinte aux intérêts économiques [de M. Drapeau][.] [par. 3, 10 et 11 de l'exposé de la demande]

[7] Dans l'action de 2013, donc, la partie demanderesse plaide l'intimidation et la violation d'obligations d'agir de bonne foi prévues par la common law et par la loi. Plus particulièrement, M. Drapeau soutient que la Commission a provoqué la résiliation d'une convention qui le liait à Investia et l'autorisait à vendre des placements en tant que produits et services approuvés, parmi lesquels des billets à ordre et des contrats de CTIC et de CITCAP.

[8] L'action de 2013 a été introduite environ un an après l'expiration de la police de Groupe Encon, ainsi que de la période de prolongation de trente jours qu'elle prévoyait. La Commission a demandé tant à Groupe Encon qu'à Arch de se charger de sa défense face à l'action de 2013. Les assureurs ont jugé l'un et l'autre que leurs polices respectives ne garantissaient pas le risque. Groupe Encon affirmait que la garantie ne s'étendait pas à l'action de 2013, pour le motif que cette action ne découlait pas d'un [TRADUCTION] « même acte » et qu'il n'y avait donc pas, aux termes de la police, une seule [TRADUCTION] « réclamation ». Arch refusait d'assumer la défense de la

Commission pour le motif que les réclamations de 2013 et de 2011 découlaient d'actes répréhensibles reliés, cas relevant d'une exclusion expresse de sa police.

[9] Le 11 août 2015, la Commission a demandé, par voie de requête, une ordonnance déclarant que, soit Arch, soit Groupe Encon, avait l'obligation de la défendre contre l'action de 2013. Après avoir étudié les deux polices pour déterminer laquelle était applicable, le juge saisi de la requête a conclu qu'Arch avait l'obligation de défendre la Commission et lui a ordonné de la défendre contre l'action de 2013. Le juge a également condamné Arch au paiement des frais de justice de la Commission, de M. LeBlanc et, par une ordonnance *Sanderson*, de Groupe Encon. La Commission soutient que le juge n'a pas commis d'erreur au chapitre de la prise en considération ou de l'application de la définition d'[TRADUCTION] « actes répréhensibles reliés ». Groupe Encon estime que le juge a statué correctement lorsqu'il a conclu que cette dernière n'avait pas l'obligation de défendre la Commission et son employé, Edward LeBlanc, contre l'action de 2013. Groupe Encon soutient enfin que le juge saisi de la requête a eu raison de condamner Arch, par une ordonnance *Sanderson,* à lui verser des dépens.

[10] Arch demande que l'ordonnance du juge saisi de la requête soit annulée et que des dépens lui soient accordés.

III. Moyens d'appel

[11] L'appelante prétend que le juge saisi de la requête a fait erreur :

1. en ne prenant pas en considération et en n'appliquant pas la définition d'actes répréhensibles reliés énoncée dans la police d'Arch;

2. en condamnant Arch, par une ordonnance *Sanderson,* à payer les frais de justice de Groupe Encon (Continental Casualty Company, La compagnie d'assurance Temple, XL Reinsurance America Inc. et Aviva, Compagnie d'Assurance du Canada).

IV. Norme de contrôle

[12] Le présent appel engage à un retour sur le droit de l'interprétation des contrats et de l'attribution de dépens. Notre Cour a établi que l'une et l'autre soulèvent des questions mixtes de fait et de droit et que la norme applicable est celle de l'erreur manifeste et dominante. Dans *Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick c. Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. et Bird Construction Company*, 2015 NBCA 47, 438 R.N.-B. (2e) 274, elle a déclaré :

> L'interprétation d'un contrat soulève généralement une question mixte de fait et de droit : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, au par. 50; et *1298417 Ontario Ltd. c. Lakeshore (Town)*, 2014 ONCA 802, [2014 O.J. No. 5449 (QL), au par. 3. Puisque le but de l'interprétation d'un contrat consiste à déterminer l'intention objective des parties, la Cour doit examiner les termes du contrat à la lumière du fondement factuel. Les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à une norme de contrôle fondée sur l'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux par. 36 et 37. Bien qu'on puisse soutenir qu'il existe une exception à la règle selon laquelle l'interprétation des contrats est une question mixte de fait et de droit dans le cas des contrats types dont l'utilisation est répandue (voir l'arrêt *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, [2014] A.J. No. 964 (QL), aux par. 12 et 13), je suis d'avis que l'interprétation de la partie du contrat qui est en litige en l'espèce est en grande partie fonction des faits. Elle est donc assujettie à une norme de contrôle fondée sur l'erreur manifeste et dominante. En l'absence d'une erreur de cette nature, la décision du juge du procès ne peut être modifiée. [par. 13]

Je conclus que la norme de contrôle, en l'espèce, est celle de l'erreur manifeste et dominante.

[13] Dans *Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada c. Snow*, 2016 NSCA 7, [2016] N.S.J. No. 54 (QL), le juge d'appel Farrar a expliqué ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> La Cour suprême a conclu qu'il convient d'appliquer une norme de contrôle empreinte de déférence, sauf erreur de droit sur une question de droit isolable. L'interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent. (*Sattva*, par. 52 à 54, comportant une citation de *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33; voir aussi *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, par. 40). [par. 12]

Les arrêts suivants apportent un complément d'analyse en ce qui concerne la norme de contrôle applicable à l'interprétation des contrats, considérée d'un point de vue général : *Directcash ATM Management Partnership et autres c. Maurice's Gas & Convenience Inc. et autres*, 2015 NBCA 36, 437 R.N.-B. (2e) 292; *Algo Enterprises Ltd. c. Repap New Brunswick Inc.*, 2016 NBCA 35, [2016] A.N.-B. no 149 (QL).

[14] Les dépens ressortissent largement au pouvoir discrétionnaire du juge de première instance; en conséquence, la norme de contrôle susmentionnée s'applique aussi à la décision du juge saisi de la requête de prononcer une ordonnance *Sanderson*.

[15] En l'absence d'erreur manifeste et dominante se dégageant de l'une ou l'autre des décisions faisant l'objet du présent appel, je suis d'avis que notre Cour ne peut infirmer la conclusion du juge saisi de la requête.

V. Analyse

[16] L'obligation de défendre et l'obligation d'indemniser, dans les affaires du domaine des assurances, ont été expliquées par le juge Drapeau, J.C.N.-B., dans *Optimum Société d'Assurance inc. c. Donovan*, 2009 NBCA 6, 340 R.N.-B. (2e) 45. Auteur des motifs de la Cour, il a écrit :

> Je tire les principes généraux suivants de la jurisprudence pertinente de notre Cour et de la Cour suprême du Canada :

(1) les obligations de l'assureur en matière de défense et d'indemnisation sont distinctes, la première pouvant à l'occasion naître sans que l'assureur soit finalement tenu de s'acquitter de la seconde; (2) il n'existe, en règle générale, aucune obligation de défendre s'il est clair que la police, dans son ensemble, ne renferme aucune obligation d'indemniser (*Thorne c. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada* (2003), 261 R.N.-B. (2e) 119, [2003] A.N.-B. no 322 (QL), 2003 NBCA 61, une affaire de légitime défense, indique clairement que cette règle n'est pas absolue); (3) il convient d'examiner attentivement l'exposé de la demande déposé contre l'assuré dans le but d'établir quelle est la véritable nature de la demande qui a été faite et de déterminer si celle-ci, interprétée d'une façon qui résout tout débat quant à son sens à l'encontre de l'assureur, peut être couverte par la police; et (4) toute demande relevant clairement de la clause d'exclusion ne met pas en branle l'obligation de défendre de l'assureur (voir *Opron Maritimes Construction Ltd. c. Canadian Indemnity Company* (1986), 73 R.N.-B. (2e) 389 (C.A.), [1986] A.N.-B. no 111 (QL), *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, [1990] A.C.S. no 33 (QL), *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, [2001] 2 R.C.S. 699, [2001] A.C.S. no 50 (QL), 2001 CSC 49, et *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, [2000] A.C.S. no 26 (QL), 2000 CSC 24, au par. 79). On déduira de ce qui précède que je souscris au résumé du droit sur cette question qu'a fait le juge d'appel Deschênes dans l'arrêt *Conservation Council of New Brunswick Inc. et al. c. Encon Group Inc. et al.* (2006), 299 R.N.-B. (2e) 354, [2006] A.N.-B. no 190 (QL), 2006 NBCA 51, au par. 6 :

- Il existe une obligation de défendre lorsqu'il y a simple « possibilité » que la réclamation faite contre l'assuré soit visée par la police. Il incombe à l'assuré d'établir qu'il est possible que les allégations faites par le demandeur contre l'assuré défendeur, si elles étaient avérées au procès, entreraient dans le cadre de la police d'assurance.

- L'assureur est tenu d'opposer une défense si les plaidoiries, c'est-à-dire les allégations formulées dans les plaidoiries déposées contre l'assuré, énoncent des faits qui, s'ils se révélaient

> véridiques, exigeraient qu'il indemnise l'assuré relativement à la réclamation. Cela vaut même si la réalité ne correspond pas à ce qui est allégué.
>
> - Une fois qu'on a respecté ce seuil plutôt bas, il incombe à l'assureur d'établir que la réclamation du demandeur ne relève pas de la garantie fournie par la police en raison de l'existence de clauses d'exclusion.
>
> - Lorsqu'il ressort clairement que les allégations faites contre l'assuré ne relèvent pas de la portée du contrat d'assurance ou sont visées par une exclusion applicable, il n'y a pas d'obligation de défendre.
>
> - Il faut accorder une portée considérable aux allégations contenues dans l'exposé de la demande, mais elles doivent être interprétées de façon réaliste. Ce qui compte, ce n'est pas la terminologie employée par le demandeur, mais la nature véritable de la demande.
>
> [...]
>
> - Les contrats d'assurance doivent recevoir une interprétation large, les exclusions, une interprétation étroite, et les ambiguïtés doivent être résolues en faveur de l'assuré. Cependant, les ambiguïtés devraient être évidentes après une lecture raisonnable de la police et ne devraient pas être établies par le tribunal. Il faut respecter le sens ordinaire de la police.
>
> [par. 34]

[17] Les libellés de l'avenant et de l'exclusion comparable de la police d'Arch sont décisifs en l'espèce. Arch soutient que l'avenant et l'exclusion empêchent tous deux que la garantie d'assurance s'applique à l'action de 2013 et que, de ce fait, l'obligation de défendre ni lui incombe pas.

VI. Exclusion au titre des procédures antérieures

[18] La police d'Arch stipule les exclusions suivantes :

> [TRADUCTION]
> A. L'**assureur** ne paiera pas le **sinistre** par suite de toute **réclamation** faite contre un **assuré** :
>
> 1. ayant comme origine, fondement ou cause un fait, une circonstance ou une situation qui a fait l'objet d'un avis fourni en application de toute police d'assurance antérieure dont la présente police d'assurance constitue le renouvellement ou le remplacement direct ou indirect;
>
> 2. ayant comme origine, fondement ou cause, selon le cas :
>
> […]
>
> b. un **acte répréhensible** précisé dans cette mise en demeure, cette poursuite ou cette procédure antérieure ou tout **acte répréhensible relié**[.]
>
> [En gras dans l'original.]

[19] En deux mots, Arch soutient que l'analyse devrait s'attacher à comparer les [TRADUCTION] « actes répréhensibles » invoqués dans les poursuites de 2011 et de 2013 afin de déterminer s'ils sont reliés, suivant les définitions des polices d'assurance respectives.

VII. Interprétation de la police et avenant n° 3

[20] Arch fait valoir que l'avenant n° 3 de sa police exclut en termes exprès les [TRADUCTION] « actes répréhensibles reliés ». Lorsque Arch a accepté le risque en 2012, elle et la Commission étaient toutes deux au fait de l'action de 2011, ce dont l'avenant rend compte. Dans son mémoire, Arch écrit :

[TRADUCTION]
La police exclut en un autre endroit les actes répréhensibles reliés : l'avenant n° 3. Il est à noter que lorsque la police d'Arch a été établie en 2012, l'action de 2011 avait été introduite. La Commission et Arch étaient toutes deux au fait de l'action de 2011 et l'avenant en rend compte. Il stipule ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> **LE PRÉSENT AVENANT MODIFIE LA POLICE. VEUILLEZ LE LIRE ATTENTIVEMENT.**
>
> **EXCLUSION AU TITRE D'UN LITIGE OU D'UNE POURSUITE SPÉCIFIQUES (SOCIÉTÉ PRIVÉE)**
>
> En contrepartie de la prime exigée, il est entendu et convenu par les présentes que :
>
> > L'assureur n'est pas responsable, en application de quelque garantie d'assurance que ce soit, de payer un sinistre par suite d'une réclamation ayant comme origine, fondement ou cause, selon le cas :
> >
> > a. les affaires décrites ci-après :
> >
> > 1) Dossier de la Cour FC-178-11; Armel Drapeau, Jules [Bossé], Pierre Emond et Robert […];
> >
> > 2) Dossier de la Cour E-C-34-11; Investors Association; ou
> >
> > b. tout **acte répréhensible** allégué dans les litiges ou poursuites nommés ci-dessus, ou tout autre **acte répréhensible** que ce soit qui, conjugué à l'acte répréhensible allégué dans ces litiges ou poursuites, constitue un **acte répréhensible relié**, peu importe quand il a été commis.
>
> [Passages soulignés ou en gras dans l'original.]

[21] Arch avance que le juge saisi de la requête a commis une erreur manifeste et dominante dans l'analyse de sa police. Encore que le juge ait pris en considération et appliqué les dispositions de la police portant sur les actes répréhensibles reliés, il n'a pas accordé à cette expression le sens que la police d'Arch lui attribue précisément. Elle donne une définition très large d'acte répréhensible : y sont assimilés les actes, erreurs, omissions, déclaration inexactes, déclarations trompeuses, négligences ou violations d'obligation allégués d'un assuré. Arch soutient essentiellement que les allégations imputant des actes fautifs à l'assurée ou à ses employés sont constitutives d'actes répréhensibles. Elle avance que la définition d'[TRADUCTION] « actes répréhensibles reliés » doit être introduite dans l'avenant, ainsi que dans l'exclusion au titre des procédures antérieures, puisqu'il s'agit d'un terme défini par sa police. Arch ajoute, au sujet de l'incorporation de cette définition aux dispositions, que la question que soulève l'application de l'al. b. de l'avenant est celle-ci : [TRADUCTION] « [U]n fait, une circonstance, une situation [ou] un événement » allégué dans l'action de 2011 forme-t-il un [TRADUCTION] « lien commun » avec tout acte répréhensible allégué dans l'action de 2013? Si oui, l'exclusion stipulée par l'avenant entre en jeu.

[22] Au dire d'Arch, la définition que sa police donne d'[TRADUCTION] « actes répréhensibles reliés » est distincte. La police d'Arch et les polices examinées dans la jurisprudence que le juge a invoquée définissent le terme différemment. Arch fait valoir que la définition est très large. Dès qu'existe tout élément commun entre des actes répréhensibles allégués, les actes sont reliés et cette définition est au cœur de l'analyse de la garantie d'assurance. Arch affirme que le juge saisi de la requête, au lieu de prendre en considération cette définition, s'est demandé si les actions étaient différentes par leur nature, par leur type et par le moment où elles sont intervenues – critère émanant de causes où le libellé des polices était différent. Elle soutient que le juge a appliqué le critère des arrêts *Dunn c. Chubb Insurance Co. of Canada*, 2009 ONCA 538, [2009] O.J. No. 2726 (QL), et *Simpson Wigle Law LLP c. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2014 ONCA 492, [2014] O.J. No. 3037 (QL), pour conclure que les actions de 2011 et de 2013 ne faisaient pas intervenir d'actes répréhensibles reliés. Le

juge saisi de la requête, au lieu de se demander s'il existait un lien commun entre les actes allégués dans les deux réclamations, s'est arrêté uniquement aux différences. Arch ajoute que le juge a relevé au moins deux éléments factuels communs entre les actes répréhensibles allégués. En somme, elle affirme que le juge saisi de la requête a fait erreur en n'examinant pas ensemble la définition d'[TRADUCTION] « actes répréhensibles reliés » et les clauses de la police, dont l'avenant et les exclusions. Elle en argue qu'il a commis une erreur manifeste et dominante permettant à notre Cour d'intervenir.

[23] La Commission constate qu'Arch s'appuie sur deux clauses d'exclusion de la police pour éviter de prendre en charge le sinistre : [TRADUCTION] « Exclusion au titre des procédures antérieures (modifiée par l'avenant n° 1) » et [TRADUCTION] « avenant n° 3, exclusion au titre d'un litige ou d'une poursuite spécifiques ». La définition d'[TRADUCTION] « actes répréhensibles reliés » est incorporée aux deux exclusions. La Commission affirme que l'issue de l'instance dépend du sens donné à l'adjectif indéfini [TRADUCTION] « tout », employé dans les avenants. Arch plaide en faveur d'une interprétation large de ce mot, argument qui implique que tout élément commun entre deux actes répréhensibles ferait qu'ils sont reliés. La Commission est d'avis qu'adopter une interprétation large rend la clause vide de sens. Je suis d'accord. Extrait du mémoire de la Commission :

> [TRADUCTION]
>
> a) si l'on pousse à l'extrême l'interprétation proposée, [TRADUCTION] « tout élément commun » signifie que sont visées deux réclamations présentées au Nouveau-Brunswick quelles qu'elles soient, puisqu'elles ont pour élément commun que l'une et l'autre sont survenues au Nouveau-Brunswick;
>
> b) suivant l'interprétation donnée par Arch, une réclamation de Jean Untel contre la Commission alléguant un acte de diffamation survenu en 2006 et une réclamation de Jeanne Unetelle contre la Commission alléguant un acte d'ingérence illicite dans les relations contractuelles survenu en 2016 seraient constitutives d'[TRADUCTION] « actes

> répréhensibles reliés », puisqu'elles ont pour lien commun d'être toutes deux des réclamations contre la Commission[.]

[24] La Commission fait valoir enfin qu'interpréter « tout lien commun » comme signifiant « tout élément commun » aboutirait à des résultats irréalistes. À mon avis, l'élément commun doit avoir une proximité suffisante pour revêtir une utilité commerciale et pour s'inscrire dans les attentes raisonnables des parties.

[25] Dans *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245, la Cour suprême a écrit ce qui suit à propos de l'interprétation des polices d'assurance :

> Les principes applicables à l'interprétation des polices d'assurance ont été examinés par la Cour à de nombreuses reprises et je n'ai pas l'intention d'en faire ici un examen exhaustif (voir, p. ex., *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 20-28; [*Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744], par. 27-30; *Scalera*, par. 67-71; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, p. 92-93; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 899-902). Toutefois, un bref rappel des principes pertinents peut être une introduction utile à l'interprétation qui suit des polices ARCE.
>
> Selon le premier principe d'interprétation, lorsque le texte de la police n'est pas ambigu, le tribunal doit l'interpréter en donnant effet à son libellé non équivoque et en le considérant dans son ensemble (*Scalera*, par. 71).
>
> Lorsque le libellé de la police d'assurance est ambigu, les tribunaux s'appuient sur les règles générales d'interprétation des contrats (*Consolidated Bathurst*, p. 900-902). Par exemple, les tribunaux devraient privilégier des interprétations qui sont conformes aux attentes raisonnables des parties (*Gibbens*, par. 26; *Scalera*, par. 71; *Consolidated Bathurst*, p. 901), tant que le libellé de la police peut étayer de telles interprétations. Les tribunaux devraient éviter les interprétations qui

> aboutiraient à un résultat irréaliste ou que n'auraient pas envisagé les parties au moment où la police a été contractée (*Scalera*, par. 71; *Consolidated Bathurst*, p. 901). Les tribunaux devraient aussi faire en sorte que les polices d'assurance semblables soient interprétées d'une manière uniforme (*Gibbens*, par. 27). Ces règles d'interprétation visent à lever toute ambiguïté. Elles n'ont pas pour objet de créer d'ambiguïté lorsqu'il n'y en a pas au départ.
>
> Lorsque ces règles d'interprétation ne permettent pas de dissiper l'ambiguïté, les tribunaux interprètent la police *contra proferentem* – contre l'assureur (*Gibbens*, par. 25; *Scalera*, par. 70; *Consolidated Bathurst*, p. 899-901). Ce principe a pour corollaire que les dispositions concernant la protection reçoivent une interprétation large, et les clauses d'exclusion, une interprétation restrictive (*Jesuit Fathers*, par. 28). [par. 21 à 24]

[26] Les tribunaux se sont penchés sur des libellés semblables à celui de la présente police pour déterminer si des actes ou des omissions étaient considérés comme [TRADUCTION] « les mêmes », comme [TRADUCTION] « reliés » ou comme des [TRADUCTION] « actes reliés ». Dans *Simpson Wigle Law LLP c. Lawyers' Professional Indemnity Company*, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné si diverses allégations formulées contre les avocats et le cabinet assurés découlaient [TRADUCTION] « d'une seule erreur ou d'une seule omission ou d'un seul acte de négligence, [ou] d'erreurs, d'omissions ou d'actes négligents reliés », de sorte que ces allégations aient pu être considérées comme formant une seule réclamation pour les besoins de l'assurance-responsabilité professionnelle des avocats. Les avocats et le cabinet défendeurs faisaient essentiellement face à deux réclamations. L'une avançait qu'une banque et un membre du cabinet avaient été nommés indûment curateurs à la personne et aux biens du client. L'autre reprochait aux curateurs l'administration négligente des biens du client. Au lieu des deux exposés de la demande présentés dans le cas qui nous occupe, une même déclaration formulait les diverses demandes. L'assureur soutenait que toutes les allégations étaient reliées et qu'il en résultait une seule réclamation en application de la police. La Cour a jugé que les allégations ne découlaient ni d'une erreur, d'une omission ou d'un acte de négligence unique, ni d'erreurs, d'omissions ou d'actes négligents reliés. Elle a écrit :

[TRADUCTION]
Lorsqu'elle se penche sur les demandes formulées dans la déclaration, la cour doit porter son attention sur les erreurs, les omissions ou les actes négligents allégués sur lesquels ces demandes reposent. Il ne suffit pas de définir, d'un point de vue général, la relation ou les obligations des parties, ou la nature des pertes qui auraient été subies. D'un point de vue suffisamment général, il ne fait guère de doute que les demandes sont reliées. Après tout, d'un point de vue général, les demandes peuvent être considérées comme identiques. Les protagonistes sont les mêmes – Angelo, Me Wigle et le cabinet au sein duquel il était avocat associé. Leur relation est la même – une relation avocat-client. L'acte fautif est le même – la violation d'une obligation fiduciale. Et les pertes alléguées sont les mêmes – les dommages causés par une violation d'obligation fiduciale.

Mais la jurisprudence nous prévient de ne pas considérer la question d'un point de vue aussi général (*Simpson*, par. 27; *Dunn*, par. 58). Le texte de la police exige clairement, en outre, que les allégations sur lesquelles repose chacune des réclamations soient examinées. Le sous-alinéa (b)(ii) de la partie V impose à la cour de déterminer si les réclamations découlent d'erreurs, d'omissions ou d'actes négligents [TRADUCTION] « reliés ». Il est donc nécessaire de ne pas s'en tenir à des désignations générales et d'examiner les erreurs, omissions ou actes négligents allégués sur lesquels repose précisément chaque réclamation.

Il importe d'abord que les demandes énoncées dans la déclaration soient bien comprises. Comme je l'ai expliqué, la déclaration porte fondamentalement deux demandes, si l'on tient compte de celles qui ont été abandonnées.

La première repose sur la nomination censément indue de Me Wigle et de la CIBC aux fonctions de curateurs à la personne et aux biens d'Angelo (« demande portant sur la curatelle »). L'erreur, l'omission ou l'acte négligent allégué, ici, tient au défaut des appelants de communiquer une information cruciale au tribunal saisi de la requête en curatelle : dans ses procurations, Angelo avait nommé Richard Agro son fondé de pouvoir suppléant. Les pertes en réparation desquelles une indemnisation est demandée consistent en des dommages associés aux honoraires, aux frais et aux dépenses supportés par la succession d'Angelo

> du fait qu'ont été nommés curateurs de ce dernier Me Wigle et la CIBC.
>
> La seconde demande impute aux curateurs une administration négligente des biens d'Angelo (« demande portant sur les biens réels »). Les erreurs, omissions ou actes négligents allégués se rattachent à la vente, par les appelants, de six biens réels dans lesquels Angelo avait un intérêt : les appelants n'auraient notamment pas fait inclure deux de ces propriétés dans la zone d'extension urbaine de Waterdown. Les dommages-intérêts demandés le sont pour la diminution de valeur subie par les biens d'Angelo du fait que ces biens réels ont été vendus inconsidérément ou sans nécessité. [par. 71 à 75]

[27] La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les demandes formulées dans la déclaration découlaient d'erreurs, d'omissions ou d'actes négligents [TRADUCTION] qui étaient « de nature et de type suffisamment différents » pour ne pas être [TRADUCTION] « reliés » au sens de la police. Également, les deux demandes étaient insuffisamment associées, ou liées, parce qu'indépendantes l'une de l'autre.

[28] Le tribunal qui détermine s'il se dégage de l'exposé de la demande une demande unique ou des demandes multiples doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs, et surtout du type de perte, ou de son caractère, et de la ressemblance ou de la dissemblance des erreurs alléguées (*Elfstrom, Smith & Co. c. Kansa General Insurance Co.*, [1988] B.C.J. No. 1476 (C.S.C.-B.) (QL)). Dans l'affaire *Elfstrom*, l'assuré était comptable agréé et exerçait les fonctions d'administrateur-séquestre. Un client a allégué que l'assuré n'avait pas examiné quels seraient les avantages fiscaux d'une fusion des compagnies demanderesses. L'exposé de la demande a été modifié après l'expiration de la police : il était en outre avancé que l'assuré n'avait pas protégé certains biens. Les allégations de négligence lui imputant de ne pas avoir réduit l'obligation fiscale du client avaient été formulées en 1982; les allégations de manquement à la protection de biens s'y sont ajoutées quelque dix-huit mois plus tard, en 1984. La Cour a conclu que les allégations d'origine, portant sur les répercussions fiscales de la non-fusion des compagnies, étaient [TRADUCTION] « différentes par leur type et par leur substance » des allégations portant sur la conservation des biens. Elle a conclu :

> [TRADUCTION]
> Le raisonnement de la Cour d'appel me paraît indiquer, donc, qu'il est judicieux de prendre en considération le type de perte, ou son caractère, et la ressemblance ou la dissemblance des erreurs. Ici, le requérant est comptable agréé et exerçait les fonctions d'administrateur-séquestre. Il n'est pas rare que cette profession et cette charge soient associées. Les considérations fiscales sont, ou devraient être, une préoccupation ou une perspective constante du comptable agréé qui, à titre d'administrateur-séquestre, s'occupe de plusieurs entités juridiques et de divers biens. Quoi qu'il en soit, la fusion, dont l'inaccomplissement a donné lieu, semble-t-il, à la demande initiale présentée contre le requérant, ou à l'essentiel de cette demande, ressortit à une certaine spécialisation qui tend à l'exclure des considérations fiscales générales. Réaliser une fusion suppose une expertise qui est étrangère à la plupart. La conduite d'une fusion diffère nettement du soin et de la conservation de biens réels ou personnels. Le défaut de suggérer cette fusion apparemment souhaitable, ou de conseiller sur ce point, relève d'un travail intellectuel ou conceptuel éloigné par sa substance du travail mieux connu que requiert la conservation d'avoirs réels ou personnels. L'administrateur-séquestre pourrait avoir été, non pas comptable agréé, mais, par exemple, propriétaire de ranch ou encore homme d'affaires expérimenté : on imagine difficilement que cet homme d'affaires, s'il ne suggère pas la fusion, soit jugé responsable, quoiqu'il existe une zone floue où il doit avoir conscience de la nécessité d'obtenir des conseils professionnels au besoin. Nul doute, cependant, qu'une allégation de négligence pourrait être formulée contre cet homme d'affaires au chapitre de la conservation des biens. Dans ce contexte, je ne vois aucun obstacle à tenir l'erreur liée à la fusion et l'erreur liée à la conservation des biens (le foin et l'équipement) pour différentes par leur substance, et pour découlant d'erreurs différentes.

[29] Dans *Dunn c. Chubb*, la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur une clause relative aux actes répréhensibles reliés. Une demande avait été présentée en 2001 (poursuite civile intentée à Dunn pour des actes fautifs commis en 2001) et Chubb avait accepté de défendre l'assuré. Une seconde demande avait été présentée en 2004 (formée en l'occurrence d'autres poursuites civiles et d'une poursuite en matière réglementaire

alléguant une [TRADUCTION] « culture de non-conformité », poursuites fondées sur les actes fautifs de 2001 et sur des actes fautifs commis en 2003), alors que Chubb n'était plus soumise au risque. Chubb soutenait qu'elle n'était tenue à la défense de l'assuré que contre la partie de la demande de 2004 se rapportant aux actes fautifs de 2001 et que, par conséquent, elle n'avait à acquitter que la moitié des frais de défense. Dunn estimait que les actes fautifs de 2001 et de 2003 étaient des actes répréhensibles reliés et que Chubb devait l'indemniser en entier face à la réclamation de 2004. La Cour a statué ainsi :

> [TRADUCTION]
> Ces arguments supposent tous deux essentiellement que la conduite de 2003 découle de celle de 2001, qu'un lien de causalité l'y rattache ou qu'elle est la même. Les appelants invoquent, à l'appui des arguments avancés, diverses allégations de portée générale issues des poursuites mixtes, dont l'allégation de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario voulant qu'ils aient fait preuve d'une « culture de non-conformité » durant toute la période.
>
> Il est généralement possible de choisir une formulation large pour décrire de multiples allégations d'inconduite. Nous sommes toutefois d'avis qu'il se dégage des allégations des poursuites mixtes que la conduite de 2003 diffère par sa nature, par son type et par le moment où elle est intervenue de la conduite de 2001, également alléguée dans ces poursuites.
>
> Les allégations relatives à la conduite de 2003 visent des actes de non-conformité différents de ceux de la conduite de 2001, des actes accomplis à des époques différentes et de manières différentes. Les allégations sont précises dans la désignation des divers actes. Par exemple, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario allègue que les appelants ont eu part à deux manœuvres comptables frauduleuses. Il est expliqué qu'elles ont consisté en une comptabilisation des produits irrégulière, d'après la conduite de 2001, et en un provisionnement irrégulier, d'après la conduite de 2003. Des accusations criminelles récentes qui ne s'appuient que sur la conduite de 2003 montrent également que sont distincts les attributs des conduites et les deux époques où elles sont survenues.
>
> [par. 57 à 59]
> [Je souligne.]

[30] Il m'apparaît que, dans son analyse, la Cour d'appel de l'Ontario a tenu compte de la nature des actes allégués, de leur type et du moment où ils étaient survenus pour déterminer s'ils étaient reliés. La Cour a conclu que les actions alléguées, quoique commises par les mêmes personnes dans le contexte d'une culture de non-conformité qui s'était maintenue, n'étaient pas reliées parce qu'elles étaient survenues à des moments différents. La formulation de la clause d'exclusion de l'arrêt *Dunn* est plus étroite que celle qu'on trouve dans la police d'Arch, mais ces clauses sont semblables et censées avoir le même effet commercial – faire en sorte que toutes les réclamations découlant d'un unique acte antérieur relèvent de la police antérieure – ou, d'un autre point de vue, faire en sorte que le nouvel assureur n'ait pas à prendre en charge une réclamation découlant d'un acte antérieur. Comme nous l'avons vu, l'analyse doit situer la police d'Arch dans le contexte commercial de son établissement et tenir compte de l'intention ou de l'utilité commerciale associée à l'exclusion des actes répréhensibles reliés (*Sattva*). Dans *Dunn*, la Cour d'appel de l'Ontario s'est reportée à *Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boiler*, [1980] 1 R.C.S. 888, [1979] A.C.S. n° 133 (QL) :

> [TRADUCTION]
> Le but premier de l'interprétation des contrats est de donner effet aux intentions des parties. Comme le juge Estey l'a expliqué dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boiler*, [1980] 1 R.C.S. 888, [1979] A.C.S. n° 133 (p. 901, R.C.S.) : « [L]es règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté ». [par. 32]

[31] Ainsi que la Commission l'écrit dans son mémoire, la véritable question, comme la Cour l'a évoqué dans l'arrêt *Dunn*, est celle de savoir quelle part faire à une clause où le mot [TRADUCTION] « tout » désignerait n'importe quoi et à une clause où le mot ne désignerait rien. Après avoir appliqué l'analyse de *Dunn* à la présente espèce, je conclus, pour les motifs ci-dessous, que la réclamation de 2013 n'allègue pas d'actes répréhensibles qui seraient reliés à ceux de la réclamation de 2011 :

i. la réclamation de 2011 a été présentée par un groupe de plaignants (dont M. Drapeau) contre un groupe d'auteurs allégués de tort (dont M. LeBlanc, mais à l'exclusion de la Commission et d'Investia) et elle alléguait que des déclarations faites aux médias en août 2009 étaient diffamatoires;

ii. la réclamation de 2013 a été présentée par un réclamant unique (M. Drapeau) contre un groupe différent d'auteurs allégués de tort (dont la Commission et Investia) et elle alléguait que des déclarations préjudiciables avaient été faites à Investia en mars 2009, puis entre juillet et octobre 2009;

iii. la réclamation de 2013 [TRADUCTION] « diffère par sa nature, par son type et par le moment où elle est intervenue » de la réclamation de 2011. Les réclamations [TRADUCTION] « visent des actes de non-conformité différents [et] des actes accomplis à des époques différentes et de manières différentes » (*Dunn*, par. 58 et 59).

[32] Quoiqu'un certain chevauchement des dommages-intérêts demandés dans les deux actions soit possible – des dommages-intérêts généraux pour perte de réputation, pour perte d'affaires et d'achalandage et pour perte de revenus sont demandés dans les deux cas – les délits sont distincts. L'action de 2011 et l'action de 2013 reposent sur des conduites transgressives distinctes invoquées à l'appui de causes d'action différentes. Si ces actions ont en commun certains faits, notamment l'enquête de la Commission sur la vente des valeurs de CTIC et de CITCAP, elles se rapportent néanmoins à des conduites transgressives différentes.

[33] Comme la demande pour conduite transgressive a été déposée en mars 2013, l'action a été introduite plus de dix mois après l'expiration de la police de Groupe Encon et la Commission n'est pas assurée contre cette action. Le juge saisi de la requête a rendu une décision correcte, sans erreur manifeste et dominante, lorsqu'il a conclu que Groupe Encon n'avait pas l'obligation d'assumer la défense de la Commission.

VIII. Ordonnance *Sanderson*

[34] Notre Cour a déclaré à maintes reprises que « les dépens suivent l'issue de la cause ». Ainsi, le principe juridique essentiel veut que la partie gagnante ait droit à une ordonnance condamnant la partie perdante aux dépens (*Dupuis c. City of Moncton*, 2005 NBCA 47, 284 R.N.-B. (2e) 97). La Commission a entièrement eu gain de cause en première instance, tandis que Groupe Encon a gagné en défense contre la requête que la Commission avait présentée contre elle.

[35] Dans l'arrêt *Province du Nouveau-Brunswick c. Stephen Moffett Ltd.*, 2008 NBCA 9, 326 R.N.-B. (2e) 242, notre Cour a expliqué que les dépens ressortissent largement au pouvoir discrétionnaire du juge de première instance :

> Le juge du procès dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire aux fins de la liquidation ou du calcul des dépens après le procès et les cours d'appel sont tenues de faire preuve d'une grande déférence envers les ordonnances discrétionnaires de cette nature. Dans l'arrêt *Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 R.N.-B. (2e) 201, [2001] A.N.-B. no 450 (QL), 2001 NBCA 113, le juge d'appel Deschênes a souscrit à ce qu'avait écrit le juge d'appel Rice aux par. 29 et 30 de l'arrêt *Daigle c. Cape Breton Crane Rentals Ltd. et al.* (1987), 91 R.N.-B. (2e) 189 (C.A.), [1987] A.N.-B. no 1019 (QL), à propos de la norme applicable à la révision en appel de l'évaluation des dépens :
>
> > [TRADUCTION]
> > C'est le juge du procès qui est le mieux placé pour évaluer toutes les questions qui ont rapport aux dépens. En outre, il a souvent été répété que l'attribution des dépens relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, et qu'un tribunal d'appel n'interviendra pas à moins d'une erreur manifeste : Voir les arrêts *Becker et al. c. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 [R.N.-B. (2e)] 542, et *Boyle c. Atherton et al.* (1983), 51 R.N.-B. (2e) 151.
> >
> > À mon avis, compte tenu de la complexité de l'instance et de la durée du procès, le juge du procès

> a légitimement exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant les dépens.

En même temps, le juge d'appel Richard a souligné, au par. 57 de l'arrêt *Doiron c. Haché* (2005), 290 R.N.-B. (2e) 79, [2005] A.N.-B. no 347 (QL), 2005 NBCA 75, que la latitude dont jouit le juge dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire s'accompagne de certaines restrictions :

> [...] Le degré de latitude accordé à un tribunal en matière de procédure en vertu d'un « pouvoir discrétionnaire » est considérable, mais non illimité. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de façon judiciaire, c'est-à-dire [TRADUCTION] « suivant les règles de la raison et de la justice et non selon une opinion personnelle », [TRADUCTION] « selon les règles du droit », et ne doit pas être exercé d'une manière qui soit [TRADUCTION] « arbitraire, vague et fantaisiste, mais de façon régulière et conforme au droit », comme l'a affirmé lord Halsbury dans l'arrêt *Sharp c. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (Ch. des lords), à la page 179, cité par le juge Kellock dans l'arrêt *Wrights' Canadian Ropes Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 139, à la page 166, arrêt modifié à [1947] A.C. 109 (C.J.C.P.). L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire consiste en un choix entre deux ou plusieurs options raisonnables. Il faut faire ce choix en s'appuyant sur le droit et les principes directeurs applicables et sur une interprétation judicieuse des faits. Si les faits ont été mal compris et si l'erreur est un facteur dominant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, à tel point que l'option choisie est dénuée de fondement, une injustice a alors été commise. Si cela se produit dans le contexte des facteurs énumérés à la règle 62.21(9), une cour d'appel doit alors déterminer si l'erreur a entraîné un préjudice important ou une erreur judiciaire.

Ce n'est que dans certaines circonstances limitées qu'une cour d'appel peut intervenir en ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Dans l'arrêt *LeBlanc c. St. Cœur et al.* (2007), 313 R.N.-B. (2e) 341, [2007] A.N.-B. no 155 (QL), 2007 NBCA 32, le juge d'appel Richard a ainsi exposé ces circonstances, au par. 6 :

> Les mesures réparatoires demandées par voie de motion exigeaient de la juge l'application des principes juridiques pertinents, une appréciation de la preuve et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Son jugement ne peut être infirmé en appel que s'il est établi qu'elle s'est mal enquise du droit, qu'elle n'a pas appliqué les principes voulus ou qu'elle a donné des faits une appréciation qui est erronée au point où il en résulterait une injustice (voir *Doiron c. Haché* (2005), 290 R.N.-B. (2e) 79, [2005] A.N.-B. no 347 (QL), 2005 NBCA 75, par. 58, et les causes qui y sont citées). [par. 9 à 11]

[36] *Melanson c. Léger et al.*, 2005 NBCA 19, 279 R.N.-B. (2e) 276, précise en quoi consiste essentiellement une ordonnance *Sanderson* :

> Dans son ouvrage intitulé *The Law of Costs in Canada*, 2e édition (Toronto : Canada Law Book, 1987), Mark Orkin explique la nature de ces ordonnances, aux pages 2‑26.1 à 2‑28. En ce qui concerne l'ordonnance *Bullock*, le demandeur peut avoir le droit, si l'action a été régulièrement introduite, d'ajouter aux dépens susceptibles d'être recouvrés auprès des défendeurs qui n'ont pas eu gain de cause les dépens qu'il est tenu de payer au défendeur qui a eu gain de cause. Les dépens sont payables au demandeur à titre de fiduciaire du défendeur ayant eu gain de cause. On préfère habituellement rendre une ordonnance *Sanderson* parce que l'on se trouve à enjoindre directement au défendeur qui n'a pas eu gain de cause de payer les dépens directement au codéfendeur qui a eu gain de cause. Comme c'est le cas d'une ordonnance *Bullock*, l'ordonnance *Sanderson* est indiquée lorsque c'est à bon droit que le demandeur a poursuivi les deux défendeurs.
> [par. 34]

[37] Dans l'arrêt *Wainwright (Town) c. 876947 Ontario Ltd.*, 2010 ABCA 23, [2010] A.J. No. 71 (QL), des indications ont été données sur les critères auxquels l'octroi d'une ordonnance *Sanderson* exige de se reporter :

> [TRADUCTION]
> La décision de rendre une ordonnance *Sanderson*, comme

> d'autres décisions en matière de dépens, relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, qui, après avoir présidé le procès et statué sur la responsabilité, est bien placé pour arrêter la liquidation des dépens indiquée. Le juge qui exerce le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance *Sanderson* ou *Bullock* doit être convaincu de tout ce qui suit :
>
> a) il était raisonnable, dans les circonstances de l'espèce, que le demandeur joignît à l'instance les défendeurs gagnants;
>
> b) il n'existe pas de motif valable de priver les défendeurs gagnants de leurs dépens;
>
> c) les codéfendeurs perdants étaient entièrement responsables de l'action. [par. 19]

[38] Je constate en l'espèce, suivant ces indications, qu'il était raisonnable de joindre Groupe Encon à l'instance comme partie défenderesse, qu'il n'existait pas de motif valable de priver Groupe Encon de ses dépens et que la co-défenderesse perdante (Arch) était entièrement responsable de l'action. Lorsqu'un demandeur présente raisonnablement contre deux défendeurs une demande alternative en raison des prétentions du défendeur perdant, le droit fait passer du demandeur au défendeur perdant la charge des dépens du défendeur gagnant.

[39] Dans l'arrêt *Melanson*, notre Cour a conclu que le critère applicable requiert de déterminer si le demandeur a poursuivi à bon droit les deux défendeurs. Dans l'arrêt *Wainwright*, la Cour a défini le critère comme consistant à savoir s'il était [TRADUCTION] « raisonnable » de poursuivre les défendeurs gagnants. En l'espèce, les deux assureurs (implicitement) se renvoient la balle. Ni l'un ni l'autre n'a présenté de demande entre défendeurs. Arch refuse de prendre en charge le risque pour le motif que la réclamation de 2013 est reliée à celle de 2011. Groupe Encon nie que le risque ait été garanti, parce que la réclamation de 2013 a été présentée après la fin de la période d'assurance. Je suis d'avis que la Commission, raisonnablement et à bon droit, a combiné les deux demandes en une unique requête alternative par laquelle elle a évité une multiplicité d'instances. Si Arch avait raison, et si la Commission était redevable de

dépens à Groupe Encon, la Commission recevrait d'une co-intimée des dépens, mais en verserait à l'autre. Le paiement net de dépens à la Commission, partie gagnante, serait donc nul dans les faits.

IX. Dispositif

[40] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de débouter l'appelante et de la condamner à verser des dépens de 2 500 $ à la Commission et à Groupe Encon.