

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

84-20-CA

WILLIAM J. McNICHOL

APPELLANT

- and -

CO-OPERATORS GENERAL INSURANCE
COMPANY

RESPONDENT

McNichol v. Co-operators General Insurance
Company, 2021 NBCA 38

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
October 13, 2020

History of case:

Decision under appeal:
2020 NBQB 188

Preliminary or incidental proceedings:
2006 NBCA 54

Appeal heard:
June 22, 2021

Judgment rendered:
September 2, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlond

Concurred in by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

WILLIAM J. McNICHOL

APPELANT

- et -

COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE
CO-OPERATORS

INTIMÉE

McNichol c. Compagnie d'assurance générale Co-
operators, 2021 NBCA 38

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 13 octobre 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2020 NBBR 188

Procédures préliminaires ou accessoires :
2006 NBCA 54

Appel entendu :
le 22 juin 2021

Jugement rendu :
le 2 septembre 2021

Motifs de jugement:
l'honorable juge LeBlond

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

William J. McNichol on his own behalf

For the Respondent:
Robert M. Purdy, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$5,000.

Avocats à l'audience :

William J. McNichol en son propre nom

Pour l'intimée :
Robert M. Purdy, c.r.

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 5 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Overview

[1] William McNichol sued his insurer alleging bad faith. A settlement of that action was reached, but Mr. McNichol failed to honour it. He wanted to pursue his action, but Co-operators brought a motion pursuant to Rule 49.08(1)(b) of the *Rules of Court*. It sought to have Mr. McNichol's action dismissed on the basis he failed to comply with the terms of the binding settlement agreement, wherein he accepted an offer of \$25,000 from Co-operators in full and final settlement of his action.

[2] The motion judge ruled in favour of Co-operators, although he did not grant the relief it had requested under Rule 49.08(1)(b). Instead of dismissing Mr. McNichol's action under that paragraph, the judge chose to award judgment in his favour for the terms of the offer in accordance with Rule 49.08(1)(a). Although there was no motion before the judge seeking that relief, in the alternative or otherwise, Co-operators has not cross-appealed and has taken no objection before this Court to the judge's disposition.

[3] For the reasons set out below, I would dismiss the appeal with costs and confirm the motion judge's decision.

II. Factual History

[4] The case originated almost 27 years ago. In the fall of 1994, Mr. McNichol was injured in a motor vehicle accident. He was a seasoned practising lawyer and well versed in personal injury litigation. He retained counsel, and an action was commenced in 1995 against the at-fault driver. That person had Section A coverage limits of \$500,000 under his motor vehicle liability policy for third-party damages. Mr.

McNichol believed his claim in damages would exceed that amount. His own motor vehicle insurance policy, issued by Co-operators, had Section A limits of \$1,000,000 and featured a Standard Endorsement Form #44 ("SEF 44"). His policy therefore provided him with additional coverage of \$500,000 should his proven damages exceed the coverage available from the at-fault driver. A separate action under the SEF 44 was commenced against Co-operators in 1998 and, pursuant to a Consent Order filed in 1998, the two actions were to be tried together.

[5] Discoveries were held in 2000, and a settlement conference took place in 2001. A settlement was reached, wherein the at-fault driver's insurer paid the policy limits of \$500,000 and Co-operators agreed to pay an additional \$105,000 pursuant to the SEF 44. A cheque for the latter amount was sent by Co-operators' counsel (not the same as counsel before us) together with a standard form of release. The terms of a Notice of Discontinuance had also been agreed to.

[6] Mr. McNichol refused to sign Co-operators' release on the basis of his counsel's advice that he would be barred from suing Co-operators for further relief in a further action he wished to launch to claim bad faith damages against his insurer. Given Mr. McNichol's position, Co-operators' counsel asked for the return of the \$105,000 cheque and release. Mr. McNichol then elected to sign the release based on his view that his contemplated action for bad faith damages would not be barred by it. Settlement of the Section A and SEF 44 claims was therefore completed. It was also understood by all parties that, as part of the settlement, Co-operators had waived its subrogation rights against the at-fault driver.

[7] Mr. McNichol retained separate counsel to commence the bad faith action, which was filed in March 2003. That action was the subject of a motion by Co-operators, brought pursuant to Rules 23.01(2)(a) and (b), which alleged it was *res judicata* on the basis of the principle of cause of action estoppel. Co-operators argued the release signed by Mr. McNichol and the filing of the Notice of Discontinuance constituted a "final judicial decision," which barred any further recourse against it. The motion judge

accepted Co-operators' position and ruled cause of action estoppel applied. That decision was appealed to this Court, and the appeal was allowed. The Court concluded the motion judge erred in law in ruling a prior "final judicial decision" operated to bar the bad faith action because the release and the discontinuance did not amount to a final judicial decision giving rise to cause of action estoppel (see *McNichol v. Co-Operators General Insurance Company*, 2006 NBCA 54, 298 N.B.R. (2d) 44). Mr. McNichol was then free to pursue his bad faith action.

[8] That was in 2006, fifteen years ago. The Record does not disclose any evidence whatsoever of bad faith on the part of Co-operators. Nonetheless, that action lumbered along. In 2016, during a pause in examinations for discovery, but after Mr. McNichol had been examined, he instructed his counsel to initiate settlement discussions. This resulted in an offer from Co-operators to pay \$25,000 to Mr. McNichol in exchange for a full and final release from him barring any other claims, together with the filing of a court-ordered discontinuance. The evidence before us clearly establishes Mr. McNichol accepted these terms of settlement and there were no further issues raised by him. The balance of the discoveries was cancelled.

[9] Current counsel for Co-operators sent Mr. McNichol's counsel a cheque for the \$25,000 with a Consent Order for discontinuance, which he had endorsed, and a full and final release. He asked Mr. McNichol's counsel to endorse the Order and to return the release once executed by Mr. McNichol. Two weeks later, Mr. McNichol's counsel returned the cheque and the unsigned release. She advised Mr. McNichol refused to sign it, and she withdrew from further representation. Mr. McNichol has since been self-represented.

[10] Co-operators filed the underlying motion pursuant to Rule 49.08 seeking dismissal of the bad faith action on the basis Mr. McNichol failed to comply with the terms of the final settlement. Mr. McNichol opposed the motion with an affidavit sworn by himself, in which he invokes principles of American "equity" law. Quite apart from the fact the affidavit is rambling and, in many respects, reflects his inadmissible opinion

on American law, his opinion was not proven through a qualified expert, and was therefore not properly before the motion judge. Moreover, even if it had been properly introduced into evidence, the American principles would not bind courts in Canada.

[11] The motion judge held a binding settlement of the bad faith action had been effected. He noted Mr. McNichol's entire brief and oral submissions before him did not address Co-operators' motion but were an attempt to argue the merits of his bad faith allegations. That was also the case before this Court.

[12] The motion judge cited this Court's decision in *Hughes v. Moncton*, 2006 NBCA 83, 304 N.B.R. (2d) 92, to find all components of a valid and binding agreement were present in this case. He held Mr. McNichol's subsequent "change of heart" was irrelevant. I agree with all his findings and no further analysis is required.

[13] As noted, rather than dismiss the bad faith action, the motion judge, generously in my view, ordered Co-operators to pay the agreed upon \$25,000 but he did not award costs.

III. Disposition

[14] In the absence of a cross-appeal, I would endorse the motion judge's disposition and dismiss the appeal.

[15] In my view, Mr. McNichol's conduct merits a cost award against him. He has largely made a mockery of the judicial process. Co-operators seeks costs on appeal. I would award costs in favour of Co-operators in the amount of \$5,000.

[16] Finally, Mr. McNichol filed a motion along with his appeal seeking an order to amend his Statement of Claim to plead additional grounds for punitive damages and the American doctrine of "tainted with bad faith," and to claim solicitor-client costs. I

would dismiss that motion for the same reasons I would dismiss this appeal, but without a further award of costs.

LE JUGE LEBLOND

I. Aperçu

[1] William McNichol a poursuivi son assureur pour mauvaise foi. Un règlement à l'amiable de cette action a été conclu, mais M. McNichol ne l'a pas honoré. Il voulait poursuivre son action, mais Co-operators a présenté, en vertu de la règle 49.08(1)b) des *Règles de procédure*, une motion par laquelle elle sollicitait le rejet de l'action de M. McNichol au motif que ce dernier n'avait pas respecté les conditions de la convention de règlement obligatoire dans laquelle il avait accepté une offre de 25 000 \$ de Co-operators à titre de règlement complet et définitif de son action.

[2] Le juge saisi de la motion a statué en faveur de Co-operators, mais il ne lui a pas accordé la mesure réparatoire qu'elle avait sollicitée en vertu de la règle 49.08(1)b). Au lieu de rejeter l'action de M. McNichol au titre de cet alinéa, le juge a choisi de rendre un jugement en sa faveur selon les conditions prévues par l'offre, conformément à la règle 49.08(1)a). Bien que le juge ne fût pas saisi d'une motion visant à obtenir cette mesure réparatoire, de manière subsidiaire ou autre, Co-operators n'a pas formé d'appel reconventionnel et n'a soulevé aucune objection à notre Cour en ce qui concerne la décision du juge.

[3] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais l'appel avec dépens et confirmerais la décision du juge saisi de la motion.

II. Historique des faits

[4] L'affaire remonte à il y a près de 27 ans. À l'automne 1994, M. McNichol a été blessé dans un accident de la route. Il était un avocat en exercice expérimenté et connaissait très bien les litiges en matière de lésions corporelles. Il a retenu les services

d'un avocat, et une action a été introduite en 1995 contre le conducteur responsable. La police de responsabilité pour automobiles du conducteur responsable prévoyait une limite de garantie de responsabilité civile de 500 000 \$ au titre du chapitre A. M. McNichol estimait que sa demande en dommages-intérêts dépasserait ce montant. Sa propre police d'assurance automobile, contractée auprès de Co-operators, prévoyait une limite de garantie de 1 000 000 \$ au titre du chapitre A et comprenait une formule d'avenant standard n° 44 (la F.A.S. n° 44). Sa police lui offrait donc une garantie supplémentaire de 500 000 \$ au cas où les dommages-intérêts établis dépasseraient la limite de garantie prévue par la police d'assurance du conducteur responsable. Une action distincte a été introduite contre Co-operators en 1998 sur le fondement de la F.A.S. n° 44 et, conformément à une ordonnance par consentement déposée en 1998, les deux actions devaient être instruites ensemble.

[5] Des enquêtes préalables ont été tenues en 2000 et une conférence de règlement amiable a eu lieu en 2001. Un règlement à l'amiable a été conclu aux termes duquel l'assureur du conducteur responsable payait la limite de garantie de 500 000 \$ prévue par la police et Co-operators acceptait de payer une somme additionnelle de 105 000 \$ au titre de la F.A.S. n° 44. Un chèque correspondant à ce dernier montant a été envoyé par l'avocat de Co-operators (pas le même avocat que celui en appel) auquel était jointe une formule type de renonciation. Les parties s'étaient aussi entendues sur les conditions d'un avis de désistement.

[6] M. McNichol a refusé de signer la renonciation de Co-operators sur le fondement de l'avis de son avocat qui lui a indiqué qu'il lui serait interdit de poursuivre Co-operators en vue d'obtenir d'autres mesures réparatoires dans une autre action qu'il souhaiterait intenter contre elle pour réclamer des dommages-intérêts pour mauvaise foi. Compte tenu de la thèse de M. McNichol, l'avocat de Co-operators a demandé que lui soit retourné le chèque de 105 000 \$ et la renonciation. M. McNichol a alors décidé de signer la renonciation puisqu'il estimait que celle-ci ne faisait pas obstacle à son action envisagée en dommages-intérêts pour mauvaise foi. Le règlement à l'amiable des demandes fondées sur le chapitre A et la F.A.S. n° 44 a donc été achevé. Par ailleurs, il

était entendu par toutes les parties que, dans le cadre du règlement à l'amiable, Co-operators renonçait à son droit à la subrogation contre le conducteur responsable.

[7] M. McNichol a retenu les services d'un autre avocat pour introduire l'action fondée sur la mauvaise foi, laquelle a été déposée en mars 2003. Co-operators a déposé, en vertu des règles 23.01(2)a) et b), une motion relativement à cette action dans laquelle elle soutenait que l'action était chose jugée selon le principe de la préclusion fondée sur une même cause d'action. Co-operators a soutenu que la renonciation signée par M. McNichol et le dépôt de l'avis de désistement constituaient une « décision judiciaire définitive » qui interdisait l'exercice de tout autre recours contre elle. Le juge saisi de la motion a accepté la thèse de Co-operators et a conclu à l'applicabilité de la préclusion pour même cause d'action. Cette décision a été portée en appel devant notre Cour et l'appel a été accueilli. La Cour a conclu que le juge saisi de la motion avait commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu qu'une « décision judiciaire définitive » antérieure faisait obstacle à l'action fondée sur la mauvaise foi, puisque la renonciation et l'avis de désistement n'étaient pas une décision judiciaire définitive pouvant donner lieu à une préclusion pour même cause d'action (voir *McNichol c. Compagnie d'Assurance Générale Co-Operators*, 2006 NBCA 54, 298 R.N.-B. (2^e) 44). M. McNichol était donc libre de poursuivre son action fondée sur la mauvaise foi.

[8] Cela remonte à 2006, il y a de cela quinze ans. Le dossier ne révèle pas la moindre preuve de mauvaise foi de la part de Co-operators. Néanmoins, l'action a suivi son cours. En 2016, lors d'une pause des interrogatoires préalables, mais après que M. McNichol a été interrogé, il a demandé à son avocate d'entamer des discussions en vue d'un règlement à l'amiable. Les discussions ont abouti par une offre de Co-operators de verser 25 000 \$ à M. McNichol en échange d'une renonciation complète et définitive de sa part à toute autre demande et du dépôt d'un avis de désistement ordonné par la cour. Il ressort clairement de la preuve dont nous disposons que M. McNichol a accepté ces conditions du règlement à l'amiable et qu'il n'a soulevé aucune autre question. Le reste de l'interrogatoire préalable a été annulé.

[9] L'avocat actuel de Co-operators a envoyé à l'avocate de M. McNichol un chèque de 25 000 \$ accompagné d'une ordonnance de consentement sur désistement, ordonnance qu'il avait signée, et une renonciation complète et définitive. Il a demandé à l'avocate de M. McNichol de signer l'ordonnance et de retourner la renonciation une fois signée par M. McNichol. Deux semaines plus tard, l'avocate de M. McNichol a retourné le chèque et la renonciation non signée. Elle l'a avisé que M. McNichol refusait de la signer et s'est retirée du dossier. Depuis, M. McNichol se représente lui-même.

[10] Co-operators a déposé la motion sous-jacente en vertu de la règle 49.08 par laquelle elle sollicitait le rejet de l'action de M. McNichol fondée sur la mauvaise foi au motif que ce dernier n'avait pas respecté les conditions du règlement définitif. M. McNichol a contesté la motion au moyen d'un affidavit qu'il a souscrit et dans lequel il a invoqué des principes d'« equity » américains. Outre le fait que son affidavit soit décousu et, à bien des égards, reflète son opinion inadmissible au sujet du droit américain, son opinion n'a pas été prouvée par un expert qualifié et n'était donc pas dûment soumise au juge saisi de la motion. De plus, même si son opinion avait été dûment introduite en preuve, les principes américains ne lient pas les tribunaux au Canada.

[11] Le juge saisi de la motion a soutenu qu'un règlement obligatoire de l'action fondée sur la mauvaise foi avait été conclu. Il a souligné que le mémoire et les observations orales que lui avait présentés M. McNichol n'abordaient pas la motion de Co-operators, mais tentaient plutôt de faire valoir le bien-fondé de ses allégations de mauvaise foi. C'était également le cas dans l'affaire dont notre Cour était saisie.

[12] Le juge saisi de la motion a cité la décision de notre Cour dans l'arrêt *Hughes c. Moncton*, 2006 NBCA 83, 304 R.N.-B. (2^e) 92, afin de déterminer si tous les éléments d'une convention valide et obligatoire étaient présents en l'espèce. Il a conclu que le [TRADUCTION] « changement d'avis » subséquent de M. McNichol n'était pas pertinent. Je souscris à toutes ses conclusions et aucune autre analyse n'est nécessaire.

[13] Tel que je l'ai indiqué, au lieu de rejeter l'action fondée sur la mauvaise foi, le juge saisi de la motion a, généreusement à mon avis, ordonné à Co-operators de payer le montant convenu de 25 000 \$, mais il n'a pas adjugé de dépens.

III. Dispositif

[14] En l'absence d'un appel reconventionnel, je souscrirais à la décision du juge saisi de la motion et rejetterais l'appel.

[15] À mon avis, la conduite de M. McNichol justifie qu'il soit condamné à des dépens. Il a dans une large mesure tourné le processus judiciaire en dérision. Co-operators sollicite les dépens en appel. J'adjugerais des dépens de 5 000 \$ à Co-operators.

[16] Finalement, M. McNichol a déposé avec son appel une motion par laquelle il sollicitait une ordonnance en vue de modifier son exposé de la demande afin de soulever d'autres motifs à l'appui de l'attribution de dommages-intérêts punitifs, de plaider la doctrine américaine de conduite [TRADUCTION] « entachée de mauvaise foi » et de solliciter des dépens établis sur la base des frais entre avocat et client. Je rejetterais cette motion pour les mêmes motifs que ceux pour lesquels je rejetterais l'appel, mais je n'adjugerais aucuns autres dépens.