

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

119-23-CA

668339 NB INC., a body corporate

668339 NB INC., personne morale

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

ROYAL & SUN ALLIANCE INSURANCE  
COMPANY OF CANADA, a body corporate

ROYAL & SUN ALLIANCE DU CANADA,  
SOCIÉTÉ D'ASSURANCES, personne morale

RESPONDENT

INTIMÉE

668339 NB Inc. v. Royal & Sun Alliance  
Insurance Company of Canada, 2024 NBCA 53

668339 NB Inc. c. Royal & Sun Alliance du  
Canada, 2024 NBCA 53

CORAM:

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

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:  
October 30, 2023

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :  
le 30 octobre 2023

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
None

Procédures préliminaires ou accessoires :  
aucune

Appeal heard:  
February 21, 2024

Appel entendu :  
le 21 février 2024

Judgment rendered:  
April 18, 2024

Jugement rendu :  
le 18 avril 2024

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice LeBlond

Motifs de jugement :  
l'honorable juge LeBlond

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Yanis Khiari and Vincent Tremblay

Pour l'appelante :  
Yanis Khiari et Vincent Tremblay

For the respondent:  
Bionca Bastarache

Pour l'intimée :  
Bionca Bastarache

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$3,000.

L'appel est rejeté avec dépens de 3 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] The respondent, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada (“Royal”), insured Carmelle Caissie’s home, in Cap-Pelé, New Brunswick. The home sustained water damage, an insured peril under the policy. In accordance with the terms of the policy, Royal retained First OnSite (“FOS”), an appraisal and restoration company, to investigate the loss and prepare an estimate of repair costs. Unbeknownst to Royal, Mrs. Caissie retained the appellant for the same purpose but neither she nor the appellant ever advised Royal of the latter’s involvement until the repair work conducted by the appellant was almost complete, this, notwithstanding Royal’s numerous attempts to contact Mrs. Caissie to confirm her intentions regarding the repairs to be conducted. The appellant’s estimate and eventual repair costs doubled the amount submitted by FOS.

[2] To avoid litigation with its insured, and in good faith, Royal paid the appellant an amount which it deemed reasonable, based on the evidence it had, but which was \$31,920.23 lower than the amount claimed by the appellant. The latter sued Royal for that amount, claiming it was entitled to do so either as a member of a class of intended beneficiaries under the policy, pursuant to s. 4(3.1) of the *Law Reform Act*, R.S.N.B. 2011, c. 184 (the “*Act*”), or on the basis Royal was precluded from denying payment by virtue of the doctrine of estoppel by convention.

[3] Royal filed a motion for summary judgment. The principal affidavit in support of the motion was deposed by Karinne Cameron, a Royal claims representative. The motion judge allowed the motion and dismissed the appellant’s claim. He found that there was no privity of contract between Royal and the appellant and s. 4 of the *Act* did not apply to its benefit. Moreover, he found the doctrine of estoppel by convention did not apply either to support the appellant’s position. 668339 NB Inc. now appeals.

[4] For the following reasons, I agree with the motion judge's disposition and would dismiss the appeal.

II. Factual Context

[5] On May 13, 2019, Carmelle Caissie's home sustained water damage, an insured peril under her homeowner's comprehensive form policy issued by Unifund Assurance Co. Unifund was later acquired by Royal, which assumed Unifund's obligations under the policy. This was confirmed by counsel as a preliminary matter in response to the Court's request for clarification.

[6] On May 14, Royal was advised of the loss, and its representative, Karinne Cameron, immediately sent an email to Mrs. Caissie at the address it had on file, explaining the claims process. The email refers to a claim submitted by Mrs. Caissie, which is not part of the record on appeal, nor was it part of the record before the motion judge. In any event, the purpose of the email was to explain the claim settlement process to Mrs. Caissie. She was advised a Royal representative would contact her to prepare a detailed list of repairs to be conducted to bring her premises back to their pre-loss state. She was further advised she could provide the list of repairs to be done to a contractor of her choice so that this contractor could prepare its own assessment of the cost of repairs. However, if she chose that option, she was to contact Royal immediately. Finally, she was advised once the appraisals of the loss were received, Royal would contact her to discuss either repair options or a cash value settlement. Mrs. Caissie did not respond to this email.

[7] According to Ms. Cameron's evidence, that same day, May 14, she retained FOS to attend at Mrs. Caissie's home to investigate the loss and prepare an estimate of the repairs. FOS is a well-known restoration company with extensive experience in restoration work conducted for insurance companies. The evidence establishes Mrs. Caissie was present when FOS came to her home. She was therefore fully aware of its retainer.

[8] The next day, May 15, Ms. Cameron received FOS's initial site report outlining the cause of the loss. It recommended reserves of \$50,000 for the structural repairs and \$5,000 for contents replacement. Ms. Cameron then requested FOS provide a repair estimate for the entire loss. That day, in accordance with the terms of the policy, she tried to contact Mrs. Caissie by telephone to discuss the scope of the work, but she was unable to speak to her. She left her a voicemail message asking her to return the call, but Mrs. Caissie never did.

[9] On June 12, 2019, Ms. Cameron tried to contact Mrs. Caissie by telephone again in vain. She left her another voicemail message asking her to return the call as soon as possible. Clearly, Ms. Cameron was growing increasingly concerned with the passage of time while not hearing anything from Mrs. Caissie. Later that day, she sent another email, asking Mrs. Caissie whether she wanted to proceed with either FOS or a contractor of her choice. Again, there was no response.

[10] On June 24, 2019, FOS provided a repair estimate of \$51,709.09. That day, Ms. Cameron made another failed attempt to reach Mrs. Caissie by telephone to discuss this. Further attempts to reach her, on July 15 and 30, 2019, were also unsuccessful. Ms. Cameron left voicemails requesting a call back, but Mrs. Caissie did not reply. On July 15, Ms. Cameron emailed Mrs. Caissie, asking her if she wished to pursue the claim and, if so, whether she had decided on a contractor for the repair work. Again, Royal was clearly unaware of any involvement of the appellant.

[11] I pause to note counsel for the appellant, during oral argument, was critical of FOS's methods of assessing the loss and characterized its estimate as "unrealistic." Counsel had no evidence to support his position, which is clearly without merit.

[12] Given the lack of response and cooperation from Mrs. Caissie, on September 6, 2019, Ms. Cameron sent a letter to her confirming she had tried to contact her by phone many times without success. Ms. Cameron advised that, if Mrs. Caissie wished to pursue her claim, she had to confirm her intentions within 30 days. Otherwise, her file would be closed as if the claim had been withdrawn.

[13] On September 13, 2019, Mrs. Caissie finally called Ms. Cameron and apologized for not getting back to her earlier. Mrs. Caissie's explanation was that she had been living at her son's home and she had put her phone in "storage" and had not bothered to check her telephone messages or emails. She advised Ms. Cameron the appellant had been conducting the repairs, which were almost complete. This was the first Ms. Cameron had heard of the appellant's involvement. She asked Mrs. Caissie to request the appellant provide its repair estimate and scope of work. Ms. Cameron deposed that Royal did not have a contract with the appellant and had never agreed to its scope of work.

[14] On September 26, 2019, Royal received an invoice from the appellant in the amount of \$116,805.71 without any breakdown or scope of work to justify the amount. The amount was more than double that of the FOS estimate.

[15] The same day, the appellant was asked to review and amend its invoice to reflect more reasonable costs associated with the scope of the work it had carried out. As a gesture of good faith, Royal paid the appellant \$49,709.09 toward the cost of repairs. Royal had further exchanges with the appellant without making any admission of any further liability toward the appellant. Royal's focus was strictly on achieving final settlement and avoiding litigation.

[16] On December 4, 2019, Royal received a revised invoice from the appellant, although it did not provide details of the scope of the work that was done. The revised invoice totaled \$112,784.01 without any detail or supporting documents. That day, Mr. Remi Doiron, a director of the appellant, emailed an agent retained by Royal to advise his company did not provide invoices as they were "internal company documents." Moreover, he advised he would not be providing any estimates. All of this is, of course, completely contrary to industry standards relating to resolution of insured claims.

[17] Again, to be fair with the appellant, Ms. Cameron asked FOS to review its initial estimate and add in any amounts to reasonably reflect the rebuilding work and contents claim. On January 24, 2020, she obtained FOS's revised figure of \$61,675.54. Royal then made a further payment of \$31,154.71 to the appellant, which brought the total amount paid to \$80,863.80, almost \$20,000 over FOS's revised estimate. Royal refused to make any further payment for several reasons, including the fact certain items claimed by the appellant were significantly higher than the FOS estimate without any explanation. Moreover, the appellant's refusal to provide the information typically provided to insurers in accordance with industry standards militated against any further payment. Its scope of work had not been approved by Royal, as required by the policy, and, again, Royal did not have a contract with the appellant. The argument submitted by the appellant's counsel that an experienced insurer such as Royal would not have understood the concept of privity of contract is so bereft of merit that it does not warrant any further comment.

[18] Finally, Mr. Doiron acknowledged in the affidavit he filed on the appellant's behalf in the court below that, to his knowledge, his company was the only damage restoration company in Canada that did not have restoration agreements with insurance companies and did not obtain restoration work from them. He also made a point of deposing that his company did not take instructions from insurers, and it derived all its business directly from individuals. Under company policy, it did not sue its clients for non-payment as "this would be harmful for business." As discussed below, those statements were not only unhelpful to the appellant's claim, but they provided compelling evidence to defeat it.

### III. The Judge's Decision

[19] The judge noted that, although the parties agreed there was no common law privity of contract between the appellant and the respondent, the former argued it could enforce performance of the contract between Mrs. Caissie and Royal on the basis it was part of a class the contract intended to benefit. It invoked the provisions of s. 4 of the *Act*, but the judge found that provision did not apply to this case. He held the appellant

was not a member of a class intended to benefit from the policy. On this point, his rationale was that it was not reasonable to conclude the parties intended that the policy benefit **any** renovation company the insured might retain to do renovation work, particularly without any knowledge of, or approval from, the insurer. That was because insurers do not undertake to do repairs. Rather, their undertaking, under the policy, is to indemnify the insured; the policy cannot be said to provide benefits to renovation companies as a class. As I discuss more fully below, insurers that choose to indemnify insureds by retaining renovation companies to effect repairs, rather than issuing a cheque for the actual cash value of the loss, do so on the basis they control the renovation process and pay the renovation companies based on agreements reached for the value of the work.

[20]                   Moreover, the judge held the appellant knew Mrs. Caissie, with whom it had contracted, was covered by the policy, yet it not only chose not to contact Royal to obtain approval of its proposed scope of work and estimate of repair costs, as required by the policy, but it later refused to provide details at Royal's request.

[21]                   On the issue of estoppel by convention, the judge quoted from the leading Supreme Court decision in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, and held the doctrine did not apply as the appellant did not meet the criteria in *Ryan*. He held there was no shared assumption at law that the appellant would have a right of action against Royal. Moreover, he further held the appellant had never conducted itself by relying on any such assumption.

[22]                   In the end, the judge found there was no genuine issue requiring a trial and he granted Royal's motion for a summary judgment, thereby dismissing the appellant's action.

#### IV.     Grounds of Appeal

[23]                   The appellant raises three grounds, asserting the motion judge erred in law:

- A. by concluding that s. 4 of the *Act* did not apply to the appellant, and therefore the appellant could not enforce the performance of the contract in question;
- B. by concluding that the doctrine of estoppel by convention did not apply in this case; and
- C. by relying on irrelevant and immaterial evidence to assess the appellant's right of action under s. 4 of the *Act* and the doctrine of estoppel by convention.

V. Standards of Review

[24] The first two grounds raise questions of law, which are reviewable on the standard of correctness.

[25] The third ground raises a question of mixed fact and law, which is reviewable on the palpable and overriding standard unless an extricable question of law is identified, in which case correctness is the standard. Any findings of fact made by the judge in this respect are owed deference, absent material error: *Young v. Moncton (City)*, 2002 NBCA 26, 248 N.B.R. (2d) 360, at para. 21.

[26] The overarching standard of review in an appeal of a summary judgment focuses on the exercise of the motion judge's discretion afforded by Rule 22 of the *Rules of Court* and the determination of whether there is a genuine issue requiring a trial is a question of mixed fact and law. The judge's analysis, therefore, attracts deference. If there is no extricable error in principle, findings of mixed fact and law should not be overturned, absent palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36.

[27] Moreover, where the issue on a motion for summary judgment is a question of law, Rule 22.04(5) explicitly gives the judge the discretion to determine the question and grant judgment accordingly: *Babin v. C.J.M. Dieppe Investments Ltd. and TG 378 Gauvin Ltd. and Sood*, 2019 NBCA 44, [2019] N.B.J. No. 144 (QL), at para. 36. As will be seen, that is what the motion judge did with respect to the first two grounds of appeal, and he did not commit reversible error in his analysis. On the third ground, he did not commit palpable and overriding error, as I discuss below. As a result, there is no need to further analyze his decision on this standard of review.

## VI. Analysis

A. *Did the motion judge err in law by concluding that s. 4 of the Act did not apply to the appellant, and therefore the appellant could not enforce the performance of the contract in question?*

[28] An insurance policy is designed to indemnify an insured for a covered loss. The principle of indemnity requires that no more than the assessed value of the loss be paid.

[29] Insurance cannot be a source of profit. That is why insurers reserve the right to control the quantum of a loss. The insurer must retain the ability to monitor and assess the progress of repairs: *Marsden v. Desjardins Home Insurance*, 2023 ONSC 112, [2023] O.J. No. 18 (QL). If agreement cannot be reached on that score, the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973 c. I-12, provides an appraisal process, which must be followed before any action against the insurer can be undertaken. It is set out in statutory condition (“SC”) 11 of s. 127(1) of the *Insurance Act*.

[30] Every homeowner’s policy either explicitly or implicitly incorporates the statutory conditions set out in s. 127(1) of the *Insurance Act*. For the purposes of this appeal, the SCs that are germane to the appellant’s claim are SC 10 and 13, the relevant portions of which provide as follows:

### **Entry, Control, Abandonment**

**10** After any loss or damage to insured property, **the insurer shall have an immediate right of access and entry by accredited agents** sufficient to enable them to survey and examine the property, **and to make an estimate of the loss or damage**, and, after the insured has secured the property, **a further right of access and entry sufficient to enable them to make appraisal or particular estimate of the loss or damage** [...]

### **Replacement**

**13(1)** The insurer, instead of making payment, may repair, rebuild, or replace the property damaged or lost, giving written notice of its intention so to do within thirty days after receipt of the proofs of loss.

(2) In that event **the insurer shall commence to so repair, rebuild, or replace** the property within forty-five days after receipt of the proofs of loss, and shall thereafter proceed with all due diligence to the completion thereof. [Emphasis added.]

### **Entrée, contrôle, délaissement**

**10** Après qu'un bien assuré a subi une perte ou des dommages, **l'assureur doit immédiatement avoir pour ses agents accrédités un droit d'accès et d'entrée** suffisant pour permettre à ces derniers d'inspecter et d'examiner le bien **et de faire une estimation du sinistre**, et, après que l'assuré a mis le bien en sécurité, **un autre droit d'accès et d'entrée suffisant pour leur permettre de faire une évaluation ou une estimation détaillée du sinistre** [...]

### **Remplacement**

**13(1)** L'assureur, au lieu d'effectuer le paiement, peut réparer, reconstruire ou remplacer le bien sinistré en donnant un avis écrit de son intention de ce faire dans les trente jours de la réception des preuves du sinistre.

(2) Dans cette éventualité, **l'assureur doit commencer les réparations, la reconstruction ou le remplacement du bien** dans les quarante-cinq jours de la réception des preuves du sinistre, et doit par la suite faire diligence pour achever les travaux. [Gras ajouté.]

[31] With respect to SC 10, there is no question Royal was given access to Mrs. Caissie's property after the loss, via its accredited agent FOS, to enable the latter to survey the property and prepare its estimate of the loss or damage. The words "accredited agent" take on particular significance in this case because there is no question the appellant did not qualify as such and was never recognized as such by Royal. Indeed, the appellant, by its own admission, acknowledges it is not a party to a service agreement with any insurer and it does not take instructions from insurers. That position is what led it to believe, erroneously, that it could conduct repair work without Royal's input or approval and expect to be paid regardless of the amount it charged.

[32] Royal's contractual obligation to pay the cash value of the loss, or to conduct repairs, is governed by SC 13. It clearly states the "insurer" may repair. Obviously, insurers are not in the business of effecting repairs and always retain accredited contractors to do the work. In this case, that was FOS, not the appellant. The due diligence requirement of SC 13(2) to get the work done explains why Royal persisted in its efforts to get Mrs. Caissie to reply to its numerous attempts to contact her to discuss the scope of work and its estimated cost. That never happened because Mrs. Caissie was in breach of her implicit obligations to cooperate with Royal on that score. She, perhaps naively, assumed the work performed by the appellant would be covered by her policy without any need for Royal's approval. The fact the appellant was aware insurance coverage was in place but that it inexplicably believed it could proceed with the work and seek payment with impunity, without obtaining any approval from Royal, is frankly disturbing. It chose to believe it had carte blanche to do whatever work it elected to do, at whatever cost, and that Royal would be obligated to pay without any objection on its part. To suggest that position flies in the face of common business sense and is, of course, completely contrary to the indemnification obligations of an insurer is an understatement that does not require any further explanation.

[33] Because it acknowledges it had no privity of contract with Royal, the appellant claims entitlement to payment under s. 4(3.1) of the *Act*, alleging it is a member of a class entitled to benefit from the policy. On that score, I subscribe to the motion judge's analysis. It begins with a review of s. 4 of the *Act*, which reads as follows:

**Privity of contract**

**4(1)** Unless the contract provides otherwise, a person who is not a party to a contract but who is identified by or under the contract **as being intended to receive some performance** or forbearance under it may enforce that performance or forbearance by a claim for damages or otherwise.

**4(2)** In proceedings under subsection (1) against a party to a contract, any defence

**Connexité contractuelle**

**4(1)** Sauf stipulation contraire du contrat, une personne qui n'y est pas partie mais qui est identifiée par le contrat ou en vertu de celui-ci **comme devant bénéficier de quelque exécution** ou abstention en vertu du contrat peut faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation en dommages-intérêts ou autrement.

**4(2)** Dans les procédures prévues au paragraphe (1) contre une partie à un

may be raised that could have been raised in proceedings between the parties.

contrat, peut être soulevé tout moyen de défense qui aurait pu être soulevé dans les procédures entre les parties.

4(3) The parties to a contract to which subsection (1) applies may amend or terminate the contract at any time, but if by doing so, they cause loss to a person described in subsection (1) who has incurred expense or undertaken an obligation in the expectation that the contract would be performed, that person may recover the loss from any party to the contract who knew or ought to have known that the expenses would be or had been incurred or that the obligation would be or had been undertaken.

4(3) Les parties à un contrat auquel le paragraphe (1) s'applique peuvent modifier ou mettre fin au contrat en tout temps mais si, ce faisant, elles causent une perte à une personne décrite au paragraphe (1) qui a engagé des dépenses ou contracté une obligation dans l'expectative que le contrat serait exécuté, cette dernière peut recouvrer sa perte d'une partie quelconque au contrat qui savait ou aurait dû savoir que les dépenses seraient ou étaient engagées ou que l'obligation serait ou avait été contractée.

4(3.1) For the purposes of subsection (1), a person who is identified by or under a contract **as being intended to receive some performance** or forbearance under it includes

4(3.1) Aux fins d'application du paragraphe (1), une personne qui est identifiée par un contrat ou en vertu de celui-ci **comme devant bénéficier de quelque exécution** ou abstention en vertu du contrat comprend :

(a) a person who is intended to receive the performance or forbearance only in certain circumstances, if those circumstances occur, and

a) une personne qui ne doit bénéficier de l'exécution ou de l'abstention que dans certaines circonstances, si elles surviennent;

(b) a person who is not named in the contract but **is a member of a class of persons intended to receive the performance** or forbearance.

b) une personne qui n'est pas nommée dans le contrat, mais **qui appartient à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution** ou de l'abstention.

4(4) Repealed: 2013, c.6, s.1 [Emphasis added.]

4(4) Abrogé : 2013, ch. 6, art. 1 [Gras ajouté.]

[34]

Pursuant to s. 4(1), nothing in the policy identifies the appellant as a person intended to receive a benefit thereunder. In fact, as noted, only an “accredited agent” could claim such entitlement, and the appellant does not qualify for the reasons already stated. During oral argument, and notwithstanding it never pleaded them, the appellant invoked SCs 3 and 8 in support of its argument on this point. They provide as follows:

### **Change of Interest**

**3** The insurer shall be liable for loss or damage occurring after an authorized assignment under the *Bankruptcy Act* or change of title by succession, by operation of law, or by death.

### **Who may give notice and proof**

**8** Notice of loss may be given, and proof of loss may be made, by the agent of the insured named in the contract in case of absence or inability of the insured to give the notice or make the proof, and absence or inability being satisfactorily accounted for, or in the like case, or if the insured refuses to do so, by a person to whom any part of the insurance money is payable.

### **Changement d'intérêt**

**3** L'assureur est responsable des pertes ou dommages survenant après une cession autorisée par la *Loi sur la faillite* ou un transfert de titre par succession, par l'effet de la loi ou pour cause de décès.

### **Qui doit donner l'avis et établir la preuve du sinistre**

**8** L'avis de sinistre peut être donné et la preuve du sinistre établie par l'agent de l'assuré nommé au contrat dans le cas où l'assuré est absent ou incapable de donner l'avis ou d'établir la preuve du sinistre, et une telle absence ou incapacité étant justifiée de manière satisfaisante, ou dans un cas semblable, ou si l'assuré refuse de le faire, par une personne à laquelle une partie des sommes assurées est payable.

SC 3 clearly has no application. No assignment under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, nor any change in title is in play here. Similarly, SC 8 has no application because there is no evidence of any issue relating to the proof of loss. The appellant focuses on the last part of SC 8 to argue it is a person to whom part of the insurance money is payable. That provision is of no assistance to it because it is to be read together with s. 126(1) of the *Insurance Act*, which provides:

### **Loss payable to person other than insured**

**126(1)** Where the loss, if any, under a contract has, with the consent of the insurer, been made payable to a person other than the insured, the insurer shall not cancel or alter the policy to the prejudice of that person without notice to him.

### **Sinistre payable à une personne autre que l'assuré**

**126(1)** Lorsque le sinistre, s'il en est, couvert par un contrat a été rendu payable, avec le consentement de l'assureur, à une personne autre que l'assuré, l'assureur ne doit pas annuler ou modifier la police au préjudice de cette personne sans l'en aviser.

Clearly, in this case, Royal never consented to any payment to be made to the appellant as part of the policy. The argument is devoid of any merit.

[35] Section 4(2) of the *Act* is of interest only to the extent the appellant did not plead s. 4 in its Amended Statement of Claim and Royal did not have an opportunity to respond in its Statement of Defence. Regardless, the parties evidently proceeded to argue the applicability of the section before the judge as if it had been pleaded without objection. This was confirmed by counsel during oral argument before the Court.

[36] Section 4(3.1) has no application for the same reason s. 4(1) does not apply. There is no basis, in fact or in law, for the appellant to argue it is a person entitled to receive a benefit under the policy. On that score, the motion judge's analysis is correct at law.

[37] The appellant argues it is a member of a class of persons intended to receive some performance under the policy and it argues that performance is payment of its account in full by Royal. The argument is untenable at law for the reasons already stated and for the additional reasons set out in the motion judge's analysis, which I discuss below.

[38] In *Gay et al. v. Regional Health Authority 7 and Dr. Menon*, 2014 NBCA 10, 421 N.B.R. (2d) 1, the Court sought to determine whether a class proceeding could be certified. It had to see if the pleadings disclosed a valid cause of action as required by the *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125. In its analysis, the Court referenced s. 4 of the *Act* and wrote:

Dealing first with the hypothesis of a contractual relationship between the members of the proposed Class and the Regional Hospital, we are of the view it is at least arguable that the former, *qua* patients, were parties to a contract (deemed or implied) with the latter, which contract could be understood as featuring the terms specified in paragraphs 68-70 of the Amended Statement of Claim. After all, one readily assumes specimen(s) taken from the bodies of the members were entrusted to the Regional

Hospital on the understanding that they would be competently examined, assessed and reported on and that the pathology testing would be undertaken within a department and laboratory with suitable safeguards against systemic failures of the kind described in the Amended Statement of Claim. Moreover, the services provided by the Regional Hospital to the members of the proposed Class were not free of charge. Valuable consideration for those services flowed from Medicare to the Regional Hospital. That said, the analysis must go beyond the traditional approach to the formation of contracts.

Indeed, the jurisprudence on point may not reflect the current state of the law in this province. That is so because the law of privity of contract has been changed through s. 4 of the *Law Reform Act* [...]

The members of the proposed Class, *qua* patients, were arguably the intended beneficiaries of any contract for services, to which the Regional Hospital and Dr. Menon, as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and on-site pathologist, were parties. Tracking the wording of s. 4(3.1)(b), the members of the proposed Class, although not named in any such contract, might well be “member[s] of a class of persons intended to receive the performance” of some of the Regional Hospital’s obligations thereunder. Under s. 4(1), members of the proposed Class, as members of the class referenced in s. 4(3.1)(b) “may enforce that performance [...] by a claim for damages or otherwise” (emphasis added). For an acknowledgement of the applicability and effect of s. 4 of the *Law Reform Act* in other contractual contexts, see *Walsh v. Nicholls*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203, Drapeau C.J.N.B. for the Court, at para. 49, and *Beaulieu v. Day & Ross*, 2005 NBCA 25, 280 N.B.R. (2d) 201, Robertson J.A. for the Court, at para. 11. [Emphasis in original; paras. 78-80]

[39] The motion judge found the appellant was not a member of the class referenced in s. 4(3.1) of the *Act* as intended to benefit from the policy. His analysis, in part, was as follows:

Although it is at least arguable that, under section 4(3.1) of the *Law Reform Act*, a contract between a health authority and a doctor is implicitly to the benefit of the patients of the

health authority or that members [of] a class of persons that were known by the parties to be directly affected by the contract when it was negotiated might be considered persons identified by or under the contract as per section 4(3.1) of the *Law Reform Act*, it is not reasonable to conclude that the parties, in this matter, when they negotiated the contract of insurance, intended that contract to benefit **any renovation company** that could be retained by the insured to remedy an insured risk.

Contrary to the submission of the Plaintiff, home insurance companies do not undertake to repair. They undertake to indemnify the insured for damages flowing from certain risks, in amounts determined as per the policy. The contract cannot be said to provide benefits to renovation companies as a class. This is quite different from the purpose of the contract in the *Menon* matter. It also cannot reasonably be said that the parties, when they negotiated the insurance agreement, knew it directly impacted renovations companies.

There is therefore no privity of contract between the parties and section 4 of the *Law Reform Act* does not apply. [Emphasis added; paras. 33-34 and 36]

[40] I fully agree with the judge's analysis and adopt it as my own. I would add the following: to interpret s. 4(3.1) as the appellant suggests would result in a complete re-writing of the policy and consequent restructuring not only of the policy's framework, but of the law of indemnity generally. The appellant's argument, again, is without merit. I would dismiss this ground of appeal.

B. *Did the motion judge err in law by concluding that the doctrine of estoppel by convention did not apply to this case?*

[41] The judge then dealt with the argument based on estoppel by convention. His analysis was as follows:

The doctrine of estoppel by convention was outlined by the Supreme Court of Canada in *Ryan v. Moore*. Justice Bastarache formulated a three-part test:

(1) The parties' dealings must have been based on a shared assumption of fact or law: estoppel requires manifest representation by statement or conduct creating a mutual assumption. Nevertheless, estoppel can arise out of silence (impliedly).

(2) A party must have conducted itself, i.e. acted, in reliance on such shared assumption, its actions resulting in a change of its legal position.

(3) It must also be unjust or unfair to allow one of the parties to resile or depart from the common assumption. The party seeking to establish estoppel therefore has to prove that detriment will be suffered if the other party is allowed to resile from the assumption since there has been a change from the presumed position.

The Plaintiff submits that the parties operated under the share[d] assumption of law that the Plaintiff had a right of action against the Defendant for the non-payment of its invoice. The Plaintiff points to the 7-month dialogue between the parties, the failure of the Defendant to raise the issue of privity and the issuance of a cheque by the Defendant directly to the Plaintiff as evidence of this shared assumption.

The Plaintiff also submits that it changed its legal position in reliance on the share[d] assumption by choosing to commence an action against the Defendant instead of against Ms. Caissie.

Finally, it submits that it would be unfair to permit the Defendant to resile from the shared assumption as the Plaintiff would be left without recourse to obtain payment for its work.

The Defendant replies that it has never assumed that the Plaintiff could directly sue the Defendant. The Defendant had the obligation to indemnify Ms. Caissie. It wanted to avoid unnecessary litigation and therefore tried to settle the matter by paying the Plaintiff what, based on the evidence it had, was a reasonable amount for the work done.

I find that the doctrine does not apply.

In paragraph 50 of *Ryan v. Moore*, Justice Bastarache said that: Estoppels are to be received with caution and applied with care.

As the Ontario Court of Appeal said in *Grasshopper Solar Corporation v. Independent Electricity System Operator*, [[2020] ONCA 499, [2020] O.J. No. 3356 (QL)]:

[56] As Bastarache J. explained in *Moore*, estoppel by convention requires a “**manifest representation**” of a shared assumption, which may arise out of a statement or conduct but may also arise from silence. But **regardless of how an assumption arises, it must be clear and it must be shared**. There is no room for doubt about the nature of an assumption that gives rise to the estoppel. **The parties must be of “a like mind” at the material time**: *Moore*, at para. 61, **and this will not be so if the nature of the assumption is in doubt**. Thus, English authorities describe a requirement that the shared assumption be “unambiguous and unequivocal”: *G. H. Treitel, The Law of Contract*, 11th ed. (London UK: Sweet & Maxwell, 2003), at s. 3-094; see also *H.G. Beale, ed., Chitty on Contracts*, 31st ed. (London UK: Sweet & Maxwell, 2015) vol. 1, at 3-107. This requirement is reflected in the purpose of the doctrine. Estoppel exists to protect reasonable reliance: it must be reasonable to adopt a particular assumption and reasonable to act in reliance on it. See *N. Seddon, R. Bigwood, & M. Ellinghaus, Cheshire and Fifoot Law of Contract*, 10th Australian ed. (Chatswood, Australia: LexisNexis Australia, 2012) at s. 2.14.

Here, there was no shared assumption. The Defendant never assumed that the Plaintiff ha[d] a direct right of action against the Defendant. The Defendant knew that an action by the Plaintiff against Ms. Caissie was possible and that the Defendant would most probably be added to the action. It simply tried to avoid unnecessary litigation by paying what the evidence on hand showed what the work was worth. It never communicated, expressly or impliedly to the Plaintiff that it could sue the Defendant directly.

The Plaintiff did not conduct itself in reliance of any shared assumption. The evidence is clear that he never had the intention of suing Ms. Caissie.

The Plaintiff did not suffer any detriment. The limitation period was not over when the Defendant served its Statement of Defence pleading the lack of privity. As the Plaintiff clearly indicated in Mr. Doiron's affidavit and in his brief, he refuses to initiate lawsuits against his clients as this would be bad for business. [Emphasis added; paras. 37-47]

[42] Again, I agree with the judge's analysis and adopt it as my own. I would dismiss this ground of appeal.

C. *Did the motion judge err in law by relying on irrelevant and immaterial evidence to assess the appellant's right of action under s. 4 of the Act and the doctrine of estoppel by convention?*

[43] The appellant takes issue with the following statements contained in the judge's decision, at para. 35, to argue they are irrelevant, immaterial, or false with respect to the determination of grounds 1 and 2:

- Although the [appellant] knew it was an insured job
- The [appellant] did not contact [Royal]
- Charged an amount more than twice what another company had estimated
- Then refused to give details of the scope of his work
- Refused to disclose the invoices for the work he subcontracted.

[44] All these statements are supported by the evidence, and I detect no palpable and overriding error with respect to any of them. Indeed, they all arise from the appellant's affidavit in the court below. The judge's findings with respect to these statements are owed deference. I note, however, that none of the statements were required for the judge's disposition, nor are they required to determine grounds 1 and 2 of this

appeal. As a result, whether any of them formed all or part of the basis for the judge's analysis is of no consequence. I would dismiss this ground.

VII. Conclusion and Disposition

[45]                   The motion judge committed no reversible error in allowing the respondent's motion for summary judgment and dismissing the appellant's claim. I would dismiss the appeal with costs of \$3,000 payable to the respondent.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] L'intimée Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, (Royal) a assuré la résidence de Carmelle Caissie située à Cap-Pelé, au Nouveau-Brunswick. La résidence a subi des dégâts des eaux, risque couvert par le contrat d'assurance. Conformément au contrat d'assurance, Royal a mandaté First OnSite (FOS), entreprise d'évaluation et de restauration, pour enquêter sur le sinistre et établir une estimation des coûts de réparation. À l'insu de Royal, M<sup>me</sup> Caissie a retenu l'appelante dans le même but, mais ni elle ni l'appelante n'en a avisé Royal jusqu'à ce que les travaux de réparation effectués par l'appelante fussent quasi achevés, et ce, malgré les nombreuses tentatives de Royal de communiquer avec M<sup>me</sup> Caissie pour connaître ses intentions à l'égard des éventuelles réparations. L'estimation de l'appelante et les coûts de réparation qui suivirent étaient le double du montant de la proposition de FOS.

[2] Pour éviter un procès avec l'assurée, Royal a, de bonne foi, payé à l'appelante une somme qui lui semblait raisonnable sur la foi des données à sa disposition, mais qui était 31 920,23 \$ de moins que la somme réclamée par l'appelante. Celle-ci a poursuivi Royal en recouvrement de cette somme, soutenant qu'elle en avait le droit soit en tant que membre d'une catégorie de personnes devant bénéficier, aux termes du par. 4(3.1) de la *Loi sur la réforme du droit*, L.R.N.-B. 2011, ch. 184 (la *Loi*), du contrat d'assurance, soit en raison du fait que Royal était empêchée, par l'effet de la règle de la préclusion par convention, de refuser de payer.

[3] Royal a déposé une motion en jugement sommaire. L'affidavit principal présenté à l'appui de la motion était souscrit par Karinne Cameron, représentante en réclamations d'assurance chez Royal. Le juge saisi de la motion a accueilli la motion et rejeté la prétention de l'appelante. Il a conclu qu'il n'y avait aucune relativité contractuelle entre Royal et l'appelante et que l'art. 4 de la *Loi* ne s'appliquait pas à son

bénéfice. Il a aussi conclu que la règle de la préclusion par convention ne s'appliquait pas non plus en faveur de l'appelante. La 668339 NB Inc. interjette maintenant appel.

[4] Pour les motifs qui suivent, je souscris à la décision du juge saisi de la motion et suis d'avis de rejeter l'appel.

## II. Contexte factuel

[5] Le 13 mai 2019, la résidence de Carmelle Caissie a subi des dégâts des eaux, risque couvert par son contrat d'assurance habitation multirisque avec Unifund Assurance Co. Plus tard, Royal, ayant fait l'acquisition d'Unifund, a pris en charge les obligations d'Unifund découlant du contrat. Cela a été confirmé par les avocats à une étape préliminaire en réponse à une demande de clarification faite par notre Cour.

[6] Le 14 mai, Royal a été avisée du sinistre, sur quoi sa représentante, Karinne Cameron, s'est empressée d'envoyer un courriel à M<sup>me</sup> Caissie à l'adresse indiquée dans son dossier, expliquant le processus de réclamation. Le courriel fait état d'une réclamation présentée par M<sup>me</sup> Caissie, laquelle réclamation ne fait pas partie du dossier d'appel ni ne faisait partie du dossier dont disposait le juge saisi de la motion. Quoiqu'il en soit, le courriel avait pour but d'expliquer le processus de règlement des réclamations à M<sup>me</sup> Caissie. Elle a été informée qu'un représentant de Royal communiquerait avec elle afin d'établir une liste détaillée des réparations nécessaires pour rétablir les lieux à leur état d'avant le sinistre. Elle a aussi été informée qu'elle pouvait fournir la liste des réparations nécessaires à un entrepreneur de son choix, afin que celui-ci puisse établir sa propre évaluation des coûts de réparation. Cependant, si elle choisissait cette option, elle devait contacter Royal sans délai. Enfin, elle a été informée que Royal, sur réception de l'évaluation du sinistre, communiquerait avec elle pour discuter soit des options de réparation soit d'un règlement pécuniaire. M<sup>me</sup> Caissie n'a pas répondu à ce courriel.

[7] Ce même 14 mai, M<sup>me</sup> Cameron, selon son témoignage, a mandaté FOS pour se rendre chez M<sup>me</sup> Caissie afin de faire enquête sur le sinistre et d'établir une

estimation des coûts de réparation. FOS est une entreprise bien connue en restauration qui a beaucoup d'expérience en travaux de restauration effectués pour des compagnies d'assurance. La preuve confirme la présence de M<sup>me</sup> Caissie lors de la visite de FOS à son domicile. Elle était donc pleinement au courant de son mandat.

[8] Le lendemain, soit le 15 mai, M<sup>me</sup> Cameron a reçu la version initiale du rapport d'examen sur place de FOS exposant la cause du sinistre. Le rapport recommandait la constitution de réserves de 50 000 \$ pour les réparations structurales et de 5 000 \$ pour le remplacement de contenu. M<sup>me</sup> Cameron a alors demandé à FOS de fournir une estimation des réparations nécessaires consécutives au sinistre en entier. Le même jour, conformément au contrat d'assurance, elle a tenté de communiquer avec M<sup>me</sup> Caissie par téléphone afin de discuter de l'étendue des travaux, mais sans succès. Elle lui a laissé un message vocal lui demandant de la rappeler, mais M<sup>me</sup> Caissie ne l'a jamais rappelée.

[9] Le 12 juin 2019, M<sup>me</sup> Cameron a tenté de contacter M<sup>me</sup> Caissie par téléphone, mais encore en vain. Elle lui a encore laissé un message vocal lui demandant de la rappeler dès que possible. Manifestement, M<sup>me</sup> Cameron s'inquiétait de plus en plus, au fil du temps, du silence de M<sup>me</sup> Caissie. Plus tard le même jour, elle a envoyé un autre courriel demandant à M<sup>me</sup> Caissie si elle voulait aller de l'avant avec soit FOS soit un entrepreneur de son choix. Encore une fois, elle n'a obtenu aucune réponse.

[10] Le 24 juin 2019, FOS a remis une estimation des réparations pour 51 709,09 \$. Ce même jour, M<sup>me</sup> Cameron a tenté en vain encore une fois de contacter M<sup>me</sup> Caissie par téléphone afin de discuter de tout cela. D'autres tentatives des 15 et 30 juillet 2019 ont aussi échoué. M<sup>me</sup> Cameron a laissé des messages vocaux demandant que M<sup>me</sup> Caissie la rappelle, mais sans succès. Le 15 juillet, M<sup>me</sup> Cameron a envoyé un courriel à M<sup>me</sup> Caissie lui demandant si elle désirait maintenir sa réclamation et, le cas échéant, si elle avait choisi un entrepreneur pour les travaux de réparation. Je rappelle qu'il est évident que Royal n'était pas au courant de la participation de l'appelante.

- [11] Je marque une pause pour signaler que l'avocat de l'appelante, au cours du débat, a critiqué les méthodes employées par FOS pour évaluer le sinistre et a qualifié son estimation d'[TRADUCTION] « irréaliste ». Il n'avait aucune preuve de ce qu'il avançait et sa position est donc manifestement sans fondement.
- [12] Considérant le manque de réponse et de coopération de la part de M<sup>me</sup> Caissie, M<sup>me</sup> Cameron lui a, le 6 septembre 2019, envoyé une lettre confirmant ses multiples tentatives de la joindre par téléphone sans succès. M<sup>me</sup> Cameron l'a avisée que, si elle désirait maintenir sa réclamation, elle devait confirmer ses intentions dans les 30 jours qui suivraient, sinon, son dossier serait fermé comme si la réclamation avait été retirée.
- [13] Le 13 septembre 2019, M<sup>me</sup> Caissie a enfin appelé M<sup>me</sup> Cameron, s'excusant de ne pas avoir répondu plus tôt à ses appels. L'explication qu'elle a donnée était qu'elle était allée rester chez son fils, qu'elle avait mis son téléphone en [TRADUCTION] « entrepôt » et qu'elle avait négligé de consulter ses messages téléphoniques et courriels. Elle a avisé M<sup>me</sup> Cameron que l'appelante s'occupait des réparations, qui étaient presque terminées. C'était la première fois que M<sup>me</sup> Cameron entendait parler de la participation de l'appelante. Elle a demandé à M<sup>me</sup> Caissie de demander à l'appelante de fournir son estimation des coûts de réparation et sa version de l'étendue des travaux. M<sup>me</sup> Cameron a affirmé dans son affidavit que Royal n'avait conclu aucun contrat avec l'appelante et n'avait jamais accepté sa version de l'étendue des travaux.
- [14] Le 26 septembre 2019, Royal a reçu une facture de l'appelante de l'ordre de 116 805,71 \$, laquelle ne contenait ni ventilation ni renseignements sur l'étendue des travaux. Le montant était plus du double de celui de l'estimation de FOS.
- [15] Le même jour, l'appelante a été invitée à revoir et à modifier sa facture en fonction de coûts plus raisonnables par rapport à l'étendue des travaux qu'elle avait exécutés. Pour montrer sa bonne foi, Royal a payé à l'appelante 49 709,09 \$ envers les coûts de réparation. Royal a eu d'autres échanges avec l'appelante, sans engager

davantage sa responsabilité envers elle. Le but de Royal était uniquement d'arriver à un règlement définitif en évitant la voie judiciaire.

[16] Le 4 décembre 2019, Royal a reçu une facture révisée de l'appelante, sans toutefois que l'étendue des travaux fût exposée en plus de détails. La facture révisée était de 112 784,01 \$, sans détails ni document à l'appui. Ce même jour, Remi Doiron, un administrateur de l'appelante, a envoyé un courriel à un mandataire retenu par Royal pour l'aviser que son entreprise ne fournissait pas de factures, celles-ci étant des [TRADUCTION] « documents internes de l'entreprise ». Il a ajouté qu'il n'allait pas remettre d'estimation. Tout cela, bien entendu, est entièrement contraire aux normes de l'industrie en matière de résolution des réclamations d'assurance.

[17] De nouveau, par souci de probité envers l'appelante, M<sup>me</sup> Cameron a invité FOS à revoir son estimation initiale et à y ajouter tout montant raisonnable lié aux travaux de réfection et à la valeur du contenu de remplacement. Le 24 janvier 2020, elle a obtenu de FOS son estimation révisée de 61 675,54 \$. Royal a alors versé à l'appelante la somme additionnelle de 31 154,71 \$, pour un paiement total de 80 863,80 \$, soit 20 000 \$ de plus que l'estimation révisée de FOS. Royal a refusé de faire quelque autre paiement pour diverses raisons, notamment le fait que certains montants des réclamations de l'appelante étaient passablement plus élevés que ceux de l'estimation de FOS, sans qu'aucune justification ne soit donnée. De plus, le refus de l'appelante de fournir les renseignements habituellement fournis aux assureurs suivant les normes de l'industrie militait contre l'octroi de quelque autre paiement. L'étendue de ses travaux n'avait pas reçu l'approbation de Royal, contrairement aux clauses du contrat d'assurance, et, faut-il le rappeler, Royal n'avait pas conclu de contrat avec l'appelante. L'argument mis de l'avant par les avocats de l'appelante selon lequel un assureur expérimenté comme Royal n'aurait pas été en mesure de comprendre le concept de la relativité contractuelle est si insensé qu'il ne mérite pas qu'on en parle davantage.

[18] Enfin, M. Doiron a admis dans l'affidavit qu'il a déposé pour le compte de l'appelante en première instance que, à sa connaissance, son entreprise était la seule entreprise de restauration en cas de dommages au Canada qui n'avait pas d'accords de

restauration avec des compagnies d'assurance ni de mandats de restauration de leur part. Il y a aussi affirmé expressément que son entreprise n'acceptait pas d'instructions de la part d'assureurs et que la totalité de ses mandats provenait de particuliers. L'entreprise avait pour politique de ne jamais intenter de poursuites à ses clients en recouvrement de créances, étant donné que [TRADUCTION] « cela nuirait à l'achalandage ». Comme nous le verrons plus loin, non seulement ces déclarations n'ont pas servi la cause de l'appelante, elles ont plutôt fourni des preuves convaincantes contre elle.

### III. Décision du juge

[19] Le juge a fait remarquer que, même si les parties étaient d'accord pour dire qu'il n'y avait aucune relativité contractuelle entre l'appelante et l'intimée, l'appelante a soutenu qu'elle pouvait faire exécuter le contrat entre M<sup>me</sup> Caissie et Royal en raison du fait qu'elle appartenait à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution du contrat. Elle a invoqué les dispositions de l'art. 4 de la *Loi*, mais le juge a conclu que cette disposition ne s'appliquait pas en l'espèce. Il a statué que l'appelante n'appartenait pas à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution du contrat d'assurance. Sur ce point, son raisonnement était qu'il n'était pas raisonnable de conclure que les parties voulaient que **n'importe quelle** entreprise de rénovation à qui l'assurée confie des travaux de rénovation puisse bénéficier de l'exécution du contrat d'assurance, même à l'insu et sans l'approbation de l'assureur. La raison pour cela était que les assureurs ne s'engagent pas à faire des réparations. Leur engagement, aux termes du contrat d'assurance, est plutôt d'indemniser l'assuré; on ne saurait faire dire au contrat d'assurance qu'il accorde aux entreprises de rénovation le droit à des bénéfices comme catégorie de personnes. Comme je l'explique plus amplement ci-dessous, les assureurs qui choisissent d'indemniser les assurés en mandatant des entreprises de rénovation pour effectuer des réparations, au lieu de remettre un chèque pour la valeur véritable du sinistre, le font parce qu'ils contrôlent ainsi le processus de rénovation et paient les entreprises de rénovation en vertu d'accords conclus en fonction de la valeur de leur travail.

[20] De plus, le juge a conclu que, même si elle savait que la personne avec qui elle avait passé un contrat, M<sup>me</sup> Caissie, était couverte par le contrat d'assurance, l'appelante a non seulement choisi de ne pas communiquer avec Royal afin de faire approuver sa version de l'étendue des travaux et son estimation des coûts de réparation, conformément au contrat d'assurance, mais elle a ensuite refusé, à la demande de Royal, de fournir des détails.

[21] Sur la question de la préclusion par convention, le juge, citant l'arrêt de principe de la Cour suprême dans *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, a statué que la règle ne s'appliquait pas, car l'appelante ne remplissait pas les critères établis dans l'arrêt *Ryan*. Il a conclu qu'il n'y avait aucune présupposition de droit commune selon laquelle l'appelante aurait le droit de poursuivre Royal. De plus, il a statué que l'appelante n'avait jamais agi sur la foi d'une telle présupposition.

[22] En fin de compte, le juge a conclu à l'absence d'une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès et a accueilli la motion de Royal visant l'obtention d'un jugement sommaire, rejetant ainsi l'action de l'appelante.

#### IV. Moyens d'appel

[23] L'appelante invoque trois moyens d'appel, affirmant que le juge saisi de la motion a commis des erreurs de droit :

- A. en concluant que l'art. 4 de la *Loi* ne s'appliquait pas à l'appelante et que, en conséquence, cette dernière ne pouvait pas faire exécuter le contrat en question;
- B. en concluant que la règle de la préclusion par convention ne s'appliquait pas à l'espèce;

C. en se fondant sur des preuves non pertinentes et sans importance pour juger du droit de l'appelante de poursuivre en vertu de l'art. 4 de la *Loi* et de la règle de la préclusion par convention.

V. Normes de contrôle

[24] Les deux premiers moyens d'appel soulèvent des questions de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[25] Le troisième moyen d'appel soulève une question mixte de fait et de droit, laquelle est susceptible de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins qu'une question de droit isolable soit cernée, auquel cas c'est la norme de la décision correcte qui s'applique. Toute conclusion de fait tirée par le juge à cet égard commande la déférence, sauf erreur importante : *Young c. Moncton (City)*, 2002 NBCA 26, 248 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 360, par. 21.

[26] La norme de contrôle générale dans le cadre d'un appel d'un jugement sommaire est axée sur l'exercice par le juge saisi de la motion du pouvoir discrétionnaire que prévoit la règle 22 des *Règles de procédure*, et la question de savoir s'il y a une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès est une question mixte de fait et de droit. L'analyse du juge, par conséquent, commande la déférence. Sauf dans le cas d'une erreur isolable de principe, les conclusions mixtes de fait et de droit ne doivent pas être infirmées, sauf erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36.

[27] De plus, lorsque la question en litige dans le cadre d'une motion en jugement sommaire a trait à une question de droit, la règle 22.04(5) confère expressément au juge le pouvoir discrétionnaire de la trancher, puis de rendre jugement en conséquence : *Babin c. C.J.M. Dieppe Investments Ltd. et TG 378 Gauvin Ltd. et Sood*, 2019 NBCA 44, [2019] A.N.-B. n° 144 (QL), par. 36. Comme nous le verrons, c'est ce qu'a fait le juge saisi de la motion à l'égard des deux premiers moyens d'appel et, dans son analyse, il n'a commis aucune erreur qui puisse justifier l'infirmité de sa décision.

Concernant le troisième moyen, il n'a commis aucune erreur manifeste et dominante, ainsi que je l'explique ci-dessous. En conséquence, il est inutile d'analyser plus à fond sa décision relativement à cette norme de contrôle.

VI. Analyse

A. *Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'art. 4 de la Loi ne s'appliquait pas à l'appelante et que, en conséquence, cette dernière ne pouvait pas faire exécuter le contrat en question?*

[28] Le contrat d'assurance est conçu pour que l'assuré soit indemnisé d'un sinistre couvert. Le principe de l'indemnisation commande que le paiement se limite au montant évalué du sinistre.

[29] L'assurance ne saurait être une source de profit. C'est pourquoi les assureurs se réservent le droit de contrôler le montant du sinistre. L'assureur doit conserver le pouvoir de surveiller et d'évaluer le progrès des réparations : *Marsden c. Desjardins Home Insurance*, 2023 ONSC 112, [2023] O.J. No. 18 (QL). À défaut d'un accord à cet égard, la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, prévoit un processus d'estimation qui doit être suivi avant que l'assureur puisse être poursuivi. On en trouve l'énoncé à la condition légale 11 du par. 127(1) de la *Loi sur les assurances*.

[30] Tout contrat d'assurance habitation inclut expressément ou implicitement les conditions légales énoncées au par. 127(1) de la *Loi sur les assurances*. Pour les besoins du présent appel, les conditions légales qui s'appliquent à la demande de l'appelante sont les conditions 10 et 13, dont voici les extraits pertinents :

**Entry, Control, Abandonment**

**10** After any loss or damage to insured property, **the insurer shall have an immediate right of access and entry by accredited agents** sufficient to enable them to survey and examine the property,

**Entrée, contrôle, délaissement**

**10** Après qu'un bien assuré a subi une perte ou des dommages, **l'assureur doit immédiatement avoir pour ses agents accrédités un droit d'accès et d'entrée** suffisant pour permettre à ces derniers

**and to make an estimate of the loss or damage**, and, after the insured has secured the property, **a further right of access and entry sufficient to enable them to make appraisal or particular estimate of the loss or damage** [...]

### **Replacement**

**13(1) The insurer, instead of making payment, may repair, rebuild, or replace the property damaged or lost**, giving written notice of its intention so to do within thirty days after receipt of the proofs of loss.

(2) In that event **the insurer shall commence to so repair, rebuild, or replace** the property within forty-five days after receipt of the proofs of loss, and shall thereafter proceed with all due diligence to the completion thereof. [Emphasis added.]

d'inspecter et d'examiner le bien **et de faire une estimation du sinistre**, et, après que l'assuré a mis le bien en sécurité, **un autre droit d'accès et d'entrée suffisant pour leur permettre de faire une évaluation ou une estimation détaillée du sinistre** [...]

### **Remplacement**

**13(1) L'assureur, au lieu d'effectuer le paiement, peut réparer, reconstruire ou remplacer le bien sinistré** en donnant un avis écrit de son intention de ce faire dans les trente jours de la réception des preuves du sinistre.

(2) Dans cette éventualité, **l'assureur doit commencer les réparations, la reconstruction ou le remplacement du bien** dans les quarante-cinq jours de la réception des preuves du sinistre, et doit par la suite faire diligence pour achever les travaux. [Gras ajouté.]

[31] En ce qui concerne la condition légale 10, il est admis que Royal a eu accès à la propriété de M<sup>me</sup> Caissie à la suite du sinistre, par l'intermédiaire de son agent accrédité FOS, pour permettre à ce dernier d'inspecter le bien et de préparer son estimation du sinistre. Le terme « agent accrédité » est particulièrement important en l'espèce, car il est évident que l'appelante n'avait pas cette qualité et n'a jamais été reconnue à ce titre par Royal. D'ailleurs, l'appelante avoue elle-même ne pas être partie à une entente de prestation de services avec aucun assureur et ne pas accepter d'instructions de la part d'assureurs. C'est cette position qui l'a amenée à croire, faussement, qu'elle pouvait effectuer des travaux de réparation sans le concours ou l'approbation de Royal et s'attendre à être payée, peu importe le montant de sa facture.

[32] L'obligation contractuelle de Royal de payer la valeur au comptant du sinistre ou d'effectuer les réparations est régie par la condition légale 13, qui précise clairement que l'« assureur » peut choisir de réparer. Naturellement, les assureurs ne sont pas des entreprises de réparation et confient toujours ces travaux à des entrepreneurs

reconnus dans ce domaine. En l'espèce, l'entrepreneur choisi était FOS, et non l'appelante. Le devoir de diligence énoncé à la condition légale 13(2) à l'égard de la réalisation des travaux explique pourquoi Royal a persisté dans ses efforts pour obtenir de M<sup>me</sup> Caissie qu'elle réponde à ses nombreuses tentatives de la contacter pour discuter de l'étendue des travaux et de leur coût estimatif. Cela ne s'est jamais concrétisé du fait que M<sup>me</sup> Caissie a manqué à ses obligations implicites de coopérer avec Royal à cet égard. Elle a présumé, naïvement peut-être, que les travaux exécutés par l'appelante seraient couverts par son contrat d'assurance, sans avoir besoin de l'approbation de Royal. Le fait que l'appelante, qui était au courant de la couverture d'assurance, croyait inexplicablement qu'elle pouvait procéder aux travaux et facturer impunément, sans l'approbation préalable de Royal, est franchement troublant. Elle a choisi de croire qu'elle avait carte blanche pour effectuer tous les travaux de son choix à n'importe quel prix et que Royal serait obligée de payer sans pouvoir soulever d'objection. Que pareille thèse défie le sens commun commercial et, naturellement, soit complètement contraire aux obligations indemnitaires de l'assureur est le moins qu'on puisse dire et ne mérite aucune autre explication.

[33] Reconnaissant n'avoir aucune relativité contractuelle avec Royal, l'appelante soutient néanmoins qu'elle a droit au paiement en vertu du par. 4(3.1) de la *Loi* en tant que membre d'une catégorie de personnes devant bénéficier du contrat d'assurance. À cet égard, je souscris à l'analyse du juge saisi de la motion. Cette analyse commence par l'examen de l'art. 4 de la *Loi*, dont voici le libellé :

#### **Privity of contract**

**4(1)** Unless the contract provides otherwise, a person who is not a party to a contract but who is identified by or under the contract **as being intended to receive some performance** or forbearance under it may enforce that performance or forbearance by a claim for damages or otherwise.

**4(2)** In proceedings under subsection (1) against a party to a contract, any defence

#### **Connexité contractuelle**

**4(1)** Sauf stipulation contraire du contrat, une personne qui n'y est pas partie mais qui est identifiée par le contrat ou en vertu de celui-ci **comme devant bénéficier de quelque exécution** ou abstention en vertu du contrat peut faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation en dommages-intérêts ou autrement.

**4(2)** Dans les procédures prévues au paragraphe (1) contre une partie à un

may be raised that could have been raised in proceedings between the parties.

contrat, peut être soulevé tout moyen de défense qui aurait pu être soulevé dans les procédures entre les parties.

4(3) The parties to a contract to which subsection (1) applies may amend or terminate the contract at any time, but if by doing so, they cause loss to a person described in subsection (1) who has incurred expense or undertaken an obligation in the expectation that the contract would be performed, that person may recover the loss from any party to the contract who knew or ought to have known that the expenses would be or had been incurred or that the obligation would be or had been undertaken.

4(3) Les parties à un contrat auquel le paragraphe (1) s'applique peuvent modifier ou mettre fin au contrat en tout temps mais si, ce faisant, elles causent une perte à une personne décrite au paragraphe (1) qui a engagé des dépenses ou contracté une obligation dans l'expectative que le contrat serait exécuté, cette dernière peut recouvrer sa perte d'une partie quelconque au contrat qui savait ou aurait dû savoir que les dépenses seraient ou étaient engagées ou que l'obligation serait ou avait été contractée.

4(3.1) For the purposes of subsection (1), a person who is identified by or under a contract **as being intended to receive some performance** or forbearance under it includes

4(3.1) Aux fins d'application du paragraphe (1), une personne qui est identifiée par un contrat ou en vertu de celui-ci **comme devant bénéficier de quelque exécution** ou abstention en vertu du contrat comprend :

(a) a person who is intended to receive the performance or forbearance only in certain circumstances, if those circumstances occur, and

a) une personne qui ne doit bénéficier de l'exécution ou de l'abstention que dans certaines circonstances, si elles surviennent;

(b) a person who is not named in the contract but **is a member of a class of persons intended to receive the performance** or forbearance.

b) une personne qui n'est pas nommée dans le contrat, mais **qui appartient à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution** ou de l'abstention.

4(4) Repealed: 2013, c.6, s.1 [Emphasis added.]

4(4) Abrogé : 2013, ch. 6, art. 1 [Gras ajouté.]

[34]

En ce qui concerne le par. 4(1), l'appelante n'est nullement identifiée dans la police comme devant bénéficier du contrat. Au contraire, comme je l'ai fait remarquer, seul un « agent accrédité » pouvait revendiquer ce droit, et l'appelante n'a pas, pour les raisons précitées, cette qualité. Pendant le débat, l'appelante, bien qu'elle n'en eût jamais fait mention dans sa plaidoirie écrite, a invoqué les conditions légales 3 et 8 à l'appui de ses propos à cet égard. En voici le libellé :

### **Change of Interest**

**3** The insurer shall be liable for loss or damage occurring after an authorized assignment under the *Bankruptcy Act* or change of title by succession, by operation of law, or by death.

### **Changement d'intérêt**

**3** L'assureur est responsable des pertes ou dommages survenant après une cession autorisée par la *Loi sur la faillite* ou un transfert de titre par succession, par l'effet de la loi ou pour cause de décès.

### **Who may give notice and proof**

**8** Notice of loss may be given, and proof of loss may be made, by the agent of the insured named in the contract in case of absence or inability of the insured to give the notice or make the proof, and absence or inability being satisfactorily accounted for, or in the like case, or if the insured refuses to do so, by a person to whom any part of the insurance money is payable.

### **Qui doit donner l'avis et établir la preuve du sinistre**

**8** L'avis de sinistre peut être donné et la preuve du sinistre établie par l'agent de l'assuré nommé au contrat dans le cas où l'assuré est absent ou incapable de donner l'avis ou d'établir la preuve du sinistre, et une telle absence ou incapacité étant justifiée de manière satisfaisante, ou dans un cas semblable, ou si l'assuré refuse de le faire, par une personne à laquelle une partie des sommes assurées est payable.

Il est clair que la condition légale 3 ne s'applique pas. Aucune cession faite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, ni aucun transfert de titre n'est en jeu en l'espèce. De même, la condition légale 8 ne s'applique guère, car rien ne permet d'affirmer que la preuve du sinistre soit en cause. L'appelante mise sur la dernière partie de la condition légale 8 pour soutenir qu'elle est une personne à laquelle une partie des sommes assurées est payable. Or, cette disposition ne lui est d'aucune utilité, car elle se rapporte au par. 126(1) de la *Loi sur les assurances*, qui est ainsi libellée :

### **Loss payable to person other than insured**

**126(1)** Where the loss, if any, under a contract has, with the consent of the insurer, been made payable to a person other than the insured, the insurer shall not cancel or alter the policy to the prejudice of that person without notice to him.

### **Sinistre payable à une personne autre que l'assuré**

**126(1)** Lorsque le sinistre, s'il en est, couvert par un contrat a été rendu payable, avec le consentement de l'assureur, à une personne autre que l'assuré, l'assureur ne doit pas annuler ou modifier la police au préjudice de cette personne sans l'en aviser.

Il est évident, en l'espèce, que Royal n'a jamais consenti à ce qu'un paiement soit destiné à l'appelante dans le cadre de la police. L'argument est sans fondement.

[35] Le paragraphe 4(2) de la *Loi* ne présente de l'intérêt que dans la mesure où l'appelante n'a pas plaidé l'art. 4 dans son exposé de la demande modifiée et où Royal n'a donc pas eu l'occasion de répondre à un tel argument dans son exposé de la défense. Néanmoins, les parties ont manifestement débattu l'applicabilité de la disposition devant le juge, comme si elle avait été plaidée sans objection. Cela a été confirmé par les avocats au cours du débat devant notre Cour.

[36] Le paragraphe 4(3.1) ne s'applique pas, et ce, pour les mêmes raisons que le par. 4(1) ne s'applique pas. L'argument de l'appelante voulant qu'elle soit une personne devant bénéficier d'un contrat d'assurance ne repose sur aucun fait ni sur aucune règle de droit. À cet égard, l'analyse du juge saisi de la motion est fondée en droit.

[37] L'appelante soutient qu'elle appartient à une catégorie de personnes devant bénéficier de quelque exécution en vertu du contrat d'assurance et que l'exécution consiste dans le paiement entier de son compte par Royal. L'argument est insoutenable en droit pour les raisons indiquées ci-dessus ainsi que pour les raisons additionnelles, que j'aborde plus loin, exposées dans l'analyse du juge saisi de la motion.

[38] Dans *Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et D' Menon*, 2014 NBCA 10, 421 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, notre Cour était appelée à déterminer s'il y avait lieu de certifier une instance à titre de recours collectif. Elle devait décider si les plaidoiries révélaient une cause d'action valable, conformément à la *Loi sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125. Dans son analyse, la Cour a renvoyé à l'art. 4 de la *Loi* :

S'agissant, en premier lieu, de l'hypothèse voulant qu'il existe un rapport contractuel entre les membres du groupe proposé et l'Hôpital régional, nous sommes d'avis qu'il est à tout le moins permis de soutenir que les premiers, à titre de patients, étaient parties à un contrat (réputé ou implicite) avec ce dernier, contrat dont on serait fondé à penser qu'il

comprend les conditions précisées aux paragraphes 68 à 70 de l'exposé de la demande modifié. Après tout, on tient d'emblée pour acquis que lorsque les échantillons prélevés sur les corps des membres du groupe ont été confiés à l'Hôpital régional, il était entendu qu'ils seraient examinés, interprétés et feraient l'objet d'un rapport d'une façon compétente et que les analyses pathologiques seraient effectuées au sein d'un service et d'un laboratoire dotés de mesures de protection satisfaisantes contre les défaillances systémiques du genre de celles qui sont décrites dans l'exposé de la demande modifié. De plus, les services que l'Hôpital régional a fournis aux membres du groupe proposé n'étaient pas gratuits. L'Hôpital régional a touché, pour ces services, une contrepartie à titre onéreux provenant du régime d'assurance-maladie. Cela dit, l'analyse doit aller au-delà de la démarche traditionnelle en matière de formation des contrats.

D'ailleurs, il se peut que la jurisprudence pertinente ne reflète pas l'état actuel du droit dans notre province. Il en est ainsi parce que l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit* est venu modifier les règles de droit ressortissant à la relativité, ou connexité, contractuelle [...]

On pourrait soutenir que les membres du groupe proposé, en leur qualité de patients, étaient les personnes devant bénéficier de tout contrat d'entreprise auquel l'Hôpital régional et le D<sup>r</sup> Menon, à titre de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique et de pathologiste en poste à l'hôpital, étaient parties. Pour reprendre le libellé de l'al. 4(3.1)b), les membres du groupe proposé, bien qu'ils ne soient pas nommés dans le contrat, pourraient fort bien « [appartenir] à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution » de certaines des obligations de l'Hôpital régional en vertu de ce contrat. Aux termes du paragraphe 4(1), les membres du groupe proposé, parce qu'ils appartiennent à la catégorie de personnes dont il est question à l'al. 4(3.1)b) « [peuvent] faire exécuter le contrat [...] par une réclamation en dommages-intérêts ou autrement » (c'est nous qui soulignons). Pour une confirmation de l'applicabilité et de l'incidence de l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit* dans d'autres contextes d'ordre contractuel, voir les arrêts *Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 203, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, qui rendait décision au nom de la Cour, au par. 49, et *Day & Ross Inc. c. Beaulieu*, 2005 NBCA 25,

280 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201, le juge d'appel Robertson, qui rendait décision au nom de la Cour, au par. 11. [Soulignement dans l'original; par. 78 à 80]

[39] Le juge saisi de la motion a conclu que l'appelante n'appartenait pas à une catégorie, mentionnée au par. 4(3.1) de la *Loi*, de personnes devant bénéficier du contrat d'assurance. Voici un extrait de son analyse :

[TRADUCTION]

Bien qu'il soit à tout le moins permis de soutenir que, sur le fondement du paragraphe 4(3.1) de la *Loi sur la réforme du droit*, un contrat entre une régie de la santé et un médecin est établi implicitement au bénéfice des patients de la régie, ou encore de soutenir que des personnes appartenant à une catégorie que les parties savaient être directement touchée par le contrat qu'elles négociaient pourraient être considérées comme des personnes qui sont identifiées par le contrat ou en vertu de celui-ci, aux termes du paragraphe 4(3.1) de la *Loi sur la réforme du droit*, il n'est pas raisonnable de conclure que les parties en l'espèce, lors de la négociation du contrat d'assurance, ont convenu qu'il devait bénéficier à toute **entreprise de restauration** que l'assurée pourrait engager aux fins de remise en état du bien après un sinistre assuré.

Contrairement à ce qu'affirme la demanderesse, l'assureur habitation ne s'engage pas à réparer. Il s'engage à indemniser l'assuré des dommages qui découlent de certains risques, à hauteur de montants établis conformément à la police. On ne peut pas affirmer que le contrat d'assurance bénéficie aux entreprises de restauration en tant que catégorie. L'objet du contrat de l'affaire *Menon* était tout autre. On ne peut pas affirmer raisonnablement non plus que les parties, lors de la négociation de la convention d'assurance, savaient que les entreprises de restauration étaient directement touchées.

Il n'existe donc pas de relativité contractuelle entre les parties et l'article 4 de la *Loi sur la réforme du droit* ne s'applique pas. [Gras ajouté; par. 33, 34 et 36]

[40] Je souscris entièrement à l'analyse du juge et la fais mienne. J'ajouterais ceci : on ne saurait interpréter le par. 4(3.1) dans le sens que propose l'appelante sans une réécriture complète de la police et, partant, un réaménagement non seulement du cadre de

la police, mais même, plus généralement, du droit de l'indemnisation. L'argument de l'appelante, je le répète, est sans fondement. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la règle de la préclusion par convention ne s'appliquait pas à l'espèce?*

[41] Le juge s'est ensuite penché sur l'argument fondé sur la préclusion par convention. Voici son analyse :

[TRADUCTION]

La Cour suprême du Canada a présenté la règle de la préclusion par convention dans *Ryan c. Moore*. Le juge Bastarache y a énoncé un critère en trois volets :

(1) Les rapports des parties doivent avoir reposé sur une présupposition de fait ou de droit commune : la préclusion exige qu'une assertion manifeste émanant d'une déclaration ou d'une conduite ait créé une présupposition commune. La préclusion peut néanmoins résulter (implicitement) d'un silence.

(2) Une partie doit avoir agi sur la foi de cette présupposition commune, et ses actes doivent avoir entraîné une modification de sa situation juridique.

(3) Il doit également être injuste ou inéquitable de permettre à l'une des parties de revenir sur la présupposition commune ou de s'en écarter. La partie qui cherche à établir la préclusion doit donc démontrer que, s'il est permis à l'autre partie de revenir sur la présupposition, elle subira un préjudice en raison du changement de la situation présumée.

Au dire de la demanderesse, une présupposition de droit commune était admise de part et d'autre : elle avait un droit d'action contre la défenderesse pour défaut de paiement de ses factures. Pour preuve de cette présupposition commune, elle invoque les sept mois de dialogue des parties, le mutisme de la défenderesse sur la question de la relativité contractuelle et le chèque que celle-ci lui a fait directement.

La demanderesse fait aussi valoir que, sur la foi de cette présupposition commune, elle a choisi de poursuivre la défenderesse et non M<sup>me</sup> Caissie, choix qui a modifié sa situation juridique.

Il est avancé enfin qu'il serait inéquitable d'autoriser la défenderesse à revenir sur la présupposition commune, étant donné qu'aucun recours ne s'offrirait alors à la demanderesse pour obtenir paiement pour le travail qu'elle a effectué.

La défenderesse répond qu'elle ne présupposait pas que la demanderesse pouvait la poursuivre directement. L'obligation lui incombait d'indemniser M<sup>me</sup> Caissie. Elle souhaitait éviter tout litige inutile et, de ce fait, a tenté de régler l'affaire à l'amiable en payant à la demanderesse ce qui constituait, compte tenu de la preuve dont elle disposait, un prix raisonnable pour le travail accompli.

Je conclus que la règle de la préclusion par convention ne s'applique pas.

Au paragraphe 50 de *Ryan c. Moore*, le juge Bastarache a fait observer que « les préclusions doivent être admises avec prudence et appliquées avec soin ».

Voici un extrait de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Grasshopper Solar Corporation c. Independent Electricity System Operator*, [[2020] ONCA 499, [2020] O.J. No. 3356 (QL)] :

[TRADUCTION]

[56] Comme le juge Bastarache l'a expliqué dans *Moore*, la préclusion par convention demande l'« **assertion manifeste** » d'une présupposition commune, qui peut émaner d'une déclaration ou d'une conduite, mais aussi résulter d'un silence. Cependant **une présupposition, quelle qu'en soit la source, doit être claire et doit être commune**. La nature de la présupposition donnant lieu à la préclusion ne doit laisser aucune place au doute. **Les parties doivent être « sur la même longueur d'onde » au moment pertinent** (*Moore*, par. 61), **ce qui ne sera pas le cas si la nature de la présupposition suscite des doutes**. Ainsi, les textes anglais parlent de l'exigence d'une présupposition commune qui soit [TRADUCTION] « non ambiguë et non équivoque » : Treitel, G.H.,

*The Law of Contract*, 11<sup>e</sup> éd. (Londres, R.-U., Sweet & Maxwell, 2003), 3–094; voir aussi Beale, H.G., dir., *Chitty on Contracts*, 31<sup>e</sup> éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2015) vol. 1, 3–107. Cette exigence trouve un écho dans l’objet de la règle. La préclusion vise à protéger les actes de confiance raisonnables : il doit être raisonnable d’adopter une présupposition donnée et raisonnable d’agir sur la foi de cette présupposition. Voir Seddon, N., R. Bigwood et M. Ellinghaus, *Cheshire and Fifoot Law of Contract*, 10<sup>e</sup> éd. australienne (Chatswood (Australie), LexisNexis Australia, 2012) 2.14.

Il n’y avait pas, en l’espèce, de présupposition commune. Jamais la défenderesse n’a présupposé que la demanderesse avait un droit d’action direct contre elle. Elle savait possible une poursuite de la demanderesse contre M<sup>me</sup> Caissie. De même, la défenderesse savait tout à fait probable son ajout à la poursuite en qualité de partie. Elle a simplement tenté d’éviter un litige inutile en payant ce que valaient, compte tenu de la preuve dont elle disposait, les travaux accomplis. Jamais elle n’a communiqué à la demanderesse, expressément ou tacitement, qu’elle pouvait lui intenter une poursuite directement.

La demanderesse n’a pas agi sur la foi d’une présupposition commune. Il se dégage nettement de la preuve qu’elle n’a jamais eu l’intention de poursuivre M<sup>me</sup> Caissie.

La demanderesse n’a pas subi de préjudice. Le délai de prescription n’avait pas expiré lorsque la défenderesse a signifié l’exposé de la défense où elle plaidait l’absence de relativité contractuelle. Comme l’indiquent clairement l’affidavit de M. Doiron et son mémoire, il refuse d’intenter des poursuites à sa clientèle parce qu’elles nuiraient aux affaires. [Gras ajouté; par. 37 à 47]

[42] Comme je l’ai dit précédemment, je souscris à l’analyse du juge et la fais mienne. Je suis d’avis de rejeter ce moyen d’appel.

C. *Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur de droit en se fondant sur des preuves non pertinentes et sans importance pour juger du droit de l’appelante de*

*poursuivre en vertu de l'art. 4 de la Loi et de la règle de la préclusion par convention?*

[43] L'appelante conteste les déclarations qui suivent figurant au par. 35 de la décision du juge, soutenant qu'elles sont sans pertinence, sans importance ou fausses pour trancher sur les moyens 1 et 2 :

[TRADUCTION]

- Quoiqu'elle ait su que les travaux faisaient intervenir une police d'assurance
- [l'appelante] n'a pas communiqué avec [Royal]
- a facturé plus du double du prix qu'avait estimé une autre entreprise
- puis a refusé de fournir des précisions sur l'étendue des travaux qu'elle avait réalisés
- a refusé de communiquer les factures pour les travaux confiés à des sous-traitants.

[44] Toutes ces déclarations sont appuyées par la preuve, et je ne perçois aucune erreur manifeste et dominante à leur égard. De fait, elles découlent toutes de l'affidavit que l'appelante a présenté en première instance. Les conclusions du juge liées à ces déclarations commandent la déférence. Je fais remarquer cependant qu'aucune de ces déclarations n'était nécessaire pour étayer la décision du juge ni n'est nécessaire pour nous permettre de trancher les moyens 1 et 2 en appel. En conséquence, il n'importe pas que tout ou partie de ces déclarations ait joué un rôle dans l'analyse du juge. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

## VII. Conclusion et dispositif

[45] Le juge saisi de la motion n'a commis aucune erreur qui puisse justifier l'infirmer de sa décision d'accueillir la motion de l'intimée visant l'obtention d'un

jugement sommaire et de rejeter la demande de l'appelante. Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens de 3 000 \$ à l'intimée.