

Family Insurance Corporation *Appellant***Family Insurance Corporation** *Appelante*

v.

c.

Lombard Canada Ltd. *Respondent***Lombard du Canada ltée** *Intimée*

and

et

Canadian Universities Reciprocal Insurance Exchange *Intervener***Canadian Universities Reciprocal Insurance Exchange** *Intervenante***INDEXED AS: FAMILY INSURANCE CORP. v. LOMBARD CANADA LTD.****RÉPERTORIÉ : FAMILY INSURANCE CORP. c. LOMBARD DU CANADA LTÉE****Neutral citation: 2002 SCC 48.****Référence neutre : 2002 CSC 48.**

File No.: 28093.

N° du greffe : 28093.

2002: February 19; 2002: May 23.

2002 : 19 février; 2002 : 23 mai.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Insurance — Overlapping policies — Excess coverage — Two policies of insurance covering same risk — Both insurers relying on “other insurance” clauses to avoid primary liability — Whether clauses should be treated as mutually repugnant — Whether insurers should be required to bear loss equally.

Assurance — Chevauchement de polices — Garantie complémentaire — Risque couvert par deux polices — Clauses de « pluralité d'assurances » invoquées par les deux assureurs pour se dégager de toute responsabilité de premier rang — Ces clauses doivent-elles être considérées incompatibles? — Les assureurs doivent-ils partager le montant du sinistre à parts égales?

A claim against the insured, Y, was settled with the quantum of damages payable by her two insurers set at \$500,000. Y was insured by F under a homeowner/residential insurance policy with a maximum benefit of \$1 million, and by L under a commercial general liability policy for up to \$5 million. Both policies contained “other insurance” clauses that declared the policies to be “excess insurance” to any other insurance coverage. Each insurer relied on its “other insurance” clause to shield itself from primary liability. In a contest between the two insurers concerning the extent to which each of them was liable to pay the insured’s claim, the trial judge held that the two clauses were mutually repugnant, and that liability should be apportioned between the insurers equally. The Court of Appeal, however, took into consideration the surrounding circumstances and

Une demande présentée contre l’assurée, Y, a été réglée à l’amiable, le montant des dommages-intérêts étant fixé à 500 000 \$. Y était assurée par F aux termes d’une police d’assurance propriétaires occupants prévoyant un plafond de un million de dollars, et par L aux termes d’une police d’assurance commerciale multirisque prévoyant un plafond de cinq millions de dollars. Les deux polices comprenaient des clauses de « pluralité d’assurances » stipulant que les polices constituent une « garantie complémentaire » à toute autre garantie d’assurance. Chaque assureur a invoqué sa propre clause de « pluralité d’assurances » pour se dégager de toute responsabilité de premier rang. Dans un différend opposant les deux assureurs et portant sur l’étendue de leur responsabilité respective quant au paiement de la demande de règlement de l’assuré, le juge de première instance a

concluded that the underwriting considerations being different, the F policy provided the primary coverage to the insured, while the L policy provided excess coverage. F appealed.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the trial judge restored.

The insurer may seek to limit its liability in the provisions of the policy, and thus the policy itself is the proper instrument to determine the liability of each insurer. Where the contest is only between the insurers, there is no basis for referring to surrounding circumstances or looking outside the policy, there being no privity of contract between the insurers. The policies here are clear and unambiguous, and the insurers' intentions are unequivocal. The appellant, F, intended to provide primary coverage unless other valid insurance was available, in which case, it intended to provide only excess coverage. The respondent, L, intended to provide primary coverage unless other valid insurance was available, in which case, it intended to provide only excess coverage regardless of the type of coverage provided by the other insurer. In the face of these irreconcilable intentions, the court must determine the most equitable means of resolving the dispute, respecting the intentions of the parties and the right of the insured to recover fully. The Minnesota approach which includes the closeness to the risk approach and which entails a broad analysis of the policies and the surrounding circumstances to determine the overall policy insuring intent of the insurers, is rejected, as it does not accord with the principles of equitable contribution, nor does it respect the intentions of both insurers. The better approach is one that recognizes that the parties involved have not contracted with each other, so that their subjective intentions are irrelevant. Although the intentions of the insurers govern the interpretation exercise, the focus of the examination is to determine whether the insurers intended to limit their obligation to contribute, by what method, and in what circumstances *vis-à-vis* the insured. In the absence of such limiting intentions or where those intentions conflict, principles of equitable contribution demand that parties under a coordinate obligation to make good the loss must share that burden equally. This approach serves to respect the intentions of both the insurers while simultaneously respecting the insured's contractual right to full indemnity. The "independent liability" approach to apportionment to the respective policy limits represents the fairest method of apportionment and accords with the principles

statué que les deux clauses étaient incompatibles et que la responsabilité devait être partagée à parts égales entre les deux assureurs. La Cour d'appel a toutefois tenu compte du contexte et elle a conclu que les considérations liées à la tarification étant différentes, la police de F fournissait une garantie de premier rang à l'assuré, tandis que la police de L lui fournissait une garantie complémentaire. F a interjeté appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision du juge de première instance est rétablie.

L'assureur peut chercher à limiter sa responsabilité dans les dispositions de la police; par conséquent, le document qui doit servir à déterminer la responsabilité de chaque assureur est la police elle-même. Lorsque le différend oppose uniquement les assureurs, il n'existe aucun fondement pour examiner le contexte ou aller au-delà de la police, compte tenu de l'absence de lien contractuel entre les assureurs. En l'espèce, les polices étaient claires et non équivoques et les intentions des assureurs n'avaient rien d'ambigu. L'appelante, F, avait l'intention de fournir une garantie de premier rang, sauf s'il existait quelque autre assurance valide, auquel cas l'assureur n'entendait fournir qu'une garantie complémentaire. L'intimée, L, avait l'intention de fournir une garantie de premier rang, à moins qu'il existe quelque autre assurance valide, auquel cas elle entendait limiter sa responsabilité à une garantie complémentaire, sans égard au type de garantie offerte par l'autre assureur. Devant ces intentions inconciliables, le tribunal doit déterminer la façon la plus équitable de résoudre le différend, celle qui respecte les intentions des parties tout autant que le droit de l'assuré à une indemnisation complète. La méthode du Minnesota, qui inclut le critère du degré de proximité avec le risque et qui comporte une analyse approfondie des polices et du contexte en vue de déterminer l'intention globale exprimée dans la police, est rejetée, parce qu'elle est incompatible avec les principes de la contribution équitable et ne respecte pas les intentions des deux assureurs. La meilleure méthode consiste à reconnaître que les parties en cause n'ont pas conclu de contrat entre elles, de sorte que leurs intentions subjectives ne sont pas pertinentes. Même si les intentions des assureurs régissent la démarche d'interprétation, l'examen doit se concentrer sur la question de savoir si les assureurs voulaient limiter leur obligation de contribution, par quelle méthode, et dans quelles circonstances par rapport à l'assuré. En l'absence de telles intentions limitatives ou lorsqu'elles s'avèrent inconciliables, les principes de la contribution équitable exigent que les parties tenues au même titre d'indemniser une personne de sa perte partagent également ce fardeau. Cette méthode permet de respecter à la fois les intentions des deux assureurs et le droit contractuel de l'assuré à une indemnisation intégrale. L'approche

on which the doctrine of equitable contribution is based.

On its face, the L policy provides the same primary coverage as that of F. To endorse the intentions of one insurer over another where both parties have sought to limit their liability to contribute and where the offending clauses, on their face, are irreconcilable, does violence to the intentions of the insurers and does not respect the obligation of both insurers to contribute. Were the court to give effect to each insurer's intention, F would provide only excess coverage and L would provide only excess coverage to that, leaving the insured without primary coverage at all, an absurd result. Where the competing policies cannot be read in harmony, the conflicting clauses should be treated as mutually repugnant and inoperative, as this accords with the expectations of both the insured and the insurers. Thus both policies provide the insured with primary coverage, so that each insurer is independently liable to the insured for the full loss. Where liability is shared among insurers covering the same risk, the loss is borne equally by each insurer until the lower policy limit is exhausted, with the policy with the higher limit contributing any remaining amounts.

Cases Cited

Followed: *Godin v. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419; *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701; *McGeough v. Stay 'N Save Motor Inns Inc.* (1994), 116 D.L.R. (4th) 137; *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188; *Marchand v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. x; *Guardian Insurance of Canada v. New Hampshire Insurance Co.* (1997), 193 N.B.R. (2d) 111; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1; *Dominion of Canada General Insurance Co. v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122; *Weddell v. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; **considered:** *Seagate Hotel Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374, aff'd (1981), 27 B.C.L.R. 89; *Carriers Insurance Co. v. American Policyholders' Insurance Co.*, 404 A.2d 216 (1979); *Brown v. Travelers Insurance Co.*, 610 A.2d 127 (1992); *Hoffmaster v. Harleysville*

de la « responsabilité indépendante » quant au partage de la responsabilité à concurrence des limites des polices respectives représente la méthode de partage la plus équitable et concorde avec les principes qui sous-tendent la doctrine de la contribution équitable.

À première vue, la police de L fournit la même garantie de premier rang que celle de F. Privilégier les intentions d'un assureur plutôt que celles de l'autre dans un cas où les deux parties ont cherché à limiter leur obligation de contribution et où les clauses litigieuses sont, à première vue, inconciliables, c'est faire violence aux intentions des assureurs et ne pas respecter l'obligation de contribution des deux assureurs. Si la cour donnait effet à l'intention de chaque assureur, F ne fournirait qu'une garantie complémentaire et L ne fournirait qu'une garantie complémentaire à celle-ci, ce qui laisserait l'assuré sans aucune garantie de premier rang, ce qui serait absurde. Lorsque les polices concurrentes ne peuvent s'accorder, la démarche qui correspond aux attentes à la fois de l'assuré et des assureurs consiste à conclure que les clauses qui entrent en conflit sont incompatibles et inopérantes. Ainsi, les deux polices fournissent une garantie de premier rang à l'assuré de sorte que chaque assureur est tenu, indépendamment, d'indemniser intégralement l'assuré de sa perte. Lorsque la responsabilité est partagée entre les assureurs qui couvrent le même risque, la perte est assumée à parts égales par chaque assureur à concurrence de la limite de la police la moins élevée, à charge pour l'assureur dont la police prévoit une limite plus élevée de payer tout excédent.

Jurisprudence

Arrêts suivis : *Godin c. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419; *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701; *McGeough c. Stay 'N Save Motor Inns Inc.* (1994), 116 D.L.R. (4th) 137; *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188; *Marchand c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. x; *Guardian Insurance of Canada c. New Hampshire Insurance Co.* (1997), 193 R.N.-B. (2^e) 111; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1; *Dominion of Canada General Insurance Co. c. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122; *Weddell c. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; **arrêts examinés :** *Seagate Hotel Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374, conf. par (1981), 27 B.C.L.R. 89; *Carriers Insurance Co. c. American Policyholders' Insurance Co.*, 404 A.2d 216 (1979); *Brown c. Travelers*

Insurance Co., 657 A.2d 1274 (1995), leave to appeal refused, 668 A.2d 1133 (1995); *Lamb-Weston, Inc. v. Oregon Automobile Insurance Co.*, 341 P.2d 110 (1959); *Commercial Union Assurance Co. v. Hayden*, [1977] 1 Q.B. 804; **referred to:** *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. v. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921); *Auto Owners Insurance Co. v. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (1979); *Interstate Fire & Casualty Co. v. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (1988); *Garrick v. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (1991); *American Family Insurance v. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (1994); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *North Star Mutual Insurance Co. v. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (2001).

Authors Cited

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Couch Cyclopedia of Insurance Law, vol. 16, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative, 1983.

Grimes, Samuel G. "Insurance — The 'Other Insurance' Clause Conflict" (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433.

Guthrie, Mark C. "'Other Insurance' Conflicts: A Common-Sense Proposal" (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689.

Hasse, Linda Kogel. "Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of 'Other Insurance' Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry" (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 3rd ed. London: Butterworths, 1975.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.

Note. "Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance" (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 187 D.L.R. (4th) 605, 139 B.C.A.C. 181, 227 W.A.C. 181, 75 B.C.L.R. (3d) 263, 18 C.C.L.I. (3d) 165, [2000] 6 W.W.R. 111, [2000] I.L.R. I-3861, [2000] B.C.J. No. 1076 (QL), 2000 BCCA 330, setting aside a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58, [1999] I.L.R. I-3692, [1999] B.C.J. No. 515 (QL). Appeal allowed.

Insurance Co., 610 A.2d 127 (1992); *Hoffmaster c. Harleysville Insurance Co.*, 657 A.2d 1274 (1995), autorisation d'appel refusée, 668 A.2d 1133 (1995); *Lamb-Weston, Inc. c. Oregon Automobile Insurance Co.*, 341 P.2d 110 (1959); *Commercial Union Assurance Co. c. Hayden*, [1977] 1 Q.B. 804; **arrêts mentionnés :** *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. c. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921); *Auto Owners Insurance Co. c. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (1979); *Interstate Fire & Casualty Co. c. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (1988); *Garrick c. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (1991); *American Family Insurance c. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (1994); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *North Star Mutual Insurance Co. c. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (2001).

Doctrine citée

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Couch Cyclopedia of Insurance Law, vol. 16, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative, 1983.

Grimes, Samuel G. « Insurance — The "Other Insurance" Clause Conflict » (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433.

Guthrie, Mark C. « "Other Insurance" Conflicts: A Common-Sense Proposal » (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689.

Hasse, Linda Kogel. « Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of "Other Insurance" Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry » (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 3rd ed. London: Butterworths, 1975.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.

Note. « Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance » (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 187 D.L.R. (4th) 605, 139 B.C.A.C. 181, 227 W.A.C. 181, 75 B.C.L.R. (3d) 263, 18 C.C.L.I. (3d) 165, [2000] 6 W.W.R. 111, [2000] I.L.R. I-3861, [2000] B.C.J. No. 1076 (QL), 2000 BCCA 330, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58, [1999] I.L.R. I-3692, [1999] B.C.J. No. 515 (QL). Pourvoi accueilli.

Neo J. Tuytel and Jonathan L. S. Hodes, for the appellant.

James H. MacMaster and Donald B. Lebens, for the respondent.

Patrick J. Monaghan, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. — This appeal concerns the issue of overlapping insurance coverage and the proper approach to the reconciliation of disputes among two insurers, each of whom has sought to limit its liability where other insurance covers the same loss. The issue has engendered a significant amount of jurisprudence and is far from novel. Nevertheless, the reconciliation of competing and apparently irreconcilable insurance policy provisions has plagued the courts and given rise to much academic comment in Canada as well as in American jurisdictions. This is a good opportunity for this Court to clarify the law in this area.

I. Factual Background

In March of 1996, Michelle Patterson was injured in a fall from a horse. Patterson sued Lesley Young, the owner of the stable, and Douglas Blanchard, the owner of the horse. Ms. Patterson’s claim was eventually settled, with the quantum of damages payable by Ms. Young’s insurers set at \$500,000.

At the time of the accident, Lesley Young was insured by the appellant, Family Insurance Corporation (“Family”), under a homeowner/residential insurance policy with a maximum benefit of \$1 million. Young was also insured by the respondent, Lombard Canada Ltd. (“Lombard”), under a Commercial General Liability Policy for up to \$5 million, a policy Young obtained when she became a member of the Horse Council of British Columbia (“HCBC”). Although Lombard

Neo J. Tuytel et Jonathan L. S. Hodes, pour l’appelante.

James H. MacMaster et Donald B. Lebens, pour l’intimée.

Patrick J. Monaghan, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur le chevauchement des garanties d’assurance et sur la méthode à suivre pour résoudre les différends entre deux assureurs qui ont, l’un et l’autre, cherché à limiter leur responsabilité dans les cas où l’autre assurance couvre le même sinistre. Cette question a donné lieu à une abondante jurisprudence et elle est loin d’être nouvelle. Pourtant, la conciliation des dispositions de polices d’assurance concurrentes et apparemment incompatibles embête encore les tribunaux et continue de susciter de nombreux commentaires de la part des théoriciens au Canada et aux États-Unis. Ce pourvoi nous donne l’occasion de clarifier le droit dans ce domaine.

I. Le contexte factuel

En mars 1996, Michelle Patterson s’est blessée en tombant de cheval. Elle a poursuivi Lesley Young, la propriétaire de l’écurie, et Douglas Blanchard, à qui appartenait le cheval. La demande de M^{me} Patterson a finalement été réglée, le montant des dommages-intérêts payables par les assureurs de M^{me} Young étant fixé à 500 000 \$.

Au moment de l’accident, Lesley Young était assurée par l’appelante, Family Insurance Corporation (« Family »), aux termes d’une police d’assurance propriétaires occupants prévoyant un plafond de un million de dollars. M^{me} Young était aussi assurée par l’intimée, Lombard du Canada ltée (« Lombard »), aux termes d’une police d’assurance commerciale multirisque prévoyant un plafond de cinq millions de dollars, que M^{me} Young avait obtenue lors de son adhésion au Horse Council of

1

2

3

denied liability initially, both insurers concede that Young's liability claim falls within the scope of coverage of both of the policies.

4

Although the wording of each is different, both insurance policies contain "other insurance" clauses that declare the policies to be "excess coverage" to any other insurance coverage held by the insured. The Family policy contains the following "other insurance" clause:

If other insurance exists which applies to a loss or claim or would have applied if this policy did not exist, this policy will be considered excess insurance and the Insurer is not liable for any loss or claim until the amount of such other insurance is used up.

The Lombard policy phrased its "other insurance" clause as follows:

If other valid and collectible insurance is available to the Insured for a loss we cover under Coverages A, B or D of this form, our obligations are limited as follows:

. . . .

This insurance is excess over other existing insurance if any, whether such other insurance be primary, excess, contingent or on any other basis, that is liability insurance such as, but not limited to comprehensive personal liability, comprehensive general liability coverages or similar coverage for liability arising out of the activities of any insured.

The contest, then, is between the two insurers and concerns the extent to which each of them is liable to pay the insured's claim. Each insurer relies on its "other insurance" clause as a means of shielding itself from primary liability.

5

At trial, the parties agreed that the only issue before the court was the extent, if any, of the liability of each insurer. They further agreed that, if the court

British Columbia (« HCBC »). Même si, à l'origine, Lombard a nié toute responsabilité, les deux assureurs concèdent que la demande de règlement d'assurance responsabilité de M^{me} Young est couverte par les deux polices.

En dépit d'une formulation différente, les deux polices d'assurance comprennent des clauses de « pluralité d'assurances » stipulant que les polices constituent une « garantie complémentaire » à toute autre garantie d'assurance détenue par l'assuré. La police de Family comprend la clause de « pluralité d'assurances » suivante :

[TRADUCTION] S'il existe quelque autre assurance qui s'applique à un sinistre ou à une demande de règlement ou qui s'y serait appliquée si la présente police n'existait pas, la présente police est considérée comme une assurance complémentaire et l'Assureur n'est responsable à l'égard du sinistre ou de la demande de règlement qu'une fois épuisée l'indemnité garantie par cette autre assurance.

La clause de « pluralité d'assurances » de la police de Lombard est formulée en ces termes :

[TRADUCTION] Si l'assuré est couvert par une autre assurance valide et recouvrable pour un risque que nous assurons sous les protections A, B ou D du présent formulaire, nos obligations se limitent ainsi :

. . . .

La présente assurance est complémentaire à toute autre assurance existante, le cas échéant, que celle-ci soit de premier rang, complémentaire, conditionnelle ou établie sur toute autre base, à savoir une assurance responsabilité comprenant notamment des garanties d'assurance responsabilité civile des particuliers, d'assurance responsabilité civile générale ou toute autre garantie similaire contre la responsabilité découlant des activités de l'assuré.

Le différend oppose donc les deux assureurs et il porte sur l'étendue de leur responsabilité respective quant au paiement de la demande de règlement de l'assuré. Chaque assureur invoque sa propre clause de « pluralité d'assurances » pour se dégager de toute responsabilité de premier rang.

Au procès, les parties ont convenu que le seul point en litige était l'étendue, le cas échéant, de la responsabilité de chaque assureur. Elles ont en

held both insurers liable under the respective policies, each would share equally in the liability to their respective policy limits. McEwan J. of the British Columbia Supreme Court found each insurer to be primary and, accordingly, that each should contribute equally to the loss. Lombard appealed, arguing that the trial judge erred in finding Lombard to be a primary insurer. Similarly, Family cross-appealed, claiming the trial judge erred in finding that Family was liable as a primary insurer. At the hearing, however, Family abandoned its cross-appeal and agreed with the Court of Appeal that its position was untenable.

II. Judicial History

- A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58

McEwan J. first noted that the wording of the two clauses was not identical. Thus the first step was to determine whether the two clauses could be reconciled by determining the intent of the two insurers as revealed by the content of their respective policies: *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). McEwan J. noted that the appellant's policy was worded so that the test for liability was whether the other policy would function as the primary insurance if the appellant's policy did not exist. The respondent argued that its policy was excess even to excess policies, so that even if the appellant met its own definition as an excess insurer, then the respondent would be excess to it. McEwan J. rejected this view, noting that such an interpretation leads to circular reasoning that does not resolve the problem of which policy provides primary coverage: *McGeough v. Stay 'N Save Motor Inns Inc.* (1994), 116 D.L.R. (4th) 137 (B.C.C.A.). He stated, at para. 8: "Beyond a certain point I do not think it makes much sense to arbitrate what amounts to a kind of drafting 'tag'. The clauses are irreconcilable.

autre convenu que si le tribunal concluait qu'elles sont toutes deux responsables aux termes de leurs polices respectives, elles contribueraient chacune à parts égales à concurrence des limites stipulées dans leurs polices respectives. Le juge McEwan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que chaque assureur était un assureur de premier rang et que chacun devait par conséquent contribuer à parts égales au règlement du sinistre. Lombard a interjeté appel de cette décision en soutenant que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu'elle était un assureur de premier rang. Family a, à son tour, formé un appel incident, prétendant que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu'elle était responsable à titre d'assureur de premier rang. À l'audience, toutefois, Family s'est désistée de son appel incident et a reconnu devant la Cour d'appel que sa position était insoutenable.

II. Historique judiciaire

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58

Le juge McEwan a d'abord fait remarquer que la formulation des deux clauses n'était pas identique. Par conséquent, il fallait d'abord déterminer si elles pouvaient être conciliées en dégageant l'intention des deux assureurs telle qu'ils l'ont exprimée dans leurs polices respectives : *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). Le juge McEwan a noté que, selon le libellé de la police de l'appelante, le critère relatif à la responsabilité consistait à déterminer si l'autre police se serait ou non appliquée comme une assurance de premier rang si la police de l'appelante n'avait pas existé. L'intimée a fait valoir que sa police était complémentaire même à l'égard de polices complémentaires de sorte que même si l'appelante satisfaisait à sa propre définition d'assureur complémentaire, l'intimée serait encore un assureur complémentaire par rapport à l'appelante. Le juge McEwan a rejeté cette prétention; il a précisé qu'une telle interprétation ne faisait que créer un raisonnement circulaire qui ne résout pas la question de savoir laquelle des polices fournit la garantie de premier rang : *McGeough c. Stay 'N Save Motor*

Applying the principle set out in the cases the excess clauses are inoperative.”

7

McEwan J. then addressed the issue of how to apportion liability as between the two insurers. He noted that the Lombard policy provided a formula for sharing liability whereas the Family policy was silent on the issue. He held that without an agreement between the parties, Lombard’s formula could not bind Family. Applying the “independent liability approach” from *Dominion of Canada General Insurance Co. v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122 (S.C.), McEwan J. held that the “other insurance” clauses cancel each other out. As both “other insurance” clauses were inoperative, each policy is regarded as providing primary coverage, so that each insurer is required to contribute equally to the applicable limits of each policy or until none of the loss remains: *McGeough, supra*, at p. 146; *Dominion of Canada v. Wawanesa, supra*, at pp. 130 and 132-33.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 263, 2000 BCCA 330

8

Hall J.A. reviewed the competing policies and noted that the HCBC advised its members that liability coverage under the Lombard policy was excess to personal liability insurance that its members might possess. Although he did not believe that the HCBC’s advertisement governed the interpretation of the policies, he reasoned as follows, at para. 4:

One must have regard to the language of the policies although a consideration of policy language cannot be completely divorced from surrounding circumstances and commercial reality.

Inns Inc. (1994), 116 D.L.R. (4th) 137 (C.A.C.-B.). Il a dit, au par. 8 : [TRADUCTION] « Au-delà d’une certaine limite, il ne sert à rien, selon moi, d’arbitrer ce qui ressemble à une sorte de “chassé-croisé” rédactionnel. Les clauses sont inconciliables. Selon le principe énoncé dans la jurisprudence, les clauses de complémentarité sont inopérantes. »

Le juge McEwan s’est ensuite attaqué à la question du partage de la responsabilité entre les deux assureurs. Il a noté que la police de Lombard prévoyait une formule de partage de la responsabilité, tandis que la police de Family était muette à cet égard. Il a conclu qu’à défaut d’entente entre les parties, la formule de Lombard ne pouvait lier Family. Appliquant [TRADUCTION] « l’approche de la responsabilité indépendante » énoncée dans la décision *Dominion of Canada General Insurance Co. c. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122 (C.S.), le juge McEwan a statué que les clauses de « pluralité d’assurances » s’annulaient l’une l’autre. Comme les deux clauses de « pluralité d’assurances » étaient inopérantes, chaque police était réputée fournir une garantie de premier rang de sorte que chaque assureur était tenu de contribuer à parts égales jusqu’à concurrence des limites applicables de chaque police ou jusqu’à indemnisation complète : *McGeough, précité*, p. 146; *Dominion of Canada c. Wawanesa, précité*, p. 130, 132 et 133.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 263, 2000 BCCA 330

Le juge Hall a examiné les polices concurrentes et noté que le HCBC avait averti ses membres que la garantie d’assurance prévue par la police de Lombard était complémentaire à l’assurance responsabilité civile personnelle qu’ils pouvaient avoir souscrite. Même s’il ne croyait pas que l’information communiquée par le HCBC régissait l’interprétation des polices, il a adopté le raisonnement suivant, au par. 4 :

[TRADUCTION] Il faut examiner le libellé des polices, même si cet examen ne peut faire complètement abstraction des circonstances qui l’entourent et de la réalité commerciale.

In reaching his decision, he adopted the approach of Legg J.A. in *McGeough*, *supra*, that reconciliation of overlapping coverage policies is governed by the intent of the insurers as manifested by the terms of the policies issued. Hall J.A. also relied upon E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (3rd ed. 1975), at pp. 312-13, where the author states:

The cardinal rule of construction is that the intention of the parties must prevail. But the intention is to be looked for on the face of the policy, including any documents incorporated therewith, in the words which the parties have themselves chosen to express their meaning. The Court must not speculate as to their intention, apart from their words, but may, if necessary, interpret the words by reference to the surrounding circumstances.

Hall J.A. agreed with the trial judge that, on a consideration of the clauses alone, the “other insurance” clauses were irreconcilable. He further noted that the “traditional way” to apportion liability where the wording of the policies cannot be reconciled accords with what McEwan J. did in this case. Finally, he agreed with the trial judge that *Simcoe & Erie v. Kansa*, *supra*, stipulated that the liability of insurers with overlapping policies was governed by the intent of the insurers as manifested by the terms of the policies.

Hall J.A. distinguished *Simcoe & Erie v. Kansa*, *supra*, where it was held that the clauses cancelled each other out and liability was apportioned equally, on the basis that the competing policies in that case were alike in type and coverage. He held that had the present policies been similar, he would have agreed with the result reached by McEwan J. at trial. Turning to the surrounding circumstances of this case, Hall J.A. reasoned as follows, at para. 15:

[I]t seems to me that the court can and should take account of the circumstance that these two policies do appear rather different from each other in type and

Il a suivi la démarche retenue par le juge Legg dans l’arrêt *McGeough*, précité, selon laquelle la conciliation de polices qui se chevauchent est régie par l’intention des assureurs telle qu’ils l’ont exprimée dans le libellé des polices délivrées. Le juge Hall s’est également appuyé sur l’extrait suivant de l’ouvrage de E. R. H. Ivamy, intitulé *General Principles of Insurance Law* (3^e éd. 1975), p. 312-313 :

[TRADUCTION] La règle fondamentale d’interprétation veut que l’intention des parties l’emporte. Mais leur intention doit être dégagée de la police, y compris tous les documents qui y sont incorporés, à partir des mots que les parties ont elles-mêmes choisis pour exprimer leur pensée. La cour ne doit pas faire de conjectures sur leur intention en s’écartant des mots qu’ils ont employés, mais elle peut, au besoin, interpréter ces mots en tenant compte du contexte.

À l’instar du juge de première instance, le juge Hall a reconnu que l’examen du seul libellé des clauses de « pluralité d’assurances » menait à la conclusion qu’elles étaient inconciliables. Il a noté en outre que la [TRADUCTION] « manière traditionnelle » de partager la responsabilité lorsque le libellé des polices ne peut être concilié correspondait à celle employée par le juge McEwan en l’espèce. Enfin, il était d’accord avec le juge de première instance pour dire que la décision *Simcoe & Erie c. Kansa*, précitée, statuait que la responsabilité des assureurs dont les polices se chevauchent est régie par leur intention telle qu’ils l’ont exprimée dans le libellé de chaque police.

Le juge Hall a expliqué que la décision *Simcoe & Erie c. Kansa*, précitée, où la cour a conclu que les clauses s’annulaient l’une l’autre et que la responsabilité devait être répartie également, se distinguait du fait que les polices concurrentes dans cette affaire étaient semblables quant à leur nature et quant à la garantie qu’elles offraient. Il a conclu que si les polices en cause aujourd’hui avaient été semblables, il aurait été d’accord avec le résultat auquel était parvenu le juge McEwan en première instance. Quant aux circonstances de la présente espèce, le juge Hall a suivi le raisonnement que voici, au par. 15 :

[TRADUCTION] [I] me semble que la cour peut et devrait tenir compte du fait que ces deux polices semblent assez différentes l’une de l’autre quant à leur nature et à leur

purpose. I believe we must consider the particular circumstances reflected by the description and wording of the respective policies. It is also, in my judgment, appropriate to take account of the limited surrounding facts we have in this case in an effort to resolve this dispute between the competing insurers.

11 Hall J.A. then noted that the Family policy was a standard homeowner policy covering *inter alia* dwelling premises, personal property and personal liability. The Lombard policy covered Young through her membership in the HCBC. Hall J.A. found that, because the Lombard policy was offered through a club, it was “the intent of the insurer to offer a type of excess coverage generally to a class of insureds with a proviso that, absent any other coverage, the policy could provide primary insurance coverage” (para. 16). He also considered that the HCBC believed Lombard’s policy provided excess coverage for its members. Although he did not give this factor much weight, he took it into account as a surrounding circumstance which gave some indication that such an interpretation of the Lombard policy would accord with commercial reality.

12 Hall J.A. took note of the higher coverage provided by the Lombard policy, the broader net of coverage and its availability to a group of insureds. He also observed that the underwriting considerations were different for this policy than for the Family policy. He stated at para. 19:

Concerning the Family policy, rates will be based on past or anticipated loss experience related to all homeowners likely to purchase an individual homeowners policy. A limit of \$1 million is provided for to limit maximum exposure to that sum in a personal liability claim. The Lombard policy is underwritten based on past or anticipated loss experience related to the covered group, bearing in mind on the one hand the strong probability of other existing coverage for most members, and thus the avoidance of coverage or responsibility on most claims and on the other hand providing a higher limit to afford, in the rare case, excess coverage to an insured having a large claim. Excess coverage may very occasionally be required for a catastrophic claim over the amount covered by the limits of the anticipated existing insurance coverage and in most cases, primary coverage will not be given

objet. Je crois que nous devons prendre en considération les circonstances particulières qui trouvent écho dans la description et la formulation des polices respectives. Il y a aussi lieu, à mon avis, de tenir compte du contexte factuel limité dont nous disposons en l’espèce afin de résoudre le différend entre les assureurs concurrents.

Le juge Hall a ensuite noté que la police de Family était une police propriétaires occupants type couvrant notamment la résidence, les biens meubles et la responsabilité personnelle. M^{me} Young bénéficiait de la protection de la police de Lombard en raison de son adhésion au HCBC. Le juge Hall a conclu que, du fait que la police de Lombard était offerte par l’entremise d’un club, cet assureur avait [TRADUCTION] « l’intention d’offrir de façon générale à une catégorie d’assurés un type de garantie complémentaire assortie d’une clause stipulant que la police pourrait, en l’absence de toute autre garantie, fournir une assurance de premier rang » (par. 16). Il a aussi tenu compte du fait que le HCBC croyait que la police de Lombard offrait une garantie complémentaire à ses membres. Même s’il n’a pas attribué beaucoup de poids à ce facteur, il en a tenu compte à titre d’élément du contexte qui laisse croire qu’une telle interprétation de la police de Lombard serait conforme à la réalité commerciale.

Le juge Hall a noté le montant plus élevé et la portée plus étendue de la police de Lombard, ainsi que le fait qu’elle était offerte à un groupe d’assurés. Il a aussi fait remarquer que cette police et celle de Family soulevaient des considérations différentes quant à la tarification. Il a dit, au par. 19 :

[TRADUCTION] En ce qui a trait à la police de Family, les taux seront fondés sur les sinistres déjà survenus ou prévus pour tous les propriétaires susceptibles de souscrire une police d’assurance propriétaires occupants individuelle. Un plafond de un million de dollars est stipulé afin de limiter le risque maximum à cette somme dans le cadre d’une demande fondée sur la responsabilité personnelle. En ce qui concerne la police de Lombard, la tarification est fondée sur les sinistres déjà survenus ou prévus pour le groupe visé, en tenant compte, d’une part, de la forte probabilité que la plupart des membres soient déjà protégés par d’autres garanties existantes, ce qui permettra d’écarter la garantie ou la responsabilité à l’égard de la plupart des demandes de règlement, et en stipulant, d’autre part, une limite plus élevée de façon à accorder, exceptionnellement, une garantie complémentaire à un

under the Lombard policy, because of the existence of existing liability insurance coverage of the insured.

Hall J.A. noted again that, in most cases, the analysis undertaken by the trial judge would have properly disposed of the matter. In this particular case, however, a departure from the normal course was necessary due to the unusual circumstances presented by the policies under consideration, which were designed to be different as to their purpose and anticipated scope of coverage. He concluded that based on the policies and the surrounding circumstances, the Family policy provided the primary coverage to the insured, while the Lombard policy should be viewed as excess coverage. As a result he allowed the appeal.

III. Analysis

It is a well-established principle of insurance law that where an insured holds more than one policy of insurance that covers the same risk, the insured may never recover more than the amount of the full loss but is entitled to select the policy under which to claim indemnity, subject to any conditions to the contrary. The selected insurer, in turn, is entitled to contribution from all other insurers who have covered the same risk. This doctrine of equitable contribution among insurers is founded on the general principle that parties under a coordinate liability to make good a loss must share that burden *pro rata*. It finds its historic articulation in the words of Lord Mansfield C.J. in *Godin v. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419 (K.B.), at p. 420:

If the insured is to receive but one satisfaction, natural justice says that the several insurers shall all of them contribute *pro rata*, to satisfy that loss against which they have all insured.

More recently, Ivamy's *General Principles of Insurance Law* (6th ed. 1993) set out at p. 518 the

assuré lorsque le montant du sinistre est élevé. Il peut arriver, en de rares occasions, qu'une garantie complémentaire soit nécessaire advenant un sinistre catastrophique dont le montant dépasserait les limites de la garantie existante anticipée et, dans la plupart des cas, la police de Lombard ne fournira pas une garantie de premier rang, parce que l'assuré est protégé par une assurance responsabilité en vigueur.

Le juge Hall a constaté de nouveau que l'analyse effectuée par le juge de première instance aurait permis de trancher le litige correctement dans la plupart des cas. En l'espèce, toutefois, il était nécessaire de déroger au processus normal en raison des circonstances inhabituelles découlant des polices en cause, conçues différemment quant à leur objet et quant à l'étendue prévue de la garantie. Il a conclu, à partir des polices et du contexte, que la police de Family fournissait la garantie de premier rang à l'assurée, tandis que la police de Lombard devrait être considérée comme une garantie complémentaire. Il a donc accueilli l'appel.

III. Analyse

Selon un principe bien établi en droit des assurances, l'assuré qui détient plus d'une police d'assurance couvrant le même risque ne peut jamais obtenir plus que le montant total du sinistre, mais il a le droit de choisir, sauf stipulation contraire, la police en vertu de laquelle il préfère être indemnisé. L'assureur choisi a, quant à lui, droit à la contribution de tous les autres assureurs qui couvrent le même risque. Cette doctrine de la contribution équitable entre les assureurs est fondée sur le principe général selon lequel les parties tenues au même titre d'indemniser une personne d'une perte doivent partager ce fardeau proportionnellement. Ce principe remonte à la formulation suivante du lord juge en chef Mansfield, dans *Godin c. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419 (K.B.), p. 420 :

[TRADUCTION] Si l'assuré ne peut être indemnisé qu'une fois, la justice naturelle exige que les divers assureurs contribuent tous proportionnellement afin de régler le sinistre qu'ils ont tous assuré.

Plus récemment, l'ouvrage d'Ivamy intitulé *General Principles of Insurance Law* (6^e éd. 1993)

13

14

15

general principles concerning the right of contribution among insurers as follows:

- 1 All the policies concerned must comprise the same subject-matter.
- 2 All the policies must be effected against the same peril.
- 3 All the policies must be effected by or on behalf of the same assured.
- 4 All the policies must be in force at the time of the loss.
- 5 All the policies must be legal contracts of insurance.
- 6 No policy must contain any stipulation by which it is excluded from contribution.

16 It is in the context of this doctrine of equitable contribution and the opportunity for insurers to contract out of that obligation that the problem of reconciling “other insurance” clauses occurs. Although the insurer’s obligation to contribute does not arise out of the insurance contract *per se*, the insurer may express its intention to limit its liability in the provisions of the policy. Thus the proper instrument to determine the liability of each insurer is the policy itself.

17 In accordance with the general principles of contract interpretation, the exercise is properly one of determining the parties’ intentions. The proper approach is best described in *Couch Cyclopedia of Insurance Law* (2nd ed. 1983), vol. 16, at p. 498:

Intent of insurers as controlling

There is authority that the liability of insurers under overlapping coverage policies is to be governed by the intent of the insurers as manifested by the terms of the policies which they have issued. Thus, it has been said that where two or more liability policies overlap and cover the same risk and the same accident, the respective liabilities of the insurers must rest upon a construction of the language employed by the respective insurers, and

a énuméré, à la p. 518, les principes généraux régissant le droit de contribution entre assureurs :

[TRADUCTION]

- 1 Toutes les polices en cause doivent inclure le même objet.
- 2 Toutes les polices doivent être souscrites pour le même risque.
- 3 Toutes les polices doivent être souscrites par ou pour le même assuré.
- 4 Toutes les polices doivent être en vigueur au moment du sinistre.
- 5 Toutes les polices doivent être des contrats d’assurance licites.
- 6 Aucune police ne doit comprendre une disposition écartant l’obligation de contribution.

C’est dans le contexte de cette doctrine de la contribution équitable et de la possibilité qu’ont les assureurs de se libérer de cette obligation par une clause contractuelle que se situe le problème de la conciliation des clauses de « pluralité d’assurances ». Même si l’obligation de contribution de l’assureur ne découle pas du contrat d’assurance en soi, l’assureur peut exprimer dans les dispositions de la police son intention de limiter sa responsabilité. Par conséquent, le document qui doit servir à déterminer la responsabilité de chaque assureur est la police elle-même.

Conformément aux principes généraux d’interprétation des contrats, il faut en fait déterminer l’intention des parties. C’est dans l’ouvrage intitulé *Couch Cyclopedia of Insurance Law* (2^e éd. 1983), vol. 16, qu’on décrit le mieux la démarche appropriée, à la p. 498 :

[TRADUCTION]

Le caractère déterminant de l’intention des assureurs

Il existe des sources selon lesquelles la responsabilité des assureurs dont les polices se chevauchent est établie en fonction de leur intention, telle qu’ils l’ont exprimée dans les clauses des polices qu’ils ont délivrées. Par conséquent, on a dit que, dans le cas où deux polices ou plus se chevauchent et couvrent le même risque et le même accident, la responsabilité respective des assureurs dépend de l’interprétation des termes employés par les

not upon the so-called “primary tortfeasor doctrine” or upon any other arbitrary rule or circumstance.

The intention which the court seeks to determine is found by looking at the means by and extent to which each insurer has sought to limit its liability to the insured when the insured has purchased other policies covering the same risk. Thus, the interpretation exercise is concerned with determining the intentions of the insurers *vis-à-vis* the insured. In *Seagate Hotel Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1981), 27 B.C.L.R. 89 (C.A.), McFarlane J.A. emphasized this point and noted, at p. 90, as follows:

The second matter, which in my opinion is a very important consideration to keep in mind here, is that the court is not asked to interpret a contract made between the appellant and the respondent companies. The issue depends upon the interpretation and the application of two contracts, both insurance policies, the first being a contract between the appellant and the insured and the second the contract between the respondent and the insured.

Thus, while it remains true that the intentions of the insurers prevail, the inquiry is of necessity limited to the insurers’ intentions *vis-à-vis* the insured. In the case of an insurance contract, the entire agreement between the insurer and the insured is contained within the policy itself and evidence of the parties’ intentions must be sought in the words they chose. Were the dispute between the insurer and the insured, reference to surrounding circumstances may be appropriate if provisions of the policy are ambiguous. Once the interest of the insured is no longer at stake, that is, where the contest is only between the insurers, there is simply no basis for looking outside the policy. In the absence of privity of contract between the parties, the unilateral and subjective intentions of the insurers, unaware of one another at the time the contracts were made, are simply irrelevant.

Looking to the policies themselves, there is no concern here that the words or the intentions that they reveal are ambiguous. Both the trial judge and

différents assureurs, et non d’une règle ou d’un élément arbitraire comme la doctrine dite de « l’auteur principal du préjudice ».

Le tribunal déterminera toutefois l’intention des assureurs en examinant par quels moyens et dans quelle mesure chacun a cherché à limiter sa responsabilité envers l’assuré dans le cas où ce dernier a souscrit d’autres polices couvrant le même risque. Le processus d’interprétation vise donc à déterminer les intentions des assureurs à l’égard de l’assuré. Dans l’arrêt *Seagate Hotel Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1981), 27 B.C.L.R. 89 (C.A.), le juge McFarlane a souligné ce point et fait l’observation suivante, à la p. 90 :

[TRADUCTION] Le deuxième point, qu’il est à mon avis primordial de garder à l’esprit, c’est que le tribunal n’est pas appelé à interpréter un contrat passé entre les compagnies appelante et intimée. La question en litige est liée à l’interprétation et à l’application de deux contrats, tous deux des polices d’assurance, dont le premier a été conclu entre l’appelante et l’assuré et le deuxième entre l’intimée et l’assuré.

Par conséquent, s’il demeure vrai que les intentions des assureurs doivent prévaloir, l’examen se limite nécessairement aux intentions des assureurs à l’égard de l’assuré. Dans le cas d’un contrat d’assurance, l’entente entre l’assureur et l’assuré est énoncée intégralement dans la police elle-même et la preuve des intentions des parties doit être recherchée dans les mots qu’ils ont choisis. S’il s’agissait d’un différend entre l’assureur et l’assuré, il pourrait être utile de tenir compte des circonstances advenant que certaines dispositions de la police soient ambiguës. Dès lors que l’intérêt de l’assuré n’est plus en jeu, c’est-à-dire lorsque le différend oppose uniquement les assureurs, il n’existe tout simplement aucun fondement pour aller au-delà de la police. En l’absence de lien contractuel entre les parties, les intentions unilatérales et subjectives des assureurs, chacun d’eux ignorant l’existence de l’autre au moment de la souscription des contrats, ne sont tout simplement pas pertinentes.

En ce qui concerne les polices elles-mêmes, il n’y a pas lieu de se préoccuper de l’éventuelle ambiguïté des mots ou des intentions exprimées. Le juge

18

19

20

the Court of Appeal found the insurers' intentions clear and unequivocal. In the case of the appellant Family, the policy reveals an intention to provide primary coverage unless other valid insurance is available, in which case it intended to provide only excess coverage. In the case of the respondent Lombard, the policy reveals that the insurer intended to provide primary coverage unless other valid insurance is available, in which case it intended to limit its liability to only excess coverage, even where the other insurance also provides excess coverage, thus rendering the Lombard policy "excess to excess". Accordingly, the insurers' intentions, expressed unambiguously in the policies, give rise to a "circular reasoning that does not resolve the problem of which policy provides primary coverage" (*McGeough, supra*, at p. 144).

de première instance et la Cour d'appel ont conclu que les intentions des assureurs étaient claires et non équivoques. En ce qui a trait à l'appelante Family, la police révèle l'intention de fournir une garantie de premier rang, sauf s'il existe quelque autre assurance valide, auquel cas l'assureur n'entend fournir qu'une garantie complémentaire. En ce qui a trait à l'intimée Lombard, la police révèle que l'assureur entendait fournir une garantie de premier rang, à moins qu'il existe quelque autre assurance valide. Dans ce dernier cas, il entendait limiter sa responsabilité à une garantie complémentaire, même lorsque l'autre assurance est aussi une garantie complémentaire, la garantie de Lombard devenant alors « complémentaire à la garantie complémentaire ». Par conséquent, les intentions des assureurs, exprimées sans ambiguïté dans les polices, créent un [TRADUCTION] « raisonnement circulaire qui ne résout pas la question de savoir laquelle des polices fournit la garantie de premier rang » (*McGeough*, précité, p. 144).

21

In the face of these irreconcilable intentions, the court must determine the most equitable means of resolving the dispute, one which respects the intentions of the parties as well as the right of the insured to recover fully. In certain jurisdictions of the United States, this has led courts to examine the overall purpose of the policies in question in order to discern which of the insurers intended more clearly to insure the particular risk. This endeavour, known as the "Minnesota approach", derives from the interpretive "specific versus general" rule. In 1921, the Georgia Court of Appeals, in *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. v. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921), stated the issue and the principle to be applied as follows, at p. 858:

Devant ces intentions inconciliables, le tribunal doit déterminer la façon la plus équitable de résoudre le différend, celle qui respecte les intentions des parties tout autant que le droit de l'assuré à une indemnisation complète. Dans certains ressorts américains, cet exercice a amené les tribunaux à examiner l'objet global des polices en cause dans le but de discerner lequel des assureurs cherchait le plus clairement à assurer le risque particulier. Cette façon de procéder, connue comme la [TRADUCTION] « méthode du Minnesota », procède de la règle d'interprétation qui donne préséance aux dispositions spéciales sur les dispositions générales. En 1921, dans *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. c. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921), la Cour d'appel de la Géorgie a énoncé la question et le principe applicable en ces termes, à la p. 858 :

In a case such as is now before us (that is, where the several policies are of a different nature and character, and where the risk assumed is only partly coextensive, and where each policy expressly provides that the risk assumed, at the point of mutual contact, is "excess" insurance only, and therefore secondary to the other policy) the decisive test to be applied in determining which of these two limitations is to be given effect (that is, which is really primary or basic insurance, and which is excess

[TRADUCTION] Dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis (c.-à-d. dans le cas où plusieurs polices de nature et de caractère différents couvrent des risques qui ne se recoupent qu'en partie et où chacune stipule expressément que le risque commun à plus d'une n'est assuré qu'à titre complémentaire et donc que la police ne fournit à son égard qu'une assurance de deuxième rang par rapport à l'autre) le critère déterminant à appliquer pour décider laquelle de ces deux

insurance only) lies in the answer to the question as to which insurance is general and which is specific in its nature.

In its more modern manifestation, this approach has evolved into an analysis of the competing policies in an effort to determine each insurer's intention to cover the particular loss. In assessing each of the insurers' "closeness to the risk", courts look to the following non-exclusive factors:

- (1) Which policy specifically described the accident-causing instrumentality?
- (2) Which premium is reflective of the greater contemplated exposure?
- (3) Does one policy contemplate the risk and use of the accident-causing instrumentality with greater specificity than the other policy — that is, is coverage of the risk primary in one policy and incidental to the other?

(*Auto Owners Insurance Co. v. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (Minn. 1979), at p. 704)

More recently, Minnesota courts have tended toward a broad analysis of the policies and the surrounding circumstances with a view to determining the "total policy insuring intent" of the insurers. Courts look to the primary risks on which each insurer's premiums are based and the primary function of each policy: *Interstate Fire & Casualty Co. v. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (Minn. 1988); *Garrick v. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (Minn. 1991); *American Family Insurance v. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (Minn. Ct. App. 1994); *North Star Mutual Insurance Co. v. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (Minn. Ct. App. 2001).

The Minnesota approach has been the subject of significant criticism. Several American courts have criticized it as an exercise in "hair-splitting" and "semantic microscopy": *Carriers Insurance*

stipulations limitatives doit prévaloir (c'est-à-dire quelle police fournit en fait l'assurance de premier rang ou de base et laquelle ne fournit qu'une assurance complémentaire) tient à la question de savoir quelle assurance est de nature générale et laquelle est de nature spéciale.

Dans sa version plus moderne, cette approche s'est transformée en une analyse des polices concurrentes visant à dégager l'intention de chaque assureur de couvrir un sinistre particulier. Lorsqu'ils sont appelés à apprécier le [TRADUCTION] « degré de proximité avec le risque » de chaque assureur, les tribunaux examinent notamment les facteurs suivants :

[TRADUCTION]

- (1) Quelle police a décrit spécialement l'agent à l'origine de l'accident?
- (2) Quelle prime correspond à la plus grande exposition au risque?
- (3) L'une des polices prévoit-elle plus spécialement que l'autre le risque et l'utilisation de l'agent à l'origine de l'accident — c'est-à-dire la garantie contre le risque est-elle la garantie principale dans une police et accessoire dans l'autre?

(*Auto Owners Insurance Co. c. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (Minn. 1979), p. 704)

Les tribunaux du Minnesota ont, depuis peu, tendance à procéder à une analyse approfondie des polices et du contexte en vue de déterminer [TRADUCTION] « l'intention globale exprimée dans la police » par les assureurs. Les tribunaux examinent les risques principaux sur lesquels est basée la prime de chaque assureur et la fonction principale de chaque police : *Interstate Fire & Casualty Co. c. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (Minn. 1988); *Garrick c. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (Minn. 1991); *American Family Insurance c. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (Minn. Ct. App. 1994); *North Star Mutual Insurance Co. c. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (Minn. Ct. App. 2001).

La méthode du Minnesota a suscité beaucoup de critiques. Plusieurs tribunaux américains n'y ont vu que du [TRADUCTION] « pinaillage » et de la [TRADUCTION] « microscopie sémantique » :

22

23

24

Co. v. American Policyholders' Insurance Co., 404 A.2d 216 (Me. 1979), at p. 219; *Brown v. Travelers Insurance Co.*, 610 A.2d 127 (R.I. 1992); *Hoffmaster v. Harleysville Insurance Co.*, 657 A.2d 1274 (Pa. Super. Ct. 1995), leave to appeal refused, 668 A.2d 1133 (1995). Moreover, academic commentators have denounced it as promoting uncertainty and increased litigation. One commentator stated it most emphatically as follows:

The mental gymnastics engaged by the courts in their attempt to untangle the web of confusion has served only to maintain the perpetual merry-go-round of drafting and re-drafting by the insurers and continued litigation by the courts, resulting only in increased premiums for the insurance buying public.

L. K. Hasse, "Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of 'Other Insurance' Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry" (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37, at p. 37. See also: Note, "Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance" (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319; S. G. Grimes, "Insurance — The 'Other Insurance' Clause Conflict" (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433, at p. 439; M. C. Guthrie, "'Other Insurance' Conflicts: A Common-Sense Proposal" (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689, at pp. 692-93.

25

The Minnesota approach has also been criticized in Canada. In *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188 (Sask. Q.B.), MacLeod J. explained, at p. 192:

Such an approach would be an exception to the ordinary rule, and pose new problems. If, for example, the insured sought to recover from the "general" insurer in advance of the "specific" insurer, would the "general" insurer seek to recover the loss in full from the "specific" insurer before having resort to the "general" (thus creating an *in seriatum* approach to coverage)? If allowed, this would be indemnity, not contribution. It would permit the "general" insurer, in effect, to rely upon the excess coverage clause, while at the same time denying that right to the "specific" insurer. Such an interpretation would be another absurdity.

Carriers Insurance Co. c. American Policyholders' Insurance Co., 404 A.2d 216 (Me. 1979), p. 219; *Brown c. Travelers Insurance Co.*, 610 A.2d 127 (R.I. 1992); *Hoffmaster c. Harleysville Insurance Co.*, 657 A.2d 1274 (Pa. Super. Ct. 1995), autorisation d'appel refusée, 668 A.2d 1133 (1995). Des commentateurs l'ont en outre dénoncée en lui reprochant de semer l'incertitude et d'encourager les poursuites. Un commentateur l'a ainsi critiquée vigoureusement dans les termes suivants :

[TRADUCTION] La gymnastique intellectuelle à laquelle se sont livrés les tribunaux dans leur tentative de démêler cet écheveau de confusion n'a servi qu'à faire tourner le manège perpétuel des clauses formulées et reformulées par les assureurs et des poursuites sans fin devant les tribunaux avec pour seul résultat la hausse des primes pour le public souscripteur d'assurance.

L. K. Hasse, « Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of 'Other Insurance' Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry » (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37, p. 37. Voir également : Note, « Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance » (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319; S. G. Grimes, « Insurance — The "Other Insurance" Clause Conflict » (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433, p. 439; M. C. Guthrie, « "Other Insurance" Conflicts : A Common-Sense Proposal » (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689, p. 692-693.

La méthode du Minnesota a aussi été critiquée au Canada. Dans la décision *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188 (B.R. Sask.), le juge MacLeod a donné l'explication suivante, à la p. 192 :

[TRADUCTION] Une telle approche serait une exception à la règle ordinaire et créerait de nouveaux problèmes. Si, par exemple, l'assuré cherchait à être indemnisé par l'assureur « général » avant d'appeler l'assureur « spécial », l'assureur « général » devrait-il tenter de récupérer la perte en totalité de l'assureur « spécial » avant d'appliquer la garantie « générale » (créant ainsi une approche successive à l'égard de la garantie)? Si cela était permis, il s'agirait d'une indemnisation et non d'une contribution. Cela permettrait en fait à l'assureur « général » de se fonder sur la clause de complémentarité, tout en niant ce droit à l'assureur « spécial ». Une telle interprétation constituerait une autre absurdité.

Moreover, the Ontario Court of Appeal recently rejected the “closeness to the risk” approach and noted briefly as follows in *Marchand v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), at para. 3, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. x:

There is no real suggestion in Canadian jurisprudence that a “closest to the risk” policy should be embraced, and no consensus in the American authorities. Commercial efficacy and the avoidance of litigation between insurance companies supports a split responsibility and the avoidance of litigation as to which policy is closer to the risk or the coverage.

I find the reasoning of MacLeod J. in *Wawanesa Mutual v. Co-operative Fire & Casualty*, *supra*, and the Court of Appeal in *Marchand*, *supra*, compelling. In effect, the Minnesota approach to resolution of overlapping coverage disputes results in the preference and endorsement of the intentions of one insurer over another. This result does not accord with the principles of equitable contribution nor does it respect the intentions of both insurers.

The better approach is one that recognizes that the principles of contract interpretation must be applied here in light of the fact that the parties involved have not contracted with one another. Although the intentions of the insurers govern the interpretation exercise, the focus of the examination is to determine whether the insurers intended to limit their obligation to contribute, by what method, and in what circumstances *vis-à-vis* the insured. In the absence of such limiting intentions or where those intentions cannot be reconciled, principles of equitable contribution demand that parties under a coordinate obligation to make good the loss must share that burden equally.

Turning to the American jurisprudence, it is interesting to note that in *Lamb-Weston, Inc. v. Oregon Automobile Insurance Co.*, 341 P.2d 110 (1959), the

La Cour d’appel de l’Ontario a en outre rejeté récemment l’approche du « degré de proximité avec le risque » et fait la brève remarque suivante dans *Marchand c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), par. 3, autorisation d’appel refusée, [2000] 1 R.C.S. x :

[TRADUCTION] Il n’existe, dans la jurisprudence canadienne, aucune suggestion sérieuse dans le sens de l’adoption d’une politique du « degré de proximité avec le risque », ni aucun consensus à cet égard dans la jurisprudence américaine. L’efficacité commerciale et la volonté d’éviter les affaires contentieuses entre les compagnies d’assurance commandent que la responsabilité soit partagée et que les tribunaux n’aient pas à déterminer quelle police a le plus haut degré de proximité avec le risque ou la garantie.

J’estime convaincants le raisonnement du juge MacLeod dans *Wawanesa Mutual c. Co-operative Fire & Casualty*, précité, et celui de la Cour d’appel dans *Marchand*, précité. En réalité, en adoptant la méthode du Minnesota pour résoudre les différends en cas de chevauchement des garanties d’assurance, on accorde la préférence et on donne effet aux intentions d’un assureur au détriment de celles de l’autre. Ce résultat n’est pas compatible avec les principes de la contribution équitable et il ne respecte pas les intentions des deux assureurs.

La meilleure méthode consiste à reconnaître que les principes d’interprétation des contrats doivent être appliqués en tenant compte du fait que les parties en cause n’ont pas conclu de contrat entre elles. Même si les intentions des assureurs régissent la démarche d’interprétation, l’examen doit se concentrer sur la question de savoir si les assureurs voulaient limiter leur obligation de contribution, par quelle méthode, et dans quelles circonstances par rapport à l’assuré. En l’absence de telles intentions limitatives ou lorsque ces intentions s’avèrent inconciliables, les principes de la contribution équitable exigent que les parties tenues au même titre d’indemniser une personne de sa perte partagent également ce fardeau.

Si l’on se reporte à la jurisprudence américaine, il est intéressant de noter que, dans l’affaire *Lamb-Weston, Inc. c. Oregon Automobile Insurance*

26

27

28

29

Oregon Supreme Court appreciated the problematic nature of a strict contract interpretation approach to a dispute that was really about the insurer's liability to contribute. The court in *Lamb-Weston* examined extensively the various approaches to the resolution of overlapping coverage disputes. Referring to the line of cases wherein courts found the competing clauses mutually repugnant and each insurer liable for its proportionate share, the court reasoned as follows, at pp. 118-19:

We are of the opinion that in these later cases the courts have placed this problem in its true perspective by recognizing the absurdity of attempting to assume that where conflicting "other insurance" provisions exist by reason of overlapping coverages of the same occurrence the provisions of one policy must yield to the provisions of the other.

The "other insurance" clauses of all policies are but methods used by insurers to limit their liability, whether using language that relieves them from all liability (usually referred to as an "escape clause") or that used by St. Paul (usually referred to as an "excess clause") or that used by Oregon (usually referred to as a "prorata clause"). In our opinion, whether one policy uses one clause or another, when any come in conflict with the "other insurance" clause of another insurer, regardless of the nature of the clause, they are in fact repugnant and each should be rejected in toto.

30 Canadian courts have adopted a different approach in dispensing with the insurer's intentions. They have generally followed the approach set out by Rowlett J. in *Weddell v. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; *Dominion of Canada v. Wawanesa*, *supra*; *McGeough*, *supra*; *Simcoe & Erie v. Kansa*, *supra*; *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701 (Man. Q.B.).

31 In *Weddell*, *supra*, Rowlett J. was keenly aware of the absurdity that would result if the court gave

Co., 341 P.2d 110 (1959), la Cour suprême de l'Oregon a constaté les problèmes soulevés par l'application d'une méthode d'interprétation contractuelle stricte à un différend qui portait en réalité sur l'obligation de contribution de l'assureur. Dans cette affaire, la cour a examiné à fond les diverses façons de résoudre les différends en cas de chevauchement des garanties d'assurance. En se reportant aux décisions qui ont jugé les clauses concurrentes incompatibles et tenu chaque assureur responsable proportionnellement, elle a exprimé le raisonnement suivant, aux p. 118-119 :

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que dans ces dernières affaires, les tribunaux ont placé le problème dans sa juste perspective en reconnaissant qu'il était absurde de tenter de présumer qu'en cas de conflit entre des clauses de « pluralité d'assurances » à la suite d'un chevauchement de garanties contre un même sinistre, les dispositions d'une police doivent céder devant celles de l'autre.

Les clauses de « pluralité d'assurances » de toutes les polices ne sont que des méthodes par lesquelles les assureurs cherchent à limiter leur responsabilité, en utilisant un libellé qui les exonère de toute responsabilité (habituellement appelé « clause d'exonération »), celui retenu par St. Paul (habituellement appelé « clause de complémentarité ») ou encore celui employé par Oregon (habituellement appelé « clause de proportionnalité »). À notre avis, peu importe la clause énoncée dans une police, lorsqu'elle entre en conflit avec la clause de « pluralité d'assurances » d'un autre assureur, quelle qu'en soit la nature, elles sont en fait incompatibles et chacune devrait être rejetée en totalité.

Les tribunaux canadiens ont retenu une démarche différente quant à la détermination de l'intention des assureurs. Ils suivent généralement la méthode retenue par le juge Rowlett dans *Weddell c. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; *Dominion of Canada c. Wawanesa*, précité; *McGeough*, précité; *Simcoe & Erie c. Kansa*, précité; *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701 (B.R. Man.).

Dans la décision *Weddell*, précitée, le juge Rowlett était très conscient de l'absurdité du

effect to the intentions of all insurers and reasoned at p. 567:

In my judgment it is unreasonable to suppose that it was intended that clauses such as these should cancel each other (by neglecting in each case the proviso in the other policy) with the result that, on the ground in each case that the loss is covered elsewhere, it is covered nowhere. On the contrary the reasonable construction is to exclude from the category of co-existing cover any cover which is expressed to be itself cancelled by such co-existence, and to hold in such cases that both companies are liable, subject of course in both cases to any rateable proportion clause which there may be.

C. Brown, in *Insurance Law in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, agrees with the reasoning of Rowlatt J. and states the principle as follows at p. 14-9:

If the competing policies each contain such a clause the appropriate way to resolve the apparent impasse is to adopt the approach of Rowlatt J. in *Weddell* and the Canadian decisions that have taken the same approach and view the clause as not applying to insurance, which is itself subject to such a clause. This sensibly avoids an absurdity and gives effect to the reasonable expectations of the insured.

However, this step is only to be taken where there is a true impasse. Where the respective wording of two “other insurance” clauses can be reconciled so as to give effect to both policies while providing coverage for the insured, then no mutual repugnancy exists, and the process is simply one of giving effect to the intent of the insurers: Rae J., *Seagate Hotel Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374 (S.C.) (upheld on appeal (1981), 27 B.C.L.R. 89). In resolving a conflict between a *pro rata* “other insurance” clause and an excess “other insurance” clause, Rae J. correctly pointed out, at p. 378, that “one first turns to the wording of the clauses referred to and the interpretation thereof”. On this basis, he concluded the two clauses could be reconciled, and held that the policy containing the *pro rata* clause was primary. This general method has been followed on numerous

résultat que risquait d’entraîner une décision donnant effet aux intentions de tous les assureurs. Il a tenu le raisonnement suivant, à la p. 567 :

[TRADUCTION] À mon avis, il n’est pas raisonnable de supposer que les assureurs voulaient que de pareilles clauses s’annulent mutuellement (en ne tenant pas compte dans chaque cas de la stipulation de l’autre police) de sorte que la perte ne serait couverte par aucune garantie puisqu’on tiendrait pour acquis, dans chaque cas, qu’elle est couverte par une autre garantie. Au contraire, l’interprétation raisonnable consiste à exclure de cette catégorie ou de la garantie coexistante toute garantie libellée de façon à être annulée par cette coexistence et à conclure qu’en pareil cas, les deux compagnies sont responsables, sous réserve, bien sûr, dans les deux cas, de toute clause de quotité de la responsabilité.

C. Brown, dans *Insurance Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, souscrit au raisonnement du juge Rowlatt et énonce le principe applicable en ces termes, à la p. 14-9 :

[TRADUCTION] Si les polices concurrentes contiennent chacune une telle clause, la façon de résoudre l’impasse apparente consiste à adopter la méthode retenue par le juge Rowlatt dans *Weddell* et dans les décisions canadiennes qui ont privilégié la même méthode et de considérer cette clause comme inapplicable à l’assurance qui est elle-même assujettie à une telle clause. C’est une façon judicieuse d’éviter un résultat absurde et de donner effet aux attentes raisonnables de l’assuré.

Toutefois, il ne faut franchir ce pas que lorsqu’il existe une véritable impasse. Dans les cas où il est possible de concilier le libellé des deux clauses de « pluralité d’assurances » de façon à donner effet aux deux polices, tout en protégeant l’assuré, il n’y a pas incompatibilité et il s’agit simplement de donner effet à l’intention des assureurs : le juge Rae, *Seagate Hotel Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374 (C.S.) (confirmé en appel (1981), 27 B.C.L.R. 89). Saisi d’un conflit entre deux clauses de pluralité d’assurances dont l’une stipulait la proportionnalité et l’autre la complémentarité, le juge Rae a souligné à juste titre, à la p. 378, que l’on [TRADUCTION] « examine d’abord le libellé des clauses mentionnées et leur interprétation ». Sur ce fondement, il a conclu que les deux clauses pouvaient être conciliées et il a statué que la police contenant la clause de proportionnalité fournissait une garantie de premier

32

33

occasions: see *Simcoe & Erie v. Kansa, supra*, and *McGeough, supra*.

34 In my view, the approach just described not only represents the prevailing view in Canada, but is the preferable one. It serves to respect the intentions of both insurers while simultaneously respecting the insured's contractual right to full indemnity. What must be kept in mind is that policies of insurance are not written in a vacuum. Insurers most certainly are aware that the insured may obtain coverage for the same risk elsewhere and that, in such a case, the law of equitable contribution will necessarily arise. Thus, rendering the irreconcilable clauses inoperative will promote certainty and thereby serve to reduce the "drafting tag" of which McEwan J. spoke.

35 In the present appeal, the intention of each insurer, as evidenced by the respective policies, is to limit its liability to excess coverage in the event that other insurance covering the same risk is available. The Court of Appeal agreed that the usual course in such circumstances is to find the offending clauses mutually repugnant, but it was of the view that the policies could nevertheless be reconciled by looking to the surrounding circumstances. In my view, the court erred in this respect. Although Hall J.A. began, at least implicitly, with an examination of the insurers' intention to limit their liability to contribute, the inquiry did not stop there. Rather than acknowledge that the insurers' intentions were mutually repugnant, Hall J.A. unnecessarily broadened the inquiry to include the overall insuring intent as a means of determining which of the insurers was more predisposed to providing primary and excess coverage. Relying on his interpretation of the type and purpose of the respondent Lombard's policy, as reflected in the extrinsic evidence and the surrounding circumstances, Hall J.A. concluded that Lombard's foremost intention was to provide excess coverage whereas Family's foremost intention was to provide primary coverage. In my view, then, the Court of Appeal erred in taking into account underwriting considerations in order to determine the true

rang. Cette méthode générale a été suivie à de nombreuses occasions : voir *Simcoe & Erie c. Kansa* et *McGeough*, précités.

À mon avis, non seulement l'approche qui précède représente la position prédominante au Canada, mais c'est aussi celle qui est préférable. Elle permet de respecter à la fois les intentions des deux assureurs et le droit contractuel de l'assuré à une indemnisation intégrale. Il faut se rappeler que les polices d'assurance ne sont pas rédigées en vase clos. Les assureurs sont très certainement conscients du fait que l'assuré peut obtenir ailleurs une garantie contre le même risque et qu'en pareil cas, la règle de la contribution équitable trouvera nécessairement application. Par conséquent, le fait de rendre inopérantes les clauses inconciliables contribuera à accroître la certitude et, partant, à réduire le [TRADUCTION] « chassé-croisé rédactionnel » dénoncé par le juge McEwan.

Dans le présent pourvoi, l'intention de chacun des assureurs, exprimée dans leurs polices respectives, est de limiter sa responsabilité à la garantie complémentaire advenant qu'une autre garantie d'assurance contre le même risque puisse être invoquée. La Cour d'appel a reconnu que la façon habituelle de procéder en pareilles circonstances consiste à conclure que les clauses litigieuses sont incompatibles, mais elle estimait que les polices pouvaient néanmoins être conciliées si l'on tenait compte du contexte en l'espèce. À mon avis, la cour a commis une erreur à cet égard. Bien que le juge Hall ait d'abord, au moins implicitement, scruté l'intention des assureurs de limiter leur obligation de contribution, son examen ne s'est pas arrêté là. Plutôt que de reconnaître que les intentions des assureurs étaient incompatibles, le juge Hall a étendu inutilement la portée de son analyse à l'intention globale des assureurs afin de déterminer lequel était le plus predisposé à fournir une garantie de premier rang et une garantie complémentaire. En se fondant sur son interprétation de la nature et de l'objet de la police de l'intimée Lombard, qu'on pouvait déceler dans les éléments de preuve extrinsèques et les circonstances de l'espèce, le juge Hall a conclu que l'intention première de Lombard était de fournir une garantie complémentaire, tandis que l'intention

intent of the insurers and thereby overcome the fact that the two “other insurance” clauses were clearly repugnant on their terms.

In essence, the Court of Appeal endorsed the intentions of Lombard over Family, relying on evidence of Lombard’s subjective desire to provide primarily excess coverage. Lombard’s subjective desire, however, is not evident in its contract with the insured. In *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, Iacobucci J. provides the following reasoning at paras. 54-56:

The trial judge appeared to take *Consolidated-Bathurst [Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.]*, [1980] 1 S.C.R. 888 to stand for the proposition that the ultimate goal of contractual interpretation should be to ascertain the true intent of the parties at the time of entry into the contract, and that, in undertaking this inquiry, it is open to the trier of fact to admit extrinsic evidence as to the subjective intentions of the parties at that time. In my view, this approach is not quite accurate. The contractual intent of the parties is to be determined by reference to the words they used in drafting the document, possibly read in light of the surrounding circumstances which were prevalent at the time. Evidence of one party’s subjective intention has no independent place in this determination.

When there is no ambiguity in the wording of the document, the notion in *Consolidated-Bathurst* that the interpretation which produces a “fair result” or a “sensible commercial result” should be adopted is not determinative. Admittedly, it would be absurd to adopt an interpretation which is clearly inconsistent with the commercial interests of the parties, if the goal is to ascertain their true contractual intent. However, to interpret a plainly worded document in accordance with the true contractual intent of the parties is not difficult, if it is presumed that the parties intended the legal consequences of their words.

première de Family était de fournir une garantie de premier rang. Selon moi, la Cour d’appel a commis une erreur en tenant compte de considérations liées à la tarification pour déterminer l’intention véritable des assureurs et contourner ainsi l’incompatibilité, de par leur libellé même, des deux clauses de « pluralité d’assurances ».

Essentiellement, la Cour d’appel a donné effet aux intentions de Lombard au détriment de celles de Family en se fondant sur la preuve de l’intention subjective de Lombard de fournir principalement une garantie complémentaire. L’intention subjective de Lombard ne ressort toutefois pas de façon évidente de son contrat avec l’assuré. Dans l’arrêt *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, le juge Iacobucci énonce le raisonnement suivant aux par. 54-56 :

Le juge de première instance semble avoir considéré que, d’après l’arrêt *Consolidated Bathurst [Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.]*, [1980] 1 R.C.S. 888, l’interprétation du contrat devrait viser en définitive à vérifier l’intention véritable des parties au moment de conclure le contrat et que, ce faisant, le juge des faits peut admettre des éléments de preuve extrinsèques concernant les intentions subjectives des parties à ce moment-là. À mon avis, cela n’est pas tout à fait exact. L’intention des parties contractantes doit être déterminée en fonction des mots qu’elles ont employés en rédigeant le document, éventuellement interprétés à la lumière des circonstances du moment. La preuve de l’intention subjective d’une partie n’occupe aucune place indépendante dans cette décision.

Quand le texte du document est sans ambiguïté, l’idée exprimée dans *Consolidated Bathurst*, selon laquelle il y a lieu de retenir l’interprétation qui assure un « résultat équitable » ou un « résultat commercial raisonnable », n’est pas déterminante. Certes, il serait absurde d’adopter une interprétation nettement incompatible avec les intérêts commerciaux des parties, si l’objectif est de vérifier leur véritable intention au moment de contracter. Toutefois, il n’est pas difficile d’interpréter un document clair conformément à l’intention véritable des parties contractantes, si l’on présume que les parties voulaient les conséquences juridiques des mots qu’elles ont employés.

37 The Lombard policy merely indicates that it will provide the insured with primary coverage unless other insurance is present, in which case it will provide only excess coverage regardless of the type of coverage provided by the other insurer. On its face, then, the Lombard policy provides the same primary coverage as that of Family. To endorse the intentions of one insurer over another, where both parties have sought to limit their liability to contribute and where the offending clauses, on their face, are irreconcilable, does violence to the intentions of the insurers and does not respect the obligation of both insurers to contribute. The better approach is that endorsed by English and the majority of Canadian courts.

38 Accordingly, were the Court to give effect to each insurer's intention, the appellant Family would provide only excess coverage and the respondent Lombard would provide only excess coverage to that, leaving the insured without primary coverage at all. This result is obviously absurd. Thus, where the competing policies cannot be read in harmony, the most sensible course, and that which accords with the interest and expectation of both the insured and the insurers, is to treat the conflicting clauses as mutually repugnant and inoperative.

39 With the irreconcilable clauses rendered inoperative, the insurance policies of both the appellant and the respondent provide the insured with primary coverage. As a result, each insurer is independently liable to the insured for the full loss, as if the other insurer did not exist. Thus, what remains to be determined is the method by which the extent of each insurer's obligation to contribute is calculated. The overwhelming view in Canada is that where liability is shared among insurers covering the same risk, the loss is borne equally by each insurer until the lower policy limit is exhausted, with the policy with the higher limit contributing any remaining amounts: *Dominion of Canada v. Wawanesa, supra*; *McGeough, supra*; *Simcoe & Erie v. Kansa, supra*; *Guardian Insurance of*

La police de Lombard indique seulement qu'elle fournira à l'assuré une garantie de premier rang à moins qu'il n'existe une autre assurance, auquel cas elle ne fournira qu'une assurance complémentaire, sans égard au type de garantie offerte par l'autre assureur. À première vue, la police de Lombard fournit donc la même garantie de premier rang que celle de Family. Privilégier les intentions d'un assureur plutôt que celles de l'autre dans un cas où les deux parties ont cherché à limiter leur obligation de contribution et où les clauses litigieuses sont, à première vue, inconciliables, c'est faire violence aux intentions des assureurs et ne pas respecter l'obligation de contribution des deux assureurs. La meilleure méthode est celle approuvée par les tribunaux anglais et par la majorité des tribunaux canadiens.

Par conséquent, si la Cour donnait effet à l'intention de chaque assureur, l'appelante Family ne fournirait qu'une garantie complémentaire et l'intimée Lombard ne fournirait qu'une garantie complémentaire à celle-ci, ce qui laisserait l'assuré sans aucune garantie de premier rang. Ce résultat est manifestement absurde. Par conséquent, lorsque les polices concurrentes ne peuvent s'accorder, la démarche qui est la plus raisonnable et qui correspond à l'intérêt et aux attentes de l'assuré tout autant qu'à ceux des assureurs consiste à conclure que les clauses qui entrent en conflit sont incompatibles et inopérantes.

Une fois les clauses inconciliables devenues inopérantes, les polices d'assurance de l'appelante et de l'intimée fournissent une garantie de premier rang à l'assuré. Par conséquent, chaque assureur est tenu, indépendamment, d'indemniser intégralement l'assuré de sa perte, comme si l'autre assureur n'existait pas. Il reste alors à déterminer la méthode permettant de calculer l'étendue de l'obligation de contribution de chaque assureur. Selon la position canadienne prédominante à cet égard, lorsque la responsabilité est partagée entre les assureurs qui couvrent le même risque, la perte est assumée à parts égales par chaque assureur à concurrence de la limite de la police la moins élevée, à charge pour l'assureur dont la police prévoit une limite plus élevée de payer tout excédent : *Dominion of Canada c. Wawanesa,*

Canada v. New Hampshire Insurance Co. (1997), 193 N.B.R. (2d) 111 (Q.B.).

The appellant argues that because the respondent's policy provides a sharing formula, that formula should be followed and should apply to both insurers. The Family policy is silent with respect to the method of sharing whereas Lombard's policy provides as follows:

If all of the other insurance permits contribution by equal shares, we will follow this method also

If any of the other insurance does not permit contribution by equal shares, we will contribute by limits. Under this method, each Insurer's share is based on the ratio of its applicable limit of insurance to the total applicable limits of insurance of all Insurers.

I note that the Lombard policy limit is \$5 million whereas the Family policy limit is \$1 million. Were I to adopt the appellant's view, Family would be liable to contribute one-fifth of the loss and Lombard would contribute four fifths.

It is trite law, however, to say that the provisions of a contract cannot unilaterally bind a person who is not a party to it. In the absence of privity between the two insurers, there is simply no basis for allowing Family to benefit from Lombard's provision on sharing by limits. The beneficial impact of that provision on Family does not compensate for the lack of privity between the insurers.

Moreover, in my view, the "independent liability" approach to apportionment has become the prevailing view in Canada for good reason. In *Dominion of Canada v. Wawanesa*, *supra*, Proudfoot J. (as she then was) canvassed the authorities on the issue of apportionment and found the approach of Lawton L.J. in *Commercial Union Assurance Co. v. Hayden*, [1977] 1 Q.B. 804 (C.A.), most persuasive. Lawton L.J. provides an insightful review of the policy

précité; *McGeough*, précité; *Simcoe & Erie c. Kansa*, précité; *Guardian Insurance of Canada c. New Hampshire Insurance Co.* (1997), 193 R.N.-B. (2^e) 111 (B.R.).

L'appelante prétend que parce que la police de l'intimée prévoit une formule de partage, cette formule devrait être suivie et s'appliquer aux deux assureurs. La police de Family est muette au sujet de la méthode de partage, tandis que la police de Lombard prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Si toutes les autres assurances permettent la contribution à parts égales, nous suivrons aussi cette méthode

Si l'une des autres assurances ne permet pas la contribution à parts égales, nous contribuerons en proportion des limites. Selon cette méthode, la quote-part de chaque assureur est fondée sur le rapport entre sa limite d'assurance applicable et le total des limites d'assurance applicables de tous les assureurs.

Je constate que la limite de la police de Lombard s'élève à cinq millions de dollars, tandis que celle de la police de Family est établie à un million de dollars. Si j'adoptais le point de vue de l'appelante, la contribution de Family serait établie à un cinquième de la perte et celle de Lombard à quatre cinquièmes.

Il est toutefois bien établi en droit que les stipulations d'un contrat ne peuvent lier unilatéralement une personne qui n'y est pas partie. En l'absence de lien contractuel entre les deux assureurs, il n'existe tout simplement aucun fondement pour permettre à Family de tirer parti de la formule de partage en proportion des limites stipulée par Lombard. L'effet avantageux de cette stipulation pour Family ne compense pas l'absence de lien contractuel entre les assureurs.

De plus, la prédominance au Canada de l'approche de la « responsabilité indépendante » quant au partage de la responsabilité est, selon moi, justifiée. Dans *Dominion of Canada c. Wawanesa*, précité, madame le juge Proudfoot (maintenant juge à la Cour d'appel) a passé en revue les décisions sur la question du partage des contributions et elle a conclu que la démarche adoptée par le lord juge Lawton dans l'arrêt *Commercial Union Assurance*

40

41

42

considerations at work that underlie the rationale for equal sharing of liability (at p. 822):

What is the burden under an indemnity liability policy? It is the claim which is made, not the claim which could be made. This kind of policy may be unlimited as to the amount of the indemnity, as it always is under motor car policies and often is under employers' liability policies, or limited as it almost always is under professional negligence policies. Even when a policy limits the amount of the indemnity, it is a matter of judicial experience that most claims are well below the limit. To ascertain the proportions of contribution by reference to the limits of indemnity would, in my judgment, be an odd way of sharing the burden in equity between insurers; and in cases where there was a limit under one policy but none under another, it would be a difficult judicial task, probably an impossible one, to assess, as Mr. Dehn suggested should be done and Donaldson J. agreed (I quote from the judgment):

“the maximum cover which will ever be likely to be provided by the unlimited policy and to compare this figure with the sum specified in the other policies.”

Further, using the limits as the basis for apportionment of contributions would be unfair to the insurer who gave a much higher limit for a small increase in premium. This case provides an example. The plaintiffs gave the assured a limit of £100,000; the defendant a limit of £10,000. The difference in premium was £1.

It is a matter of my experience both as a judge and a practitioner that the assessment of premiums under liability policies is based on underwriting experience backed up by statistical information and actuarial projections. The risk underwritten is at its greatest with small claims and at its least with large claims. It follows that the upper limits for claims can be increased with only a small increase in premiums. When there are two insurers with differing upper limits for claims, the inference I would draw is that they were both accepting the same level of risk up to the lower of the limits. If this be so, in my judgment, “a rateable satisfaction,” to use Lord Mansfield C.J.'s phrase, would be an equal division of liability up to the lower limit; the burden of meeting that part of the claim above the lower limit

Co. c. Hayden, [1977] 1 Q.B. 804 (C.A.), était des plus convaincantes. Le lord juge Lawton donne un aperçu éclairé des considérations de principe qui sous-tendent le fondement logique du partage de la responsabilité à parts égales, à la p. 822 :

[TRADUCTION] Quel est le fardeau qu'impose une police d'assurance responsabilité? Il correspond à la demande d'indemnisation qui est faite, et non à celle qui pourrait être faite. Cette sorte de police peut être illimitée quant au montant de l'indemnité, comme c'est toujours le cas en matière d'assurance automobile et souvent le cas en matière de responsabilité des employeurs, ou limitée comme c'est pratiquement toujours le cas en matière de négligence professionnelle. Même lorsqu'une police limite le montant de l'indemnité, l'expérience judiciaire montre que la plupart des demandes sont bien en deçà de la limite. Déterminer les contributions en proportion des limites de l'indemnité constituerait, selon moi, une étrange façon de partager équitablement le fardeau entre les assureurs; et dans les cas où une limite serait stipulée dans une police et aucune ne serait fixée dans l'autre, il serait difficile, voire probablement impossible pour les tribunaux d'apprécier, comme l'a suggéré M^e Dehn et l'a reconnu le juge Donaldson (extrait tiré du jugement) :

« la garantie maximale que la police illimitée serait éventuellement susceptible de fournir, et de comparer ce chiffre à la somme fixée dans les autres polices. »

De plus, le partage des contributions en proportion des limites serait injuste envers l'assureur qui a offert une limite beaucoup plus élevée en contrepartie d'une légère majoration de la prime. La présente espèce en est un exemple. Les demanderesses ont offert à l'assuré une limite de 100 000 £; les défenderesses, une limite de 10 000 £. La différence de prime était de 1 £.

Je sais par expérience, comme juge et comme praticien, que la détermination des primes relatives aux polices d'assurance responsabilité est fondée sur une expérience de tarification qui s'appuie sur des données statistiques et sur des projections actuarielles. Le risque garanti est plus élevé relativement aux sinistres mineurs et moins élevé relativement aux sinistres d'importance. Il s'ensuit qu'il est possible de hausser le plafond des indemnités en contrepartie d'une légère majoration des primes. Lorsque la limite des garanties accordées par deux assureurs diffère, je présumerais qu'ils ont accepté tous deux le même niveau de risque jusqu'à la limite la plus basse. Si tel est le cas, à mon avis, « une indemnisation proportionnelle », pour reprendre l'expression du lord juge en chef Mansfield, correspondrait à la division

would fall upon the insurer who had accepted the higher limit.

I find the reasoning of Lawton L.J. equally compelling and agree with Proudfoot J. that equal sharing of liability to the respective policy limits represents the fairest method of apportionment. Moreover, it accords with the principles on which the doctrine of equitable contribution is based. As Lord Mansfield C.J. put it so directly in *Godin, supra*, at p. 420:

As between them [the insurer and insured], and upon the foot of commutative justice merely, there is no colour why the insurers should not pay the insured the whole: for they have received a premium for the whole risque.

Finally, it is worth reiterating that the parties agreed at trial to an equal sharing of liability to the respective policy limits. Regardless of the status of that agreement when the parties appeared before this Court, it nevertheless offers some indication that this approach accords with the expectations of the parties.

IV. Conclusion

In my view, McEwan J. applied the correct principles to this contest between insurers. He was correct in finding the two excess insurance clauses mutually repugnant and inoperative *vis-à-vis* each other. The appeal is allowed and the trial judge's decision is restored with costs to the appellant throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Clark, Wilson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Branch MacMaster, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Black, Sutherland, Crabbe, Toronto.

à parts égales de la responsabilité à concurrence de la limite la plus basse; le fardeau de payer l'excédent de l'indemnité au-delà de cette limite incomberait à l'assureur qui a accepté la limite la plus élevée.

Je trouve moi aussi le raisonnement du lord juge Lawton convaincant et je suis d'accord avec le juge Proudfoot pour dire que le partage à parts égales de la responsabilité à concurrence des limites des polices respectives représente la méthode de partage la plus équitable. Cette méthode concorde en outre avec les principes qui sous-tendent la doctrine de la contribution équitable. Le lord juge en chef Mansfield l'a exprimé de façon très directe, dans *Godin*, précité, p. 420 :

[TRADUCTION] Entre eux [l'assureur et l'assuré], et sur la base de la justice commutative seulement, rien ne saurait justifier que les assureurs ne paient pas la totalité de l'indemnité à l'assuré, car ils ont reçu une prime pour la totalité du risque.

Enfin, il y a lieu de rappeler que les parties ont convenu en première instance d'un partage de la responsabilité à parts égales à concurrence des limites de leurs polices respectives. Indépendamment de ce qu'il en était de cette convention au moment de leur comparution devant notre Cour, elle donne à tout le moins à penser que cette approche correspond aux attentes des parties.

IV. Conclusion

À mon avis, le juge McEwan a appliqué les bons principes à ce différend entre assureurs. Il a eu raison de conclure que les deux clauses de complémentarité étaient incompatibles et inopérantes l'une à l'égard de l'autre. Le pourvoi est accueilli et la décision du juge de première instance est rétablie, l'appelante ayant droit aux dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Clark, Wilson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Branch MacMaster, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante : Black, Sutherland, Crabbe, Toronto.

43

44

45