

**Cabot Insurance Company Limited and
Rex Gilbert Moore, deceased, by his
Administratrix, Muriel Smith** *Appellants*

v.

Peter Ryan *Respondent*

INDEXED AS: RYAN v. MOORE

Neutral citation: 2005 SCC 38.

File No.: 29849.

2004: December 7; 2005: June 16.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Limitation of actions — Survival of action against deceased — Limitation periods — Estoppel by convention — Estoppel by representation — Discoverability rule — Confirmation of cause of action — Limitation period under Survival of Actions Act expiring one year after death of party to action or six months after date when letters of administration granted — Statement of claim for damages in relation to motor vehicle accident issued against defendant within two-year limitation period prescribed by Limitations Act — Defendant's death unknown to plaintiff until after shorter limitation period in Survival of Actions Act had expired — Whether doctrine of estoppel by convention or by representation applicable to prevent defendant from raising limitation defence — Whether confirmation of cause of action or discoverability rule applicable to extend limitation period of Survival of Actions Act — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, s. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, ss. 5, 16.

Estoppel — Estoppel by convention — Requirements — Whether requirements of doctrine of estoppel by convention met.

Estoppel — Estoppel by representation — Limitation of actions — Whether defendant's silence regard-

**Cabot Insurance Company Limited et feu
Rex Gilbert Moore, représenté par son
administratrice Muriel Smith** *Appelants*

c.

Peter Ryan *Intimé*

RÉPERTORIÉ : RYAN c. MOORE

Référence neutre : 2005 CSC 38.

N° du greffe : 29849.

2004 : 7 décembre; 2005 : 16 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Prescription — Survie d'une action intentée contre une personne décédée — Délais de prescription — Préclusion par convention — Préclusion par assertion de fait — Règle de la possibilité de découvrir le dommage — Confirmation de la cause d'action — Délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act expirant un an après le décès d'une partie à une action ou six mois après la date de délivrance de lettres d'administration — Déclaration relative à un préjudice résultant d'un accident d'automobile déposée contre le défendeur avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la Limitations Act — Demandeur apprenant le décès du défendeur seulement après l'expiration du délai de prescription plus court établi par la Survival of Actions Act — La règle de la préclusion par convention ou par assertion de fait empêche-t-elle le défendeur d'invoquer la prescription comme moyen de défense? — La confirmation de la cause d'action ou la règle de la possibilité de découvrir le dommage a-t-elle pour effet de prolonger le délai de prescription prévu par la Survival of Actions Act? — Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32, art. 5 — Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1, art. 5, 16.

Préclusion — Préclusion par convention — Conditions — Les conditions de la règle de la préclusion sont-elles remplies?

Préclusion — Préclusion par assertion de fait — Prescription — Le silence du défendeur concernant le

ing shorter limitation period constitutes representation grounding estoppel.

On November 27, 1997, three vehicles operated by the respondent R, the appellant M, and a third party were involved in an accident. R decided to pursue a personal injury claim against M. He was unaware that, on December 26, 1998, M had died of causes unrelated to the accident. On February 16, 1999, Letters of Administration were granted to M's administratrix. On October 28, 1999, R issued his statement of claim naming M as the defendant; it was within the two-year limitation period prescribed by the *Limitations Act*, but outside the limitation period under the *Survival of Actions Act*, namely one year after the death of a party to an action or six months after letters of administration are granted. The appellant insurer sought an order striking out the statement of claim for being out of time. R also filed an application to amend the name of the defendant in the statement of claim. The Supreme Court of Newfoundland and Labrador denied the insurer's application to have the action dismissed and granted R's application. The Court of Appeal allowed, in part, both the appeal and cross-appeal, concluding that the *Survival of Actions Act* applied to the action, but that the appellants were nevertheless estopped from relying upon the shorter limitation period.

Held: The appeal should be allowed on the issue of estoppel and the statement of claim struck out. The decision of the Court of Appeal should otherwise be affirmed. There are no reasons based on any legal doctrine to preclude M's estate or the insurer from relying on the *Survival of Actions Act* limitation period.

The discoverability rule does not apply to the *Survival of Actions Act*. This rule cannot be relied on where, as here, the limitation period is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party's knowledge or the basis of the cause of action. By using a specific event as the starting point of the "limitation clock" under the *Survival of Actions Act*, the legislature displaced the discoverability rule in all situations to which the *Survival of Actions Act* applies. [24-25] [27]

Section 16 of the *Limitations Act* does not apply to the *Survival of Actions Act* either. Any confirmation of the cause of action would have no effect on the *Survival of Actions Act* limitation period because the *Survival of Actions Act* does not create a cause of action but simply confers a right to pursue a claim notwithstanding the fact

décal de prescription plus court constitue-t-il une asser-tion justifiant la préclusion?

Un accident impliquant trois véhicules conduits par l'intimé R, l'appellant M et une tierce personne est survenu le 27 novembre 1997. R a décidé d'intenter une action pour préjudice corporel contre M. Il ignorait que, le 26 décembre 1998, M était décédé de causes non liées à l'accident. Le 16 février 1999, des lettres d'administration ont été délivrées à l'administratrice de M. Le 28 octobre 1999, R a déposé sa déclaration désignant M comme défendeur; ce dépôt a été fait avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la *Limitations Act*, mais après celle du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*, qui est d'un an suivant la date du décès d'une partie à une action ou de six mois suivant la délivrance de lettres d'administration. L'assureur appellant a sollicité une ordonnance de radiation de la déclaration pour cause de tardiveté. R a également présenté une demande de modification du nom de la partie défenderesse inscrit dans la déclaration. La Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté la demande de l'assureur visant à obtenir le rejet de l'action et a accueilli la demande de R. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel principal et l'appel incident, concluant que la *Survival of Actions Act* s'appliquait à l'action, mais que les appelants étaient néanmoins préclus d'invoquer le délai de prescription plus court.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne la question de la préclusion et la déclaration est radiée. La décision de la Cour d'appel est par ailleurs confirmée. Il n'y avait aucune raison fondée sur quelque règle juridique d'empêcher la succession de M ou l'assureur d'invoquer le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*.

La règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas à la *Survival of Actions Act*. Cette règle ne peut pas être invoquée dans les cas où, comme en l'espèce, la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n'a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d'action. En désignant un fait particulier comme élément déclencheur du « compte à rebours de la prescription », le législateur a écarté la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans tous les cas où la *Survival of Actions Act* s'applique. [24-25] [27]

L'article 16 de la *Limitations Act* ne s'applique pas non plus à la *Survival of Actions Act*. Une confirmation de la cause d'action n'aurait aucun effet sur le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* parce que cette loi ne crée pas une cause d'action, mais ne fait que conférer un droit d'intenter une action malgré le décès

that one of the parties has died. In any event, there was no confirmation of the cause of action in this case, as there was no admission of liability through the letters sent between the parties' representatives or through the payments made by the insurer to R's counsel for property damage or for medical reports. The letters and payments were intended only to promote the investigation and early resolution of certain aspects of the claim. [37] [42] [45-48]

The requirements to establish estoppel by convention — a communicated shared assumption between the parties, reliance on the shared assumption and detriment — are not met. None of the letters exchanged by R's counsel and the adjuster with respect to R's personal injury claim prove the existence of a common assumption that M was alive or that the limitation defence would not be relied on. The letters lack clarity and certainty. Even if one could conclude that there was a mutual assumption between the parties, it cannot realistically be asserted that R communicated to the appellants that he shared the mistaken assumption. Moreover, R not only did not rely on the alleged assumption, but his conduct does not show an intention to affect the legal relations between the parties. The record does not disclose that R changed his position in any way on the basis of this alleged mutual assumption. Rather, the evidence suggests that he never put his mind to the shorter *Survival of Actions Act* limitation period. Given that there was no shared assumption or reliance, the detriment requirement does not need to be addressed. It should be noted, however, that a detriment is not established by a reduced limitation period. [63-66] [70-72] [75]

Finally, R cannot rely on estoppel by representation. Estoppel by representation cannot arise from silence unless a party is under a duty to speak. In the present case, there was no duty on the appellants to advise R of a limitation period, to assist him in the prosecution of the claim, or to advise him of the consequences of the death of one of the parties. [76-77]

Cases Cited

Referred to: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Page v. Austin* (1884), 10 S.C.R. 132; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Payne v. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88,

de l'une des parties. De toute façon, la cause d'action n'a pas été confirmée en l'espèce étant donné que ni les lettres (échangées entre les représentants des parties) ni les paiements effectués (par l'assureur à l'avocat de R pour le préjudice matériel ou des rapports médicaux) ne traduisent une reconnaissance de responsabilité. Les lettres et les paiements étaient seulement destinés à faire avancer l'enquête et à favoriser le règlement rapide de certains aspects de la demande d'indemnité. [37] [42] [45-48]

Les conditions pour qu'il y ait préclusion par convention — présupposition commune communiquée entre les parties, avoir agi sur la foi de cette présupposition commune (acte de confiance) et préjudice — ne sont pas remplies. Aucune des lettres que l'avocat de R et l'expert en sinistres ont échangées relativement à l'action pour préjudice corporel de R n'établit l'existence d'une présupposition commune que M était vivant ou que la prescription ne serait pas invoquée comme moyen de défense. Ces lettres manquent de clarté et de certitude. Même si on pouvait conclure à l'existence d'une présupposition commune des parties, on ne saurait réalistement affirmer que R a informé les appelants qu'il partageait leur présupposition erronée. De plus, non seulement R ne s'est-il pas fié à la présupposition dont on allègue l'existence, mais encore sa conduite ne démontre aucune intention de modifier les rapports juridiques entre les parties. Le dossier ne montre pas que R a modifié de quelque façon que ce soit sa situation en raison de la présupposition commune dont on allègue l'existence. La preuve indique plutôt qu'il n'a jamais songé au délai de prescription plus court prévu par la *Survival of Actions Act*. Étant donné l'absence de présupposition commune ou d'acte de confiance, il n'est pas nécessaire d'examiner le critère du préjudice. Toutefois, il y a lieu de souligner qu'un délai de prescription plus court n'est pas une preuve de préjudice. [63-66] [70-72] [75]

Enfin, R ne peut pas invoquer la préclusion par assertion de fait. La préclusion par assertion de fait ne peut pas découler d'un silence, à moins qu'une partie ne soit tenue de parler. En l'espèce, les appelants n'étaient pas tenus d'informer R de l'existence d'un délai de prescription, de l'aider à intenter son action ou de l'aviser des conséquences du décès de l'une des parties. [76-77]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Page c. Austin* (1884), 10 R.C.S. 132; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Payne c. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88,

leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiii; *Burt v. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193; *Waschkowski v. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370; *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL); *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321; *MacKenzie Estate v. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149; *Justice v. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501; *Good v. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59; *Surrendra Overseas Ltd. v. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481; *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716; *Wheaton v. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304; *MacKay v. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382; *Harper v. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84; *National Westminster Finance NZ Ltd. v. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548; *The “Indian Grace”*, [1998] 1 Lloyd’s L.R. 1; *The “August Leonhardt”*, [1985] 2 Lloyd’s L.R. 28; *The “Vistafford”*, [1988] 2 Lloyd’s L.R. 343; *Canacemal Investment Inc. v. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL); *Capro Investments Ltd. v. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL); *Troop v. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1; *Hillingdon London Borough v. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL); *Baird Textile Holdings Ltd. v. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274; *John v. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL); *Seechurn v. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd’s L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67; *Litwin Construction (1973) Ltd. v. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459; *Vancouver City Savings Credit Union v. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934; 32262 B.C. *Ltd. v. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227; *Grundt v. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87.

Statutes and Regulations Cited

Fatal Accidents Act, R.S.N.L. 1990, c. F-6.
Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, ss. 5, 16.
Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32, ss. 2, 5, 8(1).

Authors Cited

Bower, George Spencer. *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4th ed. by P. Feltham, D. Hochberg and T. Leech. London: LexisNexis UK, 2004.
Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.
Dawson, T. Brettel. “Estoppel and obligation: the modern role of estoppel by convention” (1989), 9 *L.S.* 16.

autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiii; *Burt c. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193; *Waschkowski c. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370; *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL); *Edwards c. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321; *MacKenzie Estate c. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149; *Justice c. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501; *Good c. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59; *Surrendra Overseas Ltd. c. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481; *Podovnikoff c. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716; *Wheaton c. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304; *MacKay c. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382; *Harper c. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84; *National Westminster Finance NZ Ltd. c. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548; *The « Indian Grace »*, [1998] 1 Lloyd’s L.R. 1; *The « August Leonhardt »*, [1985] 2 Lloyd’s L.R. 28; *The « Vistafford »*, [1988] 2 Lloyd’s L.R. 343; *Canacemal Investment Inc. c. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL); *Capro Investments Ltd. c. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL); *Troop c. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1; *Hillingdon London Borough c. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL); *Baird Textile Holdings Ltd. c. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274; *John c. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL); *Seechurn c. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd’s L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67; *Litwin Construction (1973) Ltd. c. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459; *Vancouver City Savings Credit Union c. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934; 32262 B.C. *Ltd. c. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227; *Grundt c. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87.

Lois et règlements cités

Fatal Accidents Act, R.S.N.L. 1990, ch. F-6.
Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1, art. 5, 16.
Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32, art. 2, 5, 8(1).

Doctrine citée

Bower, George Spencer. *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4th ed. by P. Feltham, D. Hochberg and T. Leech. London : LexisNexis UK, 2004.
Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. London : Sweet & Maxwell, 2004.
Dawson, T. Brettel. « Estoppel and obligation : the modern role of estoppel by convention » (1989), 9 *L.S.* 16.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
 Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.
 Wilken, Sean. *Wilken and Villiers: The Law of Waiver, Variation and Estoppel*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Wells C.J.N. and Cameron, Roberts and Welsh J.J.A., and Russell J. (*ex officio*)) (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 669 A.P.R. 181, 50 E.T.R. (2d) 8, [2003] N.J. No. 113 (QL), 2003 NLCA 19, reversing, in part, a decision of Orsborn J. (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211, 615 A.P.R. 211, 18 C.P.C. (5th) 95, 41 E.T.R. (2d) 287, 19 M.V.R. (4th) 120, [2001] N.J. No. 284 (QL). Appeal allowed.

Sandra R. Chaytor and Jorge P. Segovia, for the appellants.

Ian F. Kelly, Q.C., and *Gregory A. French*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J.— We are asked to decide whether or not a shortened limitation period under s. 5 of the *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32 (see Appendix), applicable upon the death of one of the parties to an action, can be enforced against a party who had no knowledge of the death until after the limitation period had expired. The respondent, Peter Ryan (“Ryan”), argues that the answer should be no; he invoked in front of our Court and in the courts below a number of legal principles which I shall address: discoverability, confirmation, estoppel by convention and estoppel by representation. The issue of estoppel was raised for the first time by the Court of Appeal itself.

The discoverability rule dictates that a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.
 Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.
 Wilken, Sean. *Wilken and Villiers : The Law of Waiver, Variation and Estoppel*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Wells et les juges Cameron, Roberts et Welsh et le juge Russell (*ex officio*)) (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 669 A.P.R. 181, 50 E.T.R. (2d) 8, [2003] N.J. No. 113 (QL), 2003 NLCA 19, qui a infirmé, en partie, une décision du juge Orsborn (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211, 615 A.P.R. 211, 18 C.P.C. (5th) 95, 41 E.T.R. (2d) 287, 19 M.V.R. (4th) 120, [2001] N.J. No. 284 (QL). Pourvoi accueilli.

Sandra R. Chaytor et Jorge P. Segovia, pour les appelants.

Ian F. Kelly, c.r., et *Gregory A. French*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — La Cour est appelée à décider si le délai de prescription plus court que l’art. 5 de la *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, ch. S-32 (voir l’annexe), prévoit en cas de décès de l’une des parties à une action peut s’appliquer à une partie qui n’a pris connaissance du décès qu’après l’expiration du délai de prescription. L’intimé Peter Ryan prétend qu’il faut répondre par la négative; il a invoqué, devant notre Cour et devant les tribunaux d’instance inférieure, un certain nombre de règles juridiques que je vais examiner : la possibilité de découvrir le dommage, la confirmation, la préclusion par convention et la préclusion par assertion de fait. C’est la Cour d’appel elle-même qui a soulevé pour la première fois la question de la préclusion.

Selon la règle de la possibilité de découvrir le dommage, une cause d’action prend naissance, pour les besoins de la prescription, au moment où les faits substantiels sur lesquels repose cette cause d’action

the plaintiff by the exercise of reasonable diligence (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224).

3 Section 16(1) of the *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1 (see Appendix), prescribes that confirmation of a cause of action occurs when a person acknowledges the cause of action of another person or makes a payment in respect of that cause of action. Thus, at that moment, the limitation clock is restarted, and the time before the date of the confirmation will not be counted.

4 Estoppel by convention operates where the parties have agreed that certain facts are deemed to be true and to form the basis of the transaction into which they are about to enter (G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at p. 140, note 302). If they have acted upon the agreed assumption, then, as regards that transaction, each is estopped against the other from questioning the truth of the statement of facts so assumed if it would be unjust to allow one to go back on it (G. S. Bower, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (4th ed. 2004), at pp. 7-8).

5 Estoppel by representation requires a positive representation made by the party whom it is sought to bind, with the intention that it shall be acted on by the party with whom he or she is dealing, the latter having so acted upon it as to make it inequitable that the party making the representation should be permitted to dispute its truth, or do anything inconsistent with it (*Page v. Austin* (1884), 10 S.C.R. 132, at p. 164).

6 None of these doctrines can find application in the present case. I will address each of these doctrines and in most cases adopt the reasons of the Court of Appeal with mere comment. One legal concept requires more attention from this Court, given that it is being asked to develop a legal test with regard to its application: estoppel by convention.

ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, p. 224).

Le paragraphe 16(1) de la *Limitations Act*, S.N.L. 1995, ch. L-16.1 (voir l'annexe), prévoit qu'une cause d'action est confirmée si une personne reconnaît la cause d'action appartenant à autrui ou si elle effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action. Ainsi, le compte à rebours recommence dès lors, et le temps écoulé avant la date de confirmation ne compte pas.

Il peut y avoir préclusion par convention lorsque les parties ont convenu de présupposer que certains faits sont véridiques et constituent le fondement de l'opération qu'elles s'apprêtent à conclure (G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), p. 140, note 302). Si les parties ont agi sur la foi de cette présupposition conventionnelle, alors, en ce qui concerne l'opération, chaque partie est précluse, par rapport à l'autre, de mettre en doute la véracité ainsi présupposée de l'exposé des faits, dans le cas où il serait injuste de permettre à l'une d'elles de revenir sur cette présupposition (G. S. Bower, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (4^e éd. 2004), p. 7-8).

Pour que la préclusion par assertion de fait s'applique, une assertion positive doit avoir été faite par la partie que l'on souhaite voir liée par celle-ci afin que la partie avec qui elle traitait agisse sur la foi de cette assertion, et cette dernière doit avoir agi sur la foi de l'assertion de sorte qu'il serait inéquitable de permettre à l'auteur de l'assertion d'en mettre en doute la véracité ou d'agir de quelque manière incompatible avec elle (*Page c. Austin* (1884), 10 R.C.S. 132, p. 164).

Aucune de ces règles n'est applicable en l'espèce. Je vais examiner chacune de celles-ci et, dans la plupart des cas, approuver les motifs de la Cour d'appel en ajoutant un simple commentaire. Une notion juridique mérite que notre Cour s'y attarde davantage étant donné qu'elle est appelée à établir un critère juridique d'application : la préclusion par convention.

I. BackgroundA. *Facts*

On November 27, 1997, three vehicles were involved in an accident. They were operated by the respondent, Ryan, the appellant, Rex Gilbert Moore, and a third party (not involved in this matter), David Crummey. Ryan decided to pursue a personal injury claim against Moore. He was unaware that, on December 26, 1998, Moore had died of causes unrelated to the accident. On February 16, 1999, Letters of Administration were granted to Moore's administratrix, Muriel Smith. On October 28, 1999, Ryan issued his statement of claim; it was within the two-year limitation period prescribed by the *Limitations Act*, but outside the applicable six-month limitation period from the granting of the letters of administration under the *Survival of Actions Act*. Ryan argues that the appellant is estopped from relying upon the shorter limitation period. Alternatively, he argues that the discoverability principle or the confirmation rule apply to extend this shorter limitation period.

As this case is centred on issues related to limitation periods, it is important to recollect the important events leading up to this litigation:

November 27, 1997 The accident

November 28, 1997 Cabot Insurance Co. ("Cabot Insurance") appoints adjuster Brian Lacey to look after the claim against its insured Moore. Ryan retains counsel who contacts the adjuster advising of his retainer and that Ryan, while his injuries are being assessed, will pursue his property damage claim directly with the adjuster.

I. ContexteA. *Les faits*

Un accident impliquant trois véhicules est survenu le 27 novembre 1997. Ces véhicules étaient conduits par l'intimé M. Ryan, l'appelant Rex Gilbert Moore, ainsi qu'une tierce personne (non partie à l'instance), David Crummey. M. Ryan a décidé d'intenter une action pour préjudice corporel contre M. Moore. Il ignorait que, le 26 décembre 1998, M. Moore était décédé de causes non liées à l'accident. Le 16 février 1999, des lettres d'administration ont été délivrées à Muriel Smith, l'administratrice de M. Moore. M. Ryan a déposé sa déclaration le 28 octobre 1999, soit avant l'expiration du délai de prescription de deux ans fixé par la *Limitations Act*, mais après celle du délai de prescription de six mois qui, aux termes de la *Survival of Actions Act*, commence à courir à partir de la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration. M. Ryan prétend que l'appelant est préclus d'invoquer le délai de prescription plus court. Subsidiairement, il fait valoir que ce délai plus court peut être prolongé en vertu de la règle de la possibilité de découvrir le dommage ou de la règle de la confirmation.

Étant donné que la présente affaire porte sur des questions liées aux délais de prescription, il importe de rappeler les principaux faits à l'origine du litige :

27 novembre 1997 L'accident

28 novembre 1997 Cabot Insurance Co. (« Cabot Insurance ») nomme l'expert en sinistres Brian Lacey qui s'occupera de la demande d'indemnité dont fait l'objet son assuré M. Moore. M. Ryan retient les services d'un avocat, qui communique avec l'expert en sinistres pour l'informer de son mandat et l'aviser qu'en attendant que ses blessures soient évaluées M. Ryan lui présentera directement sa demande d'indemnité pour préjudice matériel.

December 1997 – December 1998	Cabot Insurance pays Ryan’s property damage claim directly to him. Correspondence is exchanged between Ryan’s counsel and the adjuster concerning Ryan’s medical condition, the adjuster seeking documentation and updates on Ryan’s condition, and the counsel providing the information requested. The counsel forwards Ryan’s hospital chart to the adjuster, for which Cabot Insurance reimburses counsel the \$40 fee.	décembre 1997 – décembre 1998	Cabot Insurance verse directement à M. Ryan une indemnité pour préjudice matériel. L’avocat de M. Ryan et l’expert en sinistres échangent une correspondance concernant l’état de santé de M. Ryan, l’expert en sinistres sollicitant des documents et des mises à jour sur l’état de santé de M. Ryan, et l’avocat fournissant les renseignements demandés. L’avocat fait parvenir à l’expert en sinistres le dossier hospitalier de M. Ryan, pour lequel Cabot Insurance rembourse à l’avocat des frais de 40 \$.
<i>December 26, 1998</i>	<i>Moore dies at age 75 from causes unrelated to the accident.</i>	<i>26 décembre 1998</i>	<i>M. Moore décède à l’âge de 75 ans de causes non liées à l’accident.</i>
January 25, 1999	The adjuster writes to Ryan’s counsel seeking medical information and reiterating that the insurer would pay a reasonable fee for a medical report. He refers to Moore as “Our Insured”.	25 janvier 1999	L’expert en sinistres écrit à l’avocat de M. Ryan pour obtenir des renseignements médicaux et réitérer que l’assureur est disposé à payer des frais raisonnables pour un rapport médical. Il désigne M. Moore comme étant [TRADUCTION] « Notre assuré ».
<i>February 16, 1999</i>	<i>Letters of Administration of the Estate of Rex Moore are granted to Muriel Smith.</i>	<i>16 février 1999</i>	<i>Des lettres d’administration de la succession de Rex Moore sont délivrées à Muriel Smith.</i>
April 5, 1999	Ryan’s counsel forwards to the adjuster an invoice for a medical report of Ryan’s examination by an orthopaedic surgeon.	5 avril 1999	L’avocat de M. Ryan fait parvenir à l’expert en sinistres une facture pour un rapport d’examen médical de M. Ryan par un chirurgien orthopédique.
July 29, 1999	The adjuster forwards to Ryan’s counsel a cheque for payment of the medical report. The cheque is payable to	29 juillet 1999	L’expert en sinistres envoie à l’avocat de M. Ryan un chèque pour payer le rapport médical. Le chèque est à l’ordre du

	Dr. Landells. He refers to Moore as “Our Insured”.		D ^r Landells. Il désigne M. Moore comme étant [TRADUCTION] « Notre assuré ».
<i>August 16, 1999</i>	<i>Six months have passed since the grant of letters of administration of Moore’s estate.</i>	<i>16 août 1999</i>	<i>Six mois se sont écoulés depuis la délivrance des lettres d’administration de la succession de M. Moore.</i>
October 28, 1999	The statement of claim is issued naming Rex Moore as defendant.	28 octobre 1999	Dépôt de la déclaration désignant Rex Moore comme défendeur.
February 10, 2000	Ryan’s counsel writes to the adjuster seeking payment for the cost of obtaining the chart from Ryan’s family physician. He refers to Moore as “Your Insured”.	10 février 2000	L’avocat de M. Ryan écrit à l’expert en sinistres pour lui demander de payer les frais exigés pour le dossier tenu par le médecin de famille de M. Ryan. Il désigne M. Moore comme étant [TRADUCTION] « Notre assuré ».
March 2, 2000	Ryan’s counsel writes to the adjuster requesting payment for the chart of another physician. He refers to Moore as “Your Insured”.	2 mars 2000	L’avocat de M. Ryan écrit à l’expert en sinistres pour lui demander de payer les frais exigés pour le dossier tenu par un autre médecin. Il désigne M. Moore comme étant [TRADUCTION] « Notre assuré ».
<i>May 18, 2000</i>	<i>The adjuster learns of Moore’s death.</i>	<i>18 mai 2000</i>	<i>L’expert en sinistres apprend le décès de M. Moore.</i>
<i>September 22, 2000</i>	<i>Ryan’s counsel learns of Moore’s death after attempting to serve the statement of claim.</i>	<i>22 septembre 2000</i>	<i>L’avocat de M. Ryan apprend le décès de M. Moore après avoir tenté de signifier la déclaration.</i>
October 24, 2000	Ryan’s counsel suggests to Cabot Insurance’s claims examiner, Valerie Moore, in a meeting (to discuss claims unrelated to this case) that there might be a problem with the limitation period.	24 octobre 2000	Lors d’une réunion (tenue pour discuter de demandes non liées à la présente affaire), l’avocat de M. Ryan laisse entendre à Valerie Moore, une rédactrice sinistres de Cabot Insurance, que le délai de prescription pourrait poser un problème.

November 9, 2000 Cabot Insurance refuses to settle Ryan's claim because the action is outside the limitation period.

9 novembre 2000 Cabot Insurance refuse de régler la demande de M. Ryan parce que l'action a été intentée après l'expiration du délai de prescription.

9 Cabot Insurance applied to intervene in the proceedings and sought an order striking out the statement of claim for being out of time. It further claimed that the statement of claim naming a dead person as defendant was a nullity and was not capable of being amended. Ryan also filed an application to amend the statement of claim to describe the defendant as "Rex Moore, Deceased, by his administratrix, Muriel Smith".

Cabot Insurance a présenté une demande d'intervention dans l'instance et a sollicité une ordonnance de radiation de la déclaration pour cause de tardiveté. Elle a, en outre, fait valoir que la déclaration désignant une personne décédée comme défenderesse était nulle et ne pouvait pas être modifiée. M. Ryan a également présenté une demande de modification de la déclaration en vue de désigner le défendeur comme étant [TRADUCTION] « Feu Rex Moore, représenté par son administratrice Muriel Smith ».

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 211

10 At the Supreme Court of Newfoundland and Labrador, Orsborn J. denied Cabot Insurance's application to have the action dismissed. First, he held that the discoverability rule did not apply to postpone the running of the *Survival of Actions Act* limitation period, since the fact of death was not an element of the cause of action and was not required to complete the cause of action (paras. 50-51). Second, Orsborn J. held that the confirmation provisions of s. 16 of the *Limitations Act* are not expressly confined to the limitation periods fixed by the *Limitations Act*. He saw no reason in principle why a cause of action continued under the *Survival of Actions Act* could not be confirmed and the limitation period fixed by that Act thus continued. He concluded that Cabot Insurance's payment for the medical report on July 29, 1999 constituted a confirmation of Ryan's cause of action. Since the action was commenced within six months of this payment, the proceeding was still within the short *Survival of Actions Act* limitation period and was not statute barred (paras. 52-63). Third, Orsborn J. concluded that in any event, on the facts of this case, the cause of action against Moore was not a cause of action to which the *Survival of Actions Act* applies. The *Survival of Actions Act* permits a cause of action to survive "for the benefit of or against" an estate

Le juge Orsborn de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté la demande de Cabot Insurance visant à obtenir le rejet de l'action. Premièrement, il a conclu que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'appliquait pas pour reporter le point de départ du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*, étant donné que le décès en tant que tel ne constituait pas un élément de la cause d'action et n'était pas nécessaire pour compléter la cause d'action (par. 50-51). Deuxièmement, le juge Orsborn a estimé que l'application des dispositions de l'art. 16 de la *Limitations Act*, relatives à la confirmation, n'était pas expressément limitée aux délais de prescription fixés par la *Limitations Act*. Il ne voyait pas pourquoi, en principe, une cause d'action ayant subsisté en vertu de la *Survival of Actions Act* ne pouvait pas être confirmée de manière à maintenir le délai de prescription fixé par cette loi. Il a conclu que le paiement du 29 juillet 1999, que Cabot Insurance avait effectué pour le rapport médical, confirmait la cause d'action de M. Ryan. Étant donné que les procédures avaient été engagées dans les six mois suivant ce paiement, l'action respectait encore le court délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* et n'était pas prescrite (par. 52-63). Troisièmement, le juge Orsborn

(s. 2(b)). The *Survival of Actions Act* deals with the potential acquisition or dissipation of estate assets. However, in this case, Ryan's claim poses no risk to the assets of the estate. Instead, the risk lies on the insurer. Moore was a defendant in name only, and the real party to the action was the insurer. Thus, Ryan's cause of action was not extinguished on Moore's death (paras. 66-76). Fourth, Orsborn J. held that if Ryan's cause of action had not been confirmed and if the *Survival of Actions Act* was indeed applicable (which he held it was not), then the action would have been a nullity for being commenced outside the limitation period. However, as this was not the case, the plaintiff was not statute barred.

C. *Court of Appeal of Newfoundland and Labrador* (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 2003 NLCA 19

(1) Wells C.J. (for the majority)

The majority of the Court of Appeal allowed, in part, both the appeal and cross-appeal. The applications judge's order to permit the intervention of Cabot Insurance and the amendment of the statement of claim was affirmed. Wells C.J. held that the applications judge made no error in considering the existence of insurance in determining whether or not the action posed a financial risk to the estate. He nevertheless held that the applications judge erred in holding that the cause of action against Moore is a cause of action to which the *Survival of Actions Act* did not apply. The court explained that unless the *Survival of Actions Act* applies, the action will be a nullity. The right to institute a tort action after death, or continue an action after death, derives from the statute. Without such a statute, this right does not otherwise exist.

a décidé que, de toute façon, compte tenu des faits de la présente affaire, la cause d'action contre M. Moore n'était pas visée par la *Survival of Actions Act*. Cette loi permet qu'une cause d'action survive [TRADUCTION] « au profit » d'une succession ou « contre » celle-ci (al. 2b)). Elle traite de l'acquisition ou de la dissipation potentielles d'éléments d'actif de la succession. En l'espèce, cependant, la demande de M. Ryan ne présente aucun risque pour les biens de la succession. C'est plutôt l'assureur qui est exposé à un risque. M. Moore n'avait de défendeur que le nom, la véritable partie à l'action étant l'assureur. La cause d'action de M. Ryan ne s'était donc pas éteinte au décès de M. Moore (par. 66-76). Quatrièmement, le juge Orsborn a conclu que, si la cause d'action de M. Ryan n'avait pas été confirmée et que la *Survival of Actions Act* était effectivement applicable (ce qui n'était pas le cas, selon lui), alors l'action aurait été nulle pour cause de tardiveté. Toutefois, comme ce n'était pas le cas, l'action du demandeur n'était pas prescrite.

C. *Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador* (2003), 224 Nfld. & P.E.I.R. 181, 2003 NLCA 19

(1) Le juge en chef Wells (au nom des juges majoritaires)

La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli en partie l'appel principal et l'appel incident. Elle a confirmé l'ordonnance du juge des requêtes autorisant l'intervention de Cabot Insurance et la modification de la déclaration. Le juge en chef Wells a conclu que le juge des requêtes n'avait commis aucune erreur en tenant compte de l'existence d'une assurance pour décider si l'action présentait un risque financier pour la succession. Il a néanmoins décidé que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant que la cause d'action contre M. Moore n'était pas visée par la *Survival of Actions Act*. La cour a expliqué que, à moins que la *Survival of Actions Act* ne s'applique, l'action était nulle. Le droit d'intenter une action délictuelle après le décès, ou de poursuivre une action après le décès, découle de la Loi. En l'absence d'une telle loi, ce droit n'existe pas.

- 12 The majority agreed with the applications judge that the discoverability rule does *not* apply to postpone the running of the limitation period under the *Survival of Actions Act*. Concluding that the limitation period in the statute runs from an event that occurs without regard to the injured party's knowledge, the majority deemed that allowing the application of the discoverability rule would disrupt the exception to the common law rule, the courts thereby intruding into the legislature's jurisdiction.
- 13 The majority disagreed with Orsborn J.'s holding that the confirmation provisions of the *Limitations Act* also apply to the limitation period under the *Survival of Actions Act*. Wells C.J. held that s. 16 of the *Limitations Act* provides confirmation of a cause of action and not of the right to commence it. The majority pointed out that the nature of the cause of action, or whether it is confirmed, is not relevant to the date of death or of grant of probate which triggers the limitation period created by the *Survival of Actions Act*. Confirmation did not arise in relation to the limitation period stemming from the *Limitations Act* because the statement of claim was issued within two years of the collision, i.e. within the prescribed delay.
- 14 Turning to the last issue, the majority held that Moore's estate and Cabot Insurance were barred by the principle of estoppel from relying on the fact of Moore's death and the granting of letters of administration. The particular form of estoppel invoked was estoppel by convention. Wells C.J., having reviewed Canadian and foreign authorities and decisions, concluded that estoppel by convention was established (para. 79). The majority held that detrimental reliance was not required. Consequently, Cabot Insurance and Moore were estopped from pleading that Moore died or that letters of
- Les juges majoritaires ont partagé l'opinion du juge des requêtes selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir le dommage *ne s'applique pas* pour reporter le point de départ du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*. Concluant que le délai de prescription prévu par la Loi court à compter de la date d'un événement qui survient, peu importe que la partie lésée en ait connaissance ou non, les juges majoritaires ont considéré que l'application de la règle de la possibilité de découvrir le dommage aurait pour effet d'écartier l'exception à cette règle de common law, les tribunaux se trouvant alors à empiéter sur la compétence du législateur.
- Les juges majoritaires ont exprimé leur désaccord avec la conclusion du juge Orsborn selon laquelle les dispositions de la *Limitations Act* relatives à la confirmation s'appliquent également au délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. Le juge en chef Wells a statué que l'art. 16 de la *Limitations Act* prévoit la confirmation d'une cause d'action et non du droit d'intenter une action. Les juges majoritaires ont souligné que la nature de la cause d'action ou la question de savoir si la cause d'action est confirmée n'est pas pertinente en ce qui concerne la date de décès ou la délivrance de lettres d'homologation qui marque le point de départ du délai de prescription établi par la *Survival of Actions Act*. La question de la confirmation ne se posait pas en ce qui concernait le délai de prescription résultant de la *Limitations Act* étant donné que la déclaration avait été déposée dans les deux ans suivant la collision, c'est-à-dire dans le délai prévu.
- Quant au dernier point, les juges majoritaires ont conclu que la règle de la préclusion empêchait la succession de M. Moore et Cabot Insurance d'invoquer le décès en tant que tel de M. Moore et la délivrance de lettres d'administration. La forme de préclusion invoquée était la préclusion par convention. Après avoir passé en revue la doctrine et la jurisprudence canadiennes et étrangères, le juge en chef Wells a décidé que la préclusion par convention était établie (par. 79). Les juges majoritaires considéraient qu'aucun acte de confiance préjudiciable n'était nécessaire. Cabot Insurance et M. Moore

administration were granted prior to May 2000 in order to invoke the shorter *Survival of Actions Act* limitation period. As a result, nullity could not be established and the statement of claim was amended to name the administratrix of Moore as defendant in the action.

(2) Cameron J.A. (dissenting)

In dissenting reasons, concurred in by Welsh J.A., Cameron J.A. disagreed with the estoppel analysis and held that it did not apply to the case at bar. After analysing case law and doctrine, she concluded that mutual misunderstanding (both parties assuming that Moore was alive) did not amount to a common assumption. The dissenting judges did not find that the letters sent by Cabot Insurance to Ryan’s counsel referring to “Our Insured: Rex Moore” formed the basis on which the parties governed their conduct. The failure to commence the action within the *Survival of Actions Act*’s limitation period was *not* due to any arrangement between the parties, and consequently, there was no reliance on any convention. Therefore, this principle did not apply. Ryan’s action was therefore time barred. The dissenting judges would have allowed the appeal.

II. Analysis

A. Discoverability

(1) Statutory Limitation Periods

The situation here is governed by two limitation periods: s. 5 of the *Limitations Act* (see Appendix) and s. 5 of the *Survival of Actions Act*. The limitation period in s. 5 of the *Limitations Act* applies initially. Section 5 of the *Survival of Actions Act* superimposes itself on s. 5 at a later point in time, but does not eliminate it. This follows from the fact that the *Survival of Actions Act* does not create a new cause of action, as will be explained later.

étaient donc préclus d’invoquer le délai de prescription plus court fixé par la *Survival of Actions Act* en faisant valoir que M. Moore était décédé ou que des lettres d’administration avaient été délivrées avant le mois de mai 2000. Par conséquent, la nullité ne pouvait pas être établie et la déclaration a été modifiée de manière à désigner l’administratrice de M. Moore comme partie défenderesse dans l’action.

(2) La juge Cameron (dissidente)

Dans ses motifs dissidents, auxquels le juge Welsh a souscrit, la juge Cameron s’est dite en désaccord avec l’analyse de la préclusion et a décidé que cette règle ne s’appliquait pas en l’espèce. Après avoir analysé la jurisprudence et la doctrine, elle a conclu qu’une méprise de part et d’autre (les deux parties ayant cru que M. Moore était vivant) ne constituait pas une présupposition commune. Les juges dissidents n’ont pas considéré que les lettres portant la mention [TRADUCTION] « Notre assuré : Rex Moore » que Cabot Insurance avait envoyées à l’avocat de M. Ryan avaient déterminé la conduite des parties. L’omission d’intenter l’action avant l’expiration du délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* n’était *pas* le fruit d’un arrangement entre les parties, si bien que l’on ne s’était fondé sur aucune convention. Par conséquent, cette règle ne s’appliquait pas. L’action de M. Ryan était donc prescrite. Les juges dissidents auraient accueilli l’appel.

II. Analyse

A. La possibilité de découvrir le dommage

(1) Les délais de prescription légaux

Deux délais de prescription s’appliquent en l’espèce : celui prévu par l’art. 5 de la *Limitations Act* (voir l’annexe) et celui prévu par l’art. 5 de la *Survival of Actions Act*. Le délai de prescription établi par l’art. 5 de la *Limitations Act* s’applique au départ. Il se superpose, par la suite, au délai fixé par l’art. 5 de la *Limitations Act*, sans toutefois l’éliminer. Cela découle du fait que la *Survival of Actions Act* ne crée pas une nouvelle cause d’action, comme je l’expliquerai plus loin.

15

16

17 Pursuant to s. 5 of the *Limitations Act*, a person can bring an action for damages in respect of injury based on contract or tort within two years of the date on which the right to do so arose. Ryan, by issuing a statement of claim on October 28, 1999, naming Rex Moore as the defendant, therefore, met the prescribed limitation period in the *Limitations Act*. Nevertheless, unknown to the parties, Rex Moore had died on December 26, 1998, altering the fact scenario.

18 As stated by the Court of Appeal, it is well known that at common law a personal action in tort is extinguished on the death of the victim or the wrongdoer: *actio personalis moritur cum persona* (see G. Mew, *The Law of Limitations* (2nd ed. 2004), at p. 253). Being unable to sue the estate of a deceased tortfeasor was particularly severe as it left injured survivors of motor vehicle accidents without any means of recovery. This led legislatures to enact statutes to diminish the hardship of the common law rule. The *Fatal Accidents Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-6, and the *Survival of Actions Act* were such statutes. Under the *Fatal Accidents Act*, the estate of a person who died as a result of the accident, or the survivors of that person, are accorded the right to maintain an action for death by wrongful act. Also, pursuant to s. 2 of the *Survival of Actions Act* (see Appendix), an action vested in or existing against a person who has died can be maintained by or against the deceased person's estate. However, s. 5 of the *Survival of Actions Act* prohibits an action brought six months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted, and after the expiration of one year from the date of death. Hence, the provision is meant to keep the action "alive" for a specific period of time. The *Survival of Actions Act* imposes an additional limitation period. As eloquently affirmed by Orsborn J., the *Survival of Actions Act* does not create a cause of action. It grafts its provision onto an existing cause of action, one which is complete in all of its elements before the operation of the *Survival of Actions Act* (para. 45).

Aux termes de l'art. 5 de la *Limitations Act*, une action en dommages-intérêts pour préjudice, fondée sur une inexécution de contrat ou sur un délit, peut être intentée dans les deux ans suivant la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter. En déposant, le 28 octobre 1999, une déclaration désignant Rex Moore comme défendeur, M. Ryan a donc respecté le délai de prescription fixé par la *Limitations Act*. Cependant, Rex Moore était décédé le 26 décembre 1998, à l'insu des parties, ce qui modifiait le scénario.

Comme l'a affirmé la Cour d'appel, il est bien connu qu'en common law une action délictuelle personnelle s'éteint au décès de la victime ou de l'auteur de la faute : *actio personalis moritur cum persona* (voir G. Mew, *The Law of Limitations* (2^e éd. 2004), p. 253). L'incapacité de poursuivre la succession de l'auteur d'un délit civil décédé était particulièrement lourde de conséquences du fait qu'elle privait de toute possibilité d'indemnisation les survivants blessés d'un accident d'automobile. Cela a amené des législatures à adopter des lois destinées à adoucir la règle de common law. La *Fatal Accidents Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-6, et la *Survival of Actions Act* comptent parmi ces lois. Aux termes de la *Fatal Accidents Act*, la succession d'une personne décédée à la suite d'un accident ou les personnes qui lui survivent ont le droit d'intenter une action pour décès causé par une faute. De plus, aux termes de l'art. 2 de la *Survival of Actions Act* (voir l'annexe), une action appartenant à une personne décédée ou existant contre elle peut être intentée par ou contre sa succession. Toutefois, l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* prévoit qu'aucune action ne peut être intentée après les six mois qui suivent la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration de la succession de la personne décédée et après l'expiration d'un délai d'un an suivant la date du décès. Cette disposition vise donc à assurer la « survie » de l'action pendant une période déterminée. La *Survival of Actions Act* fixe un autre délai de prescription. Comme le juge Orsborn l'a si bien dit, la *Survival of Actions Act* ne crée pas une cause d'action. Elle greffe sa disposition sur une cause d'action existante dont tous les éléments sont présents avant que la *Survival of Actions Act* soit appliquée (par. 45).

In the case at bar, the *Survival of Actions Act* has the effect of shortening the time period within which the action could be taken because “an action founded in tort may only be taken by or against the estate of a deceased person if it is commenced within that period of time that is common to both limitations periods”: *per* Wells C.J., at para. 37.

Ryan argues that the *Survival of Actions Act* contemplates that a cause of action can arise under the *Survival of Actions Act*. I fail to see how the expression “[c]auses of action under this Act” or “an action . . . under this Act” found in ss. 8(1) and 5 respectively can be seen to indicate the *creation* of a new cause of action. The *Survival of Actions Act* expressly contemplates the *survival* of causes of action *existing* against a person who has died (s. 2). I take that to mean that the cause of action existed prior to the application of the *Survival of Actions Act*. The survival of a cause of action for a time and its creation are two different things.

(2) Discoverability: The Judge-Made Rule

The debate concerning the use of the discoverability principle in tort actions has been settled by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, *Central Trust* and *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6.

The discoverability principle provides that “a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence”: *Central Trust*, at p. 224. In some provinces, the discoverability rule has been codified by statute; in others, it has been deemed redundant because of other remedial provisions.

While discoverability has been qualified in the past as a “general rule” (*Central Trust*, at p. 224; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at

En l’espèce, la *Survival of Actions Act* a pour effet de raccourcir le délai dans lequel l’action pourrait être intentée parce qu’[TRADUCTION] « une action délictuelle ne peut être intentée par ou contre la succession d’une personne décédée que pendant la période de chevauchement des deux délais de prescription » : le juge en chef Wells, par. 37.

Selon M. Ryan, la *Survival of Actions Act* prévoit qu’une cause d’action peut prendre naissance en vertu de ses dispositions. Je ne vois pas comment les expressions [TRADUCTION] « causes d’action en vertu de la présente loi » ou « action [. . .] intentée en vertu de la présente loi », contenues respectivement au par. 8(1) et à l’art. 5, peuvent être considérées comme indiquant la *création* d’une nouvelle cause d’action. La *Survival of Actions Act* prévoit expressément la *survie* des causes d’action *existant* contre une personne décédée (art. 2). À mon avis, cela signifie que la cause d’action existait avant que la *Survival of Actions Act* soit appliquée. La création d’une cause d’action et sa survie pendant un certain temps sont deux choses différentes.

(2) La possibilité de découvrir le dommage : la règle prétorienne

Dans les arrêts *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, *Central Trust* et *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, notre Cour a tranché le débat concernant l’application de la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans les actions délictuelles.

Selon la règle de la possibilité de découvrir le dommage, « une cause d’action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable » : *Central Trust*, p. 224. Dans certaines provinces, la règle de la possibilité de découvrir le dommage a été codifiée; dans d’autres provinces, elle a été jugée redondante à cause de l’existence d’autres dispositions réparatrices.

Bien qu’elle ait été qualifiée, par le passé, de « règle générale » (*Central Trust*, p. 224; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 36), la règle

19

20

21

22

23

para. 36), it must not be applied systematically without a thorough balancing of competing interests (*Peixeiro*, at para. 34). The rule is an interpretative tool for construing limitation statutes. I agree with the Manitoba Court of Appeal when it writes:

In my opinion, the judge-made discoverability rule is nothing more than a rule of construction. Whenever a statute requires an action to be commenced within a specified time from the happening of a specific event, the statutory language must be construed. When time runs from “the accrual of the cause of action” or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained, the judge-made discoverability rule applies. But, when time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed. [Emphasis added.]

(*Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200, at p. 206)

See also *Peixeiro*, at para. 37; *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 (Nfld. C.A.).

24

Thus, the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador is correct in stating that the rule is “generally” applicable where the commencement of the limitation period is related by the legislation to the arising or accrual of the cause of action. The law does not permit resort to the judge-made discoverability rule when the limitation period is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action (see *Mew*, at p. 55).

(3) Discoverability Principle Does Not Apply to the *Survival of Actions Act*

25

Ryan submits that the discoverability rule applies to the limitation period contained in s. 5 of the *Survival of Actions Act*. He argues that the

de la possibilité de découvrir le dommage ne doit pas être appliquée systématiquement sans une évaluation complète des intérêts opposés (*Peixeiro*, par. 34). Cette règle est un outil d’interprétation des lois qui établissent des délais de prescription. Je partage l’opinion de la Cour d’appel du Manitoba lorsqu’elle écrit :

[TRADUCTION] À mon avis, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage n’est rien de plus qu’une règle d’interprétation. Dans tous les cas où une loi indique que l’action en justice doit être intentée dans un certain délai après un événement donné, il faut interpréter les termes de cette loi. Lorsque ce délai court à partir du « moment où naît la cause d’action » ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu’au moment où la victime prend connaissance du dommage, c’est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage qui s’applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d’un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la victime, cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur. [Je souligne.]

(*Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200, p. 206)

Voir également les arrêts *Peixeiro*, par. 37, et *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 (C.A.T.-N.).

Par conséquent, la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a raison de dire que la règle s’applique [TRADUCTION] « généralement » lorsque la loi lie le point de départ du délai de prescription à la naissance de la cause d’action. Il n’est pas permis, en droit, de recourir à la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage dans les cas où la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n’a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d’action (voir *Mew*, p. 55).

(3) La règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s’applique pas à la *Survival of Actions Act*

M. Ryan fait valoir que la règle de la possibilité de découvrir le dommage s’applique au délai de prescription prévu à l’art. 5 de la *Survival of Actions*

limitation period should not begin to run until he knew, or ought reasonably to have known, the material facts which determine (i) his cause of action under the *Survival of Actions Act* and (ii) the limitation period. In sum, Ryan claims that the death of Moore is integral to the cause of action and that the limitation period should not start to run until he knew that he had a cause of action against the estate of Rex Moore. The appellants submit that the discoverability rule does not apply to the *Survival of Actions Act* as it would transcend the logic of statutory interpretation and the scheme enacted by the legislature. In addition, they say that the rule does not apply where time runs from a fixed event.

Like the Court of Appeal, I am of the view that the appellants' position is correct. For ease of reference, I reproduce s. 5 of the *Survival of Actions Act*:

5. An action shall not be brought under this Act unless proceedings are started within 6 months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted and proceedings shall not be started in an action under this Act after the expiration of 1 year after the date of death of the deceased.

Pursuant to the *Survival of Actions Act*, the limitation period is triggered by the death of the defendant or the granting by a court of the letters of administration or probate. The section is clear and explicit: time begins to run from one of these two specific events. The Act does not establish a relationship between these events and the injured party's knowledge. I agree with the appellants that knowledge is not a factor: the death or granting of the letters occurs regardless of the state of mind of the plaintiff. We face here a situation in respect of which, as recognized by this Court in *Peixeiro*, the judge-made discoverability rule does not apply to extend the period the legislature has prescribed. Thus, I

Act. Il prétend que ce délai de prescription ne devrait commencer à courir qu'à partir du moment où il a pris connaissance, ou aurait raisonnablement dû prendre connaissance, des faits substantiels déterminants en ce qui concerne (i) sa cause d'action en vertu de la *Survival of Actions Act* et (ii) le délai de prescription. Somme toute, M. Ryan affirme que le décès de M. Moore fait partie intégrante de la cause d'action et que le délai de prescription ne devait commencer à courir qu'à partir du moment où il a découvert qu'il avait une cause d'action contre la succession de Rex Moore. Les appelants soutiennent que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas à la *Survival of Actions Act* étant donné qu'elle transcenderait la logique de l'interprétation des lois et du régime établi par le législateur. Ils ajoutent que la règle ne s'applique pas lorsque le délai a pour point de départ un fait déterminé.

À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la position des appelants est correcte. Pour en faciliter la consultation, je reproduis l'art. 5 de la *Survival of Actions Act* :

[TRADUCTION]

5. Aucune action ne peut être intentée en vertu de la présente loi à moins que les procédures ne soient engagées dans les six mois suivant la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration de la succession de la personne décédée, et, pour les besoins d'une action fondée sur la présente loi, les procédures ne doivent pas être engagées après l'expiration d'un an suivant la date du décès de la personne en question.

Aux termes de la *Survival of Actions Act*, le délai de prescription court à compter du décès du défendeur ou de la délivrance, par un tribunal, de lettres d'administration ou d'homologation. L'article est clair et explicite : le délai commence à courir au moment où survient l'un de ces deux faits particuliers. La Loi n'établit aucun lien entre ces faits et le moment où la partie lésée en prend connaissance. Je conviens avec les appelants que la connaissance n'est pas un facteur à considérer : le décès ou la délivrance des lettres survient indépendamment de l'état d'esprit du demandeur. En l'espèce, nous nous trouvons devant une situation où, comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Peixeiro*, la règle prétorienne de

26

27

agree with the Court of Appeal that by using a specific event as the starting point of the “limitation clock”, the legislature was displacing the discoverability rule in all the situations to which the *Survival of Actions Act* applies.

28

A number of the appellate courts have dealt with the question of discoverability in the context of actions by or against estates of deceased persons. The appellants rely extensively on *Payne v. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88 (Nfld. C.A.), leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiii. While the facts of that case are very similar to the present, it is not clear whether the Court of Appeal of Newfoundland decided that the rule of discoverability did not apply because death is always a possibility or because the appellant Payne had ample time after she became aware of the death of Brady to commence her action. What is clear is the point advanced by O’Neill J.A.: the death of a prospective defendant and the possibility of a shortened period to commence an action is a reality that claimants and their counsel have to guard against: *Payne*, at p. 94.

29

The Nova Scotia Court of Appeal decision in *Burt v. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193, is invoked by the respondent. However, the reasoning of that case cannot be applied in the case at bar. In *Burt*, the Court of Appeal held that the discoverability rule applied to s. 10 of the *Fatal Injuries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 163. The Nova Scotia Court of Appeal stated its position in the following manner (at p. 208):

If the discoverability rule applies to a limitation period running from “when the damages were sustained” (*Peixeiro*) and from “the final determination of the action against the insured” (*Grenier*), I think it is not unreasonable to apply it to the period one year after the death so as to start time running only when the claimant knows or ought to know that the death might be a wrongful one. This, having in mind the statutory scheme of the *Fatal*

la possibilité de découvrir le dommage ne s’applique pas pour prolonger le délai fixé par le législateur. Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’en désignant un fait particulier comme élément déclencheur du « compte à rebours de la prescription », le législateur se trouvait à écarter la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans tous les cas où la *Survival of Actions Act* s’applique.

Un certain nombre de cours d’appel ont examiné la question de la possibilité de découvrir le dommage dans le contexte d’actions intentées par ou contre les successions de personnes décédées. Les appelants invoquent abondamment l’arrêt *Payne c. Brady* (1996), 140 D.L.R. (4th) 88 (C.A.T.-N.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiii. Bien que les faits de cet arrêt ressemblent énormément à ceux de la présente affaire, on ne sait pas clairement si la Cour d’appel de Terre-Neuve y a décidé que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s’appliquait pas parce que le décès est toujours une possibilité ou parce que l’appelante Payne avait eu amplement le temps d’intenter son action après avoir appris le décès de M. Brady. Ce qui est clair, c’est la remarque du juge O’Neill : le décès d’un éventuel défendeur et la possibilité d’un délai de prescription plus court sont des réalités contre lesquelles les demandeurs et leurs avocats doivent se prémunir (*Payne*, p. 94).

L’intimé invoque l’arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse *Burt c. LeLacheur* (2000), 189 D.L.R. (4th) 193. Toutefois, le raisonnement adopté dans cette affaire ne peut pas s’appliquer en l’espèce. Dans l’arrêt *Burt*, la Cour d’appel a conclu que la règle de la possibilité de découvrir le dommage s’appliquait à l’art. 10 de la *Fatal Injuries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 163. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a exposé son point de vue en ces termes (p. 208) :

[TRADUCTION] Si la règle de la possibilité de découvrir le dommage s’applique à un délai de prescription qui court à compter de la date « où les dommages ont été subis » (*Peixeiro*) et du « règlement final de l’action intentée contre l’assuré » (*Grenier*), je ne pense pas qu’il soit déraisonnable de l’appliquer à ce délai un an après le décès de sorte qu’il ne commence à courir qu’au moment où le demandeur prend connaissance ou aurait

Injuries Act, is no greater a stretch of the language than was made by the courts in *Peixeiro*, *Grenier* and other cases, all for the purpose of preventing a potential injustice.

We must avoid the accusation of usurping the role of the Legislature, but in my opinion to apply the discoverability rule here is consistent with what has already been done before. On the true consideration of s. 10 of the *Fatal Injuries Act*, time does not run simply from a fixed event, but from constituent elements of the cause of action created by the statute. [Emphasis added.]

In *Burt*, the death of a person for which an action can be brought under the *Fatal Injuries Act* does not merely refer to the time of death as provided in the *Survival of Actions Act*, but to a “wrongful” death. It is not an event totally unrelated to the accrual of the cause of action. Hence, the death of the person there is in fact a “constituent elemen[t] of the cause of action”, contrary to the present case.

In my view, the case that best assists this Court in the present matter is the one giving rise to the Ontario Court of Appeal’s decision in *Waschkowski v. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370. The court had to determine the possible application of the discoverability rule to s. 38(3) of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, the statutory provision in Ontario permitting an action in tort by or against the estate of a deceased person and limiting the period during which such actions may be commenced. Abella J.A., as she then was, concluded, at para. 16, that the discoverability rule did not apply to the section since the state of actual or attributed knowledge of an injured person in a tort claim is not germane when a death has occurred. She explained at paras. 8-9:

In s. 38(3) of the *Trustee Act*, the limitation period runs from a death. Unlike cases where the wording of the limitation period permits the time to run, for example,

dû prendre connaissance du fait qu’il se pourrait que le décès ait été causé par la faute d’autrui. Compte tenu de l’économie de la *Fatal Injuries Act*, ce n’est pas aller plus loin que les tribunaux l’ont fait dans les arrêts *Peixeiro*, *Grenier* et autres, toujours dans le but d’écarter un risque d’injustice.

Bien qu’il nous faille éviter d’être accusés d’usurper le rôle du législateur, j’estime qu’appliquer la règle de la possibilité de découvrir le dommage en l’espèce est compatible avec ce qui a déjà été fait. Un examen attentif de l’art. 10 de la *Fatal Injuries Act* révèle que le délai commence à courir non pas simplement à compter du moment où survient un fait déterminé, mais dès que sont établis les éléments constitutifs de la cause d’action créée par la loi. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Burt*, la mention du décès d’une personne qui peut faire l’objet d’une action fondée sur la *Fatal Injuries Act* renvoie non pas simplement au moment du décès, comme c’est le cas dans la *Survival of Actions Act*, mais à un décès « causé par la faute d’autrui ». Il ne s’agit pas d’un fait dépourvu de tout lien avec la naissance de la cause d’action. Par conséquent, le décès de la personne dans cette affaire est, en fait, un « élémen[t] constituti[f] de la cause d’action », contrairement à ce qui se passe en l’espèce.

À mon avis, l’affaire la plus utile à notre Cour en l’espèce est celle qui est à l’origine de l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *Waschkowski c. Hopkinson Estate* (2000), 47 O.R. (3d) 370. La cour devait décider si la règle de la possibilité de découvrir le dommage pouvait être appliquée au par. 38(3) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, la disposition législative ontarienne qui prévoit qu’une action délictuelle peut être intentée par ou contre la succession d’une personne décédée et qui limite le délai dans lequel ces actions peuvent être intentées. La juge Abella (maintenant juge de notre Cour) a conclu, au par. 16, que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s’appliquait pas à cette disposition puisque, dans une action délictuelle, l’état des connaissances d’une personne lésée ou celui qu’on lui attribue n’a aucune pertinence en cas de décès. Elle a expliqué ceci, aux par. 8-9 :

[TRADUCTION] Aux termes du par. 38(3) de la *Loi sur les fiduciaires*, le délai de prescription court à compter d’un décès. Contrairement aux affaires dans lesquelles

30

31

from “when the damage was sustained” (*Peixeiro*) or when the cause of action arose (*Kamloops*), there is no temporal elasticity possible when the pivotal event is the date of a death. Regardless of when the injuries occurred or matured into an actionable wrong, s. 38(3) of the *Trustee Act* prevents their transformation into a legal claim unless that claim is brought within two years of the death of the wrongdoer or the person wronged.

The underlying policy considerations of this clear time limit are not difficult to understand. The draconian legal impact of the common law was that death terminated any possible redress for negligent conduct. On the other hand, there was a benefit to disposing of estate matters with finality. The legislative compromise in s. 38 of the *Trustee Act* was to open a two-year window, making access to a remedy available for a limited time without creating indefinite fiscal vulnerability for an estate. [Emphasis added.]

See also *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL) (C.A.), and *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321 (C.A.).

32

Ryan’s cause of action arose prior to Moore’s death and Ryan was well aware of his cause of action both before Moore’s death and before the expiration of the *Survival of Actions Act* limitation period. In fact, the day following the accident, Ryan retained a solicitor to pursue a claim for damages against Moore for injuries alleged to have resulted from the accident. At that point, Ryan could have sued Moore as all the elements of his cause of action were known. He did not need to have knowledge of the death in question to prove his claim or issue and serve the statement of claim. Moore’s subsequent death had no impact whatsoever on the accrual of Ryan’s cause of action. Consequently, I agree with the conclusion of the applications judge, at para. 50:

The fact of death is of no relevance to the cause of action in question. It is not an element of the cause of action and is not required to complete the cause of action. Whatever the nature of the cause of action, it is existing

le délai de prescription peut, en raison de sa formulation, avoir pour point de départ, par exemple, la date « où les dommages ont été subis » (*Peixeiro*) ou le moment où la cause d’action a pris naissance (*Kamloops*), aucune élasticité temporelle n’est possible lorsque la date de décès est l’élément décisif. Peu importe le moment où le préjudice a été causé ou est devenu une faute ouvrant droit à une action, le par. 38(3) de la *Loi sur les fiduciaires* empêche qu’il donne lieu à une action en justice, à moins que cette action ne soit intentée dans les deux ans suivant le décès de l’auteur de la faute ou de la personne lésée.

Les considérations de politique générale qui sous-tendent ce délai précis ne sont pas difficiles à comprendre. L’effet juridique draconien de la common law était que le décès écartait toute possibilité de réparation pour une conduite négligente. Par contre, il était avantageux de régler les questions de succession de manière définitive. Le compromis législatif à l’art. 38 de la *Loi sur les fiduciaires* consistait à ouvrir une brèche de deux ans afin de donner accès à une réparation pendant un temps limité, sans placer indéfiniment une succession dans une situation de vulnérabilité financière. [Je souligne.]

Voir aussi *Canadian Red Cross Society (Re)*, [2003] O.J. No. 5669 (QL) (C.A.), et *Edwards c. Law Society of Upper Canada (No. 1)* (2000), 48 O.R. (3d) 321 (C.A.).

La cause d’action de M. Ryan a pris naissance avant le décès de M. Moore, et M. Ryan était bien au fait de sa cause d’action tant avant le décès de M. Moore qu’avant l’expiration du délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. En réalité, M. Ryan a, le lendemain de l’accident, retenu les services d’un avocat en vue d’intenter une action en dommages-intérêts contre M. Moore pour des blessures qui auraient été causées par l’accident. M. Ryan aurait alors pu poursuivre M. Moore étant donné que tous les éléments de sa cause d’action étaient connus. Il n’avait pas besoin d’être au courant du décès en question pour établir le bien-fondé de sa demande ou pour déposer et signifier sa déclaration. Le décès subséquent de M. Moore n’avait absolument aucune incidence sur la naissance de la cause d’action de M. Ryan. En conséquence, je suis d’accord avec la conclusion du juge des requêtes, au par. 50 :

[TRADUCTION] Le décès en tant que tel n’a aucune pertinence en ce qui concerne la cause d’action en question. Il ne constitue pas un élément de la cause d’action et n’est pas nécessaire pour compléter la cause d’action.

and complete before the *Survival of Actions Act* operates, in the case of a death, to maintain it and provide a limited time window within which it must be pursued. The fact of the death is irrelevant to the cause of action and serves only to provide a time from which the time within which to bring the action is to be calculated.

A further reason for the non-application of the discoverability rule is the evident impact such a rule would have on the distribution of assets to the beneficiaries. Without a time limit, an executor or an administrator would not feel free to distribute the assets of an estate until all reasonable possibilities of claim had been addressed. This would be cumbersome and unrealistic. “An estate should not be held to ransom interminably by the advancement of claims which are not proceeded with in a timely manner”: *MacKenzie Estate v. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149 (Q.B.), at para. 18, cited in *Justice v. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501 (Man. C.A.), at p. 510.

The *Survival of Actions Act* is itself a legislative exception to a common law rule. Thus, it would displace the intention of the legislature to “stretch” the limitation period. Borrowing the words of Marshall J.A. in *Snow*, at para. 43, to apply the rule of construction of reasonable discoverability to such a provision would be tantamount to mounting a fiction transcending the limits of logical statutory interpretation. Hence, it would constitute an impermissible incursion into the legislative process.

(4) Special Circumstances

Ryan submits, as an alternative, that if the discoverability rule does not apply, the limitation period should be extended because of the “special circumstances” principle. He claims that, pursuant to this principle, fairness and justice require that an innocent plaintiff should not be deprived of compensation through no fault of his own. This argument was not invoked in front of the applications judge or the Court of Appeal, and is not supported by any evidence; under these circumstances, it is, in my view, without merit.

Quelle que soit la nature de la cause d'action, elle existe et est complète avant que la *Survival of Actions Act* s'applique, en cas de décès, pour la maintenir et fixer un délai limité dans lequel l'action devra être intentée. Le décès en tant que tel n'est pas pertinent en ce qui concerne la cause d'action et sert seulement de point de départ pour calculer le délai dans lequel l'action devra être intentée.

Une autre raison de ne pas appliquer la règle de la possibilité de découvrir le dommage est l'incidence évidente que cette règle aurait sur la distribution de l'actif aux bénéficiaires. En l'absence d'un délai, un exécuteur ou un administrateur hésiterait à distribuer l'actif d'une succession avant d'avoir examiné toutes les possibilités raisonnables de réclamation, ce qui serait peu pratique et irréaliste. [TRADUCTION] « Une succession ne devrait pas être gardée indéfiniment en otage par des réclamations non traitées promptement » : *MacKenzie Estate c. MacKenzie* (1992), 84 Man. R. (2d) 149 (B.R.), par. 18, cité dans l'arrêt *Justice c. Cairnie Estate* (1993), 105 D.L.R. (4th) 501 (C.A. Man.), p. 510.

La *Survival of Actions Act* constitue en soi une exception législative à la règle de common law. « Prolonger » le délai de prescription aurait pour effet d'écarter l'intention du législateur. Comme l'a dit le juge Marshall dans l'arrêt *Snow*, au par. 43, appliquer à une telle disposition la règle d'interprétation de la possibilité raisonnable de découvrir le dommage reviendrait à créer une fiction qui transcenderait les limites de l'interprétation logique des lois. Du même coup, il s'agirait d'une incursion inacceptable dans le processus législatif.

(4) Circonstances spéciales

Subsidiairement, M. Ryan fait valoir que, si la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas, le délai de prescription doit être prolongé en raison du principe des « circonstances spéciales ». Il soutient que selon ce principe, l'équité et la justice commandent qu'un demandeur innocent ne soit pas privé d'indemnisation s'il n'a lui-même commis aucune faute. Cet argument n'a été avancé ni devant le juge des requêtes ni devant la Cour d'appel, et ne repose sur aucun élément de preuve; dans ces circonstances, je le considère non fondé.

33

34

35

B. Confirmation

36 Ryan claims that the confirmation of the cause of action pursued under s. 16 of the *Limitations Act* applies to extend the limitation period contained in s. 5 of the *Survival of Actions Act*. He argues that the correspondence exchanged between Cabot Insurance's adjuster and his previous counsel, the payment made by Cabot Insurance for his property damage claim, as well as a payment of \$500 to his previous counsel for a medical report, prove acknowledgment (as contemplated by the *Limitations Act*) and therefore confirmation.

37 The appellants submit that s. 16 of the *Limitations Act* does not apply to the *Survival of Actions Act*. They claim that any confirmation of the cause of action would have no effect on the *Survival of Actions Act* limitation period because the *Survival of Actions Act* does not create a cause of action but simply confers a right to pursue a claim notwithstanding the fact that one of the parties has died. Finally, they argue that there was no confirmation of the cause of action in this case as there was no admission of liability through the letters nor the payments made.

38 I agree with the appellants' position as accepted by the Court of Appeal.

39 The relevant portions of s. 16 of the *Limitations Act* provide:

16. (1) A confirmation of a cause of action occurs where a person

- (a) acknowledges that cause of action, right or title of another person; or
- (b) makes a payment in respect of that cause of action, right or title of another.

(2) Where a person against whom an action lies confirms that cause of action, the time before the date of that confirmation shall not count when determining the limitation period for a person having the benefit of the confirmation against the person bound by that confirmation.

B. Confirmation

M. Ryan prétend que la confirmation de la cause d'action prévue à l'art. 16 de la *Limitations Act* s'applique pour prolonger le délai de prescription fixé à l'art. 5 de la *Survival of Actions Act*. Il fait valoir que l'échange de correspondance entre l'expert en sinistres de Cabot Insurance et son ancien avocat, le paiement effectué par Cabot Insurance relativement à sa demande d'indemnité pour préjudice matériel et le versement de 500 \$ à son ancien avocat pour un rapport médical prouvent qu'il y a eu reconnaissance (comme le prévoit la *Limitations Act*) et donc confirmation.

Les appelants soutiennent que l'art. 16 de la *Limitations Act* ne s'applique pas à la *Survival of Actions Act*. Selon eux, une confirmation de la cause d'action n'aurait aucun effet sur le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* parce que cette loi ne crée pas une cause d'action, mais ne fait que conférer un droit d'intenter une action malgré le décès de l'une des parties. Enfin, ils affirment que la cause d'action n'a pas été confirmée en l'espèce étant donné que ni les lettres ni les paiements effectués ne traduisent une reconnaissance de responsabilité.

Je partage le point de vue des appelants, qui a été retenu par la Cour d'appel.

Voici les parties pertinentes de l'art. 16 de la *Limitations Act* :

[TRADUCTION]

16. (1) Une cause d'action est confirmée si, selon le cas, une personne :

- a) reconnaît cette cause d'action, ce droit ou ce titre appartenant à autrui;
- b) effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action, de ce droit ou de ce titre appartenant à autrui.

(2) En cas de confirmation, la période antérieure à la date de la confirmation est exclue du calcul de la prescription de l'action de la personne qui bénéficie de cette confirmation par rapport à celle qui est liée par celle-ci.

(3) Subsection (2) applies only to a right of action where the confirmation is given before the expiration of the limitation period for that right of action.

(3) Le paragraphe (2) ne vise un droit d'action que si la confirmation a lieu avant l'expiration du délai de prescription applicable à ce droit d'action.

(5) In order to be effective a confirmation must be in writing and signed by

(5) La confirmation est valide si elle est consignée dans un écrit, signée par l'une des personnes suivantes et remise à la personne qui bénéficie de cette cause d'action ou à son mandataire :

(a) the person against whom that cause of action lies; or

a) soit la personne visée par la cause d'action,

(b) his or her agent

b) soit son mandataire.

and given to the person or agent of the person having the benefit of that cause of action.

When a person acknowledges the cause of action of another person or makes a payment in respect of that cause of action, a confirmation of that cause of action occurs. Consequently, the time accrued before the date of that confirmation shall not be considered when determining the limitation period (s. 16(2)). Confirmation must, of course, be made prior to the expiration of the limitation period (s. 16(3)).

Il y a confirmation lorsqu'une personne reconnaît la cause d'action d'autrui ou effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action. Par conséquent, la période antérieure à la date de cette confirmation est exclue du calcul du délai de prescription (par. 16(2)). La confirmation doit évidemment avoir lieu avant l'expiration du délai de prescription (par. 16(3)).

40

Section 16 can only apply to a limitation period which limits the time during which an action may be taken. Since the limitation period which arises under the *Survival of Actions Act* supersedes the first limitation period of the *Limitations Act*, and does not create or revive an action, but merely permits it to continue, s. 16 cannot apply to it as found by the Court of Appeal (para. 67).

L'article 16 ne peut s'appliquer qu'au délai dans lequel une action peut être intentée. Comme l'a conclu la Cour d'appel, l'art. 16 ne peut pas s'appliquer au délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* étant donné qu'il supplante le premier délai de prescription fixé par la *Limitations Act* et ne crée pas et ne relance pas une action, mais lui permet simplement de suivre son cours (par. 67).

41

Even if this were not the case, the facts here do not support a finding of confirmation on the part of the appellants. I will address this issue briefly as a matter of principle.

Même si ce n'était pas le cas, les faits de la présente affaire ne permettent pas de conclure à une confirmation de la part des appelants. Je vais, par principe, examiner brièvement cette question.

42

In order to establish confirmation, one of two events must be proven: (1) that the party acknowledged the cause of action; or (2) that there was a payment made in respect of the cause of action (see *Mew*, at p. 115).

Pour prouver qu'il y a eu confirmation, il est nécessaire d'établir l'existence de l'un des deux faits suivants : (1) la partie a reconnu la cause d'action, ou (2) un paiement a été effectué à l'égard de la cause d'action (voir *Mew*, p. 115).

43

The term "acknowledges" as used in s. 16(1)(a) of the *Limitations Act* has been described by Lord Denning in *Good v. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59 (C.A.), at p. 61, as requiring an "admission". While

Le terme « *acknowledges* » (« reconnaît ») utilisé à l'al. 16(1)a) de la *Limitations Act* a été décrit par lord Denning, dans l'arrêt *Good c. Parry*, [1963] 2 All E.R. 59 (C.A.), p. 61, comme nécessitant une

44

care must be shown when applying English case law, as the English *Limitation Act*, 1939, 2 & 3 Geo. 6, c. 21, does not provide for the acknowledgment of the “cause of action” but the acknowledgment of the “claim”, it is still persuasive authority for the present interpretation.

45 Thus, a party can only be held to have acknowledged the claim if that party has in effect admitted his or her liability to pay that which the claimant seeks to recover (see *Surrendra Overseas Ltd. v. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481 (Q.B.)). As the British Columbia Court of Appeal concluded in *Podovnikoff v. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, at p. 721, a person can acknowledge as a bare fact that someone has asserted (by making a claim) a cause of action against him, without acknowledging any liability. Simple acknowledgment of the “existence” of a cause of action is insufficient to meet the requirements of s. 16(1)(a). Acknowledgment must involve acknowledgment of some liability.

46 Consequently, the letters from the adjuster to Ryan’s counsel (i.e. letters of November 18, 1998 and January 25, 1999) do not restart the clock as they do not constitute an admission of liability on the part of Cabot Insurance. These were obviously only requests for information and part of the normal investigation process. As submitted by the appellants, if mere investigation of claims were to constitute confirmation, then potential defendants, in order to protect limitation defence, would have no choice but to refuse to investigate until a statement of claim is issued. This would destroy the possibility of early settlements and lead to increased litigation and costs.

47 The same conclusion applies to the second way that confirmation can occur, through payment. Of importance is the fact that both payments mentioned by Ryan, payments for Ryan’s medical chart

« admission » (« admission »). Bien que la jurisprudence anglaise doive être appliquée avec prudence, étant donné qu’en Angleterre la *Limitation Act*, 1939, 2 & 3 Geo. 6, ch. 21, prévoit non pas la reconnaissance de la « cause d’action » mais la reconnaissance de la « demande d’indemnité », cette jurisprudence reste convaincante pour les besoins de l’interprétation en l’espèce.

Ainsi, il est possible de conclure qu’une partie a reconnu la demande d’indemnité seulement si elle a effectivement admis qu’elle était tenue de payer ce que le demandeur tente de recouvrer (voir *Surrendra Overseas Ltd. c. Government of Sri Lanka*, [1977] 2 All E.R. 481 (B.R.)). Comme l’a conclu la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt *Podovnikoff c. Montgomery* (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, p. 721, une personne peut simplement reconnaître que quelqu’un a fait valoir (en présentant une demande d’indemnité) une cause d’action contre elle sans reconnaître quelque responsabilité que ce soit. La simple reconnaissance de l’« existence » d’une cause d’action est insuffisante pour satisfaire aux exigences de l’al. 16(1)a). La reconnaissance doit comporter une admission de responsabilité quelconque.

Par conséquent, les lettres (du 18 novembre 1998 et du 25 janvier 1999) que l’expert en sinistres a envoyées à l’avocat de M. Ryan ne font pas recommencer le compte à rebours étant donné qu’elles ne constituent pas une reconnaissance de responsabilité de la part de Cabot Insurance. Il est évident que ces lettres n’étaient que des demandes de renseignements et faisaient partie du processus normal d’enquête. Comme l’ont prétendu les appelants, si le simple fait d’enquêter sur une demande devait constituer une confirmation, alors pour conserver le droit d’invoquer la prescription comme moyen de défense, les défendeurs éventuels n’auraient d’autre choix que de refuser d’enquêter jusqu’à ce qu’une déclaration soit déposée. Cela écarterait la possibilité d’un règlement rapide et entraînerait une augmentation de l’incidence et du coût des procès.

La même conclusion s’applique à la deuxième façon de confirmer, c’est-à-dire au moyen d’un paiement. Il importe de souligner que les deux paiements mentionnés par M. Ryan, à savoir ceux effectués pour

and Dr. Landells' medical report, were not evidence of liability by Cabot Insurance; nor did they indemnify Ryan, at least in part, for damages caused by the accident. Thus, they cannot be payments in respect of the "cause of action". Ryan relies on the Newfoundland Court of Appeal decision in *Wheaton v. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304, for the proposition that a payment made to a physician, but sent to the plaintiff's solicitor will constitute confirmation. With respect, I am of the view that the Court of Appeal erred in this determination. I prefer the contrary position of the British Columbia Court of Appeal in *MacKay v. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382, at para. 21. Payment for a medical report with a cheque payable to a physician, but sent to the plaintiff's solicitor, does not constitute confirmation of the plaintiff's cause of action:

The mere fact that the payment, although made payable to the doctor, was directed through the lawyer's office for forwarding does not, in my view, bring the payment into the express wording of the section. The payment here, as in *Germyn*, was intended to pay to the doctor. The doctor was not a person through whom the appellant could claim. This was not a reimbursement to anyone for having paid for the medical report but a direct payment to the doctor by [the Insurance Corporation of British Columbia].

The purpose for which these types of payments and correspondence are made is critical. In this case, they were not intended as admissions of liability, but only to promote investigation and early resolution of certain aspects of the claim.

C. Estoppel

Moore's estate and Cabot Insurance submit that the majority of the Court of Appeal erred when it concluded that they were estopped from relying on the fact of Moore's death and the granting of letters of administration, thus preventing them from arguing that Ryan's action was outside the *Survival of Actions Act* limitation period. They claim that neither estoppel by convention nor estoppel by

le dossier médical de M. Ryan et le rapport médical du D^r Landells, ne constituaient pas une preuve de responsabilité de la part de Cabot Insurance, et n'indemnisait pas non plus M. Ryan, en partie du moins, pour le préjudice causé par l'accident. Ainsi, ils ne sauraient être des paiements à l'égard de la « cause d'action ». M. Ryan se fonde sur la décision rendue par la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'affaire *Wheaton c. Palmer* (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 304, pour affirmer qu'un paiement fait à un médecin, mais envoyé à l'avocat du demandeur, constitue une confirmation. En toute déférence, j'estime que cette décision de la Cour d'appel est erronée. Je préfère le point de vue contraire que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a exprimé dans l'arrêt *MacKay c. Lemley* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 382, par. 21. Le paiement pour un rapport médical, effectué par chèque à l'ordre d'un médecin mais envoyé à l'avocat du demandeur, ne constitue pas une confirmation de la cause d'action du demandeur :

[TRADUCTION] J'estime que le simple fait d'avoir transmis par le bureau de l'avocat le paiement destiné au médecin n'en fait pas un paiement au sens du libellé exprès de la disposition. Le paiement effectué en l'espèce était, comme dans l'affaire *Germyn*, destiné au médecin. Le médecin n'était pas une personne dont l'appelant pouvait se servir comme intermédiaire pour présenter une demande d'indemnité. Il s'agissait non pas d'un remboursement destiné à une personne ayant payé le rapport médical, mais d'un paiement direct fait au médecin par [l'Insurance Corporation of British Columbia].

Le but de ces types de paiement et de correspondance est crucial. En l'espèce, ils étaient censés non pas constituer une reconnaissance de responsabilité, mais seulement faire avancer l'enquête et favoriser le règlement rapide de certains aspects de la demande d'indemnité.

C. La préclusion

La succession de M. Moore et Cabot Insurance soutiennent que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de conclure qu'ils étaient préclus d'invoquer le décès en tant que tel de M. Moore et la délivrance des lettres d'administration, ce qui les empêchait de faire valoir que l'action de M. Ryan avait été intentée après l'expiration du délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. Elles

48

49

representation applies to the facts of the present case. Ryan argues that the appellants are precluded or estopped from relying on the limitation period in the *Survival of Actions Act* because of the application of either of these two types of estoppel.

50 While the principle of estoppel is often referred to in connection with cases of waiver, election, abandonment, acquiescence and laches, in the context of commercial and contractual relationships, the case law in Canada on this subject is not as abundant as that in the United Kingdom. It is therefore useful for this Court to address the issue in some detail, especially where it has long been accepted that estoppels are to be received with caution and applied with care (see *Harper v. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365 (Div. Ct.), at p. 383).

51 The state of the law of estoppel was articulated by Lord Denning in *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), at p. 122, as follows:

The doctrine of estoppel is one of the most flexible and useful in the armoury of the law. But it has become overloaded with cases. That is why I have not gone through them all in this judgment. It has evolved during the last 150 years in a sequence of separate developments: proprietary estoppel, estoppel by representation of fact, estoppel by acquiescence, and promissory estoppel. At the same time it has been sought to be limited by a series of maxims: estoppel is only a rule of evidence, estoppel cannot give rise to a cause of action, estoppel cannot do away with the need for consideration, and so forth. All these can now be seen to merge into one general principle shorn of limitations. When the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption — either of fact or of law — whether due to misrepresentation or mistake makes no difference — on which they have conducted the dealings between them — neither of them will be allowed to go back on that assumption when it would be unfair or unjust to allow him to do so. If one of them does seek to go back on it, the courts will give the other such remedy as the equity of the case demands.

prétendent que ni la préclusion par convention ni la préclusion par assertion de fait ne s'applique aux faits de la présente affaire. Selon M. Ryan, les appelants sont préclus d'invoquer le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act* en raison de l'application de l'un ou l'autre de ces deux types de préclusion.

Bien que la règle de la préclusion soit souvent mentionnée à l'égard d'affaires de renonciation, d'exercice d'un choix, d'abandon, d'acquiescement et de manque de diligence dans le contexte de rapports commerciaux et contractuels, la jurisprudence canadienne sur ce sujet n'est pas aussi abondante que celle du Royaume-Uni. Il est donc utile que notre Cour procède à un examen assez approfondi de la question, d'autant plus qu'il est reconnu depuis longtemps que les préclusions doivent être admises avec prudence et appliquées avec soin (voir *Harper c. Cameron* (1892), 2 B.C.R. 365 (Div. Ct.), p. 383).

Dans l'arrêt *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), p. 122, lord Denning a décrit ainsi l'état du droit en matière de préclusion :

[TRADUCTION] La règle de la préclusion est l'une des plus souples et des plus utiles de l'arsenal du droit. Cependant, elle a été appliquée dans une multitude d'affaires. C'est pourquoi je ne les ai pas toutes examinées dans le présent jugement. Cette règle a connu, au cours des 150 dernières années, une évolution en plusieurs étapes : la préclusion propriétaire, la préclusion par assertion de fait, la préclusion par acquiescement et la préclusion promissoire. On a par ailleurs cherché à en limiter la portée au moyen d'une série de maximes : la préclusion n'est qu'une règle de preuve, la préclusion ne peut pas donner naissance à une cause d'action, la préclusion n'élimine pas la nécessité de s'interroger, et ainsi de suite. On peut maintenant considérer que toutes ces maximes forment une seule règle générale dénuée de restriction. Lorsque les parties à une opération se fondent sur une présupposition sous-jacente — de fait ou de droit — peu importe qu'elle découle d'une affirmation inexacte ou d'une erreur — qui a guidé leurs rapports —, aucune d'elles ne peut revenir sur cette présupposition lorsqu'il serait inéquitable ou injuste de lui permettre de le faire. Si l'une des parties souhaite revenir sur la présupposition, les tribunaux accorderont à l'autre partie la réparation qui s'impose en equity.

The jurisprudence discloses six types of estoppel: estoppel by representation of fact, proprietary estoppel, promissory estoppel, estoppel by convention, estoppel by deed and estoppel by negligence (see Bower, at pp. 3-9). I will examine here the ones at the centre of this dispute, estoppel by convention and estoppel by representation.

(1) Estoppel by Convention

(a) *Definition and Principles*

The origin of the doctrine of estoppel by convention can be traced to estoppel by deed for which sealing and delivery were essential, and for which the foundation of duty lay not in the agreement itself, or any reliance thereon, but in the formal solemnity of the deed, reflecting the concern of ancient jurisprudence with form as opposed to substance. The modern rule has evolved enormously (see Bower, at pp. 179-80; T. B. Dawson, “Estoppel and obligation: the modern role of estoppel by convention” (1989), 9 *L.S.* 16).

Bower defines the modern concept of estoppel by convention as follows (at p. 180):

An estoppel by convention, it is submitted, is an estoppel by representation of fact, a promissory estoppel or a proprietary estoppel, in which the relevant proposition is established, not by representation or promise by one party to another, but by mutual, express or implicit, assent. This form of estoppel is founded, not on a representation made by a representor and believed by a representee, but on an agreed statement of facts or law, the truth of which has been assumed, by convention of the parties, as a basis of their relationship. When the parties have so acted in their relationship upon the agreed assumption that the given state of facts or law is to be accepted between them as true, that it would be unfair on one for the other to resile from the agreed assumption, then he will be entitled to relief against the other according to whether the estoppel is as to a matter of fact, or promissory, and/or proprietary.

Six types de préclusion se dégagent de la jurisprudence : la préclusion par assertion de fait, la préclusion propriétaire, la préclusion promissoire, la préclusion par convention, la préclusion du fait d’un acte formaliste et la préclusion fondée sur la négligence (voir Bower, p. 3-9). J’examinerai ici celles qui sont au cœur du présent litige, soit la préclusion par convention et la préclusion par assertion de fait.

(1) Préclusion par convention

a) *Définition et principes*

Les origines de la règle de la préclusion par convention remontent à la préclusion du fait d’un acte formaliste, pour laquelle le cachetage et la remise étaient essentiels et où le fondement de l’obligation résidait non pas dans la convention elle-même, ou dans le fait de s’y fier, mais dans le caractère solennel et officiel de l’acte, ce qui traduisait l’intérêt de la jurisprudence ancienne pour la forme plutôt que pour le fond. La règle moderne a changé énormément (voir Bower, p. 179-180; T. B. Dawson, « Estoppel and obligation : the modern role of estoppel by convention » (1989), 9 *L.S.* 16).

Bower définit ainsi la notion moderne de préclusion par convention (p. 180) :

[TRADUCTION] La préclusion par convention, soustient-on, est une préclusion par assertion de fait, une préclusion promissoire ou une préclusion propriétaire où la proposition pertinente est établie non par voie d’assertion ou de promesse faite par une partie à une autre, mais par voie d’assentiment réciproque, exprès ou implicite. Cette forme de préclusion repose non pas sur une assertion faite par une personne et crue par celle à qui elle est destinée, mais sur un exposé conjoint des faits ou du droit dont la véracité est supposée constituer, par convention entre les parties, un fondement de leurs rapports. Lorsque, dans leurs rapports, les parties ont agi en fonction de la présupposition conventionnelle qu’elles devraient tenir pour véridique l’état de fait ou de droit en question, de sorte qu’il serait inéquitable pour l’une d’elles que l’autre revienne sur cette présupposition conventionnelle, alors cette partie aura un recours contre l’autre selon qu’il s’agit d’une préclusion relative à une question de fait, ou encore d’une préclusion promissoire ou propriétaire, ou les deux à la fois.

52

53

54

55 S. Wilken, *Wilken and Villiers: The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (2nd ed. 2002), at p. 223, affirms that estoppel by convention will occur where:

(i) the parties have established, by their construction of their agreement or a common apprehension as to its legal effect, a convention basis; (ii) on that basis the parties have regulated their subsequent dealings; (iii) one party would suffer detriment if the other were to be permitted to resile from that convention.

See also *Chitty on Contracts* (29th ed. 2004), vol. 1, at p. 283.

56 The Court of Appeal of Newfoundland and Labrador, after a review of the case law in the United Kingdom and in Canada, formulated the following four elements which need to be proven (at para. 79):

- (i) The evidence establishes an assumption in common between the parties as to a state of facts;
- (ii) The parties have adopted the common assumption as the conventional basis for a transaction into which they have entered;
- (iii) The dispute in respect of which the estoppel by convention is asserted arises out of that transaction; and,
- (iv) A detriment would flow to the party asserting the estoppel if the other party is permitted to resile from the assumed stated facts.

These requirements were accepted by the respondent.

57 The appellants submit that there are six requirements for the estoppel by convention. They cite as support the New Zealand Court of Appeal decision in *National Westminster Finance NZ Ltd. v. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548, at p. 550. In fact, they simply advocate a more detailed description of the requirements also found in other foreign cases.

58 The jurisprudence in the United Kingdom is indeed abundant in contrast to that in Canada (see,

Dans *Wilken and Villiers: The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (2^e éd. 2002), p. 223, S. Wilken affirme qu'il y a préclusion par convention lorsque :

[TRADUCTION] (i) les parties ont, par leur interprétation de leur convention ou par leur compréhension commune de ses effets juridiques, établi un fondement conventionnel; (ii) les parties ont réglé leurs rapports subséquents sur ce fondement; (iii) une des parties subirait un préjudice s'il était permis à l'autre partie de revenir sur cette convention.

Voir également *Chitty on Contracts* (29^e éd. 2004), vol. 1, p. 283.

Après avoir examiné la jurisprudence du Royaume-Uni et du Canada, la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a énoncé les quatre éléments suivants qui doivent être prouvés (par. 79) :

[TRADUCTION]

- (i) la preuve établit l'existence d'une présupposition commune aux parties quant à un état de fait;
- (ii) les parties ont adopté la présupposition commune comme fondement conventionnel de l'opération qu'elles ont conclue;
- (iii) le litige à l'égard duquel la préclusion par convention est invoquée découle de cette opération;
- (iv) la partie qui invoque la préclusion subirait un préjudice s'il était permis à l'autre partie de revenir sur l'état de fait présumé.

L'intimé a reconnu ces conditions.

Les appelants affirment que six conditions doivent être remplies pour qu'il y ait préclusion par convention. À l'appui de cette affirmation, ils citent l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande *National Westminster Finance NZ Ltd. c. National Bank of NZ Ltd.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 548, p. 550. En fait, ils préconisent simplement une description plus détaillée des conditions qui sont également énoncées dans d'autres décisions étrangères.

La jurisprudence du Royaume-Uni est effectivement abondante comparativement à celle qui existe

e.g., *The “Indian Grace”*, [1998] 1 Lloyd’s L.R. 1 (H.L.), at p. 10; *The “August Leonhardt”*, [1985] 2 Lloyd’s L.R. 28 (C.A.), at pp. 34-35; *The “Vistaffjord”*, [1988] 2 Lloyd’s L.R. 343 (C.A.), at pp. 349-53).

This Court is not bound by any of the above analytical frameworks. After having reviewed the jurisprudence in the United Kingdom and Canada as well as academic comments on the subject, I am of the view that the following criteria form the basis of the doctrine of estoppel by convention:

- (1) The parties’ dealings must have been based on a shared assumption of fact or law: estoppel requires manifest representation by statement or conduct creating a mutual assumption. Nevertheless, estoppel can arise out of *silence* (impliedly).
- (2) A party must have conducted itself, i.e. acted, in reliance on such shared assumption, its actions resulting in a change of its legal position.
- (3) It must also be unjust or unfair to allow one of the parties to resile or depart from the common assumption. The party seeking to establish estoppel therefore has to prove that detriment will be suffered if the other party is allowed to resile from the assumption since there has been a change from the presumed position.

See Wilken, at pp. 227-28; *Canacemal Investment Inc. v. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL) (S.C.), at para. 35; *Capro Investments Ltd. v. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL) (Gen. Div.), at para. 31.

(b) *Application of the Law*

The majority of the Court of Appeal held that estoppel by convention applied in the circumstances of this case. It concluded that there was an assumption between the parties as to a state of facts, namely: that Moore was alive; that the parties adopted this assumption as the basis upon which

au Canada (voir, par exemple, *The « Indian Grace »*, [1998] 1 Lloyd’s L.R. 1 (H.L.), p. 10; *The « August Leonhardt »*, [1985] 2 Lloyd’s L.R. 28 (C.A.), p. 34-35; *The « Vistaffjord »*, [1988] 2 Lloyd’s L.R. 343 (C.A.), p. 349-353).

Notre Cour n’est liée par aucun des cadres analytiques susmentionnés. Après avoir examiné la jurisprudence du Royaume-Uni et du Canada ainsi que les commentaires de certains auteurs sur le sujet, j’estime que les critères suivants constituent le fondement de la règle de la préclusion par convention :

- (1) Les rapports des parties doivent avoir reposé sur une présupposition de fait ou de droit commune : la préclusion exige qu’une assertion manifeste émanant d’une déclaration ou d’une conduite ait créé une présupposition commune. La préclusion peut néanmoins résulter (implicitement) d’un *silence*.
- (2) Une partie doit avoir agi sur la foi de cette présupposition commune, et ses actes doivent avoir entraîné une modification de sa situation juridique.
- (3) Il doit également être injuste ou inéquitable de permettre à l’une des parties de revenir sur la présupposition commune ou de s’en écarter. La partie qui cherche à établir la préclusion doit donc démontrer que, s’il est permis à l’autre partie de revenir sur la présupposition, elle subira un préjudice en raison du changement de la situation présumée.

Voir Wilken, p. 227-228; *Canacemal Investment Inc. c. PCI Realty Corp.*, [1999] B.C.J. No. 2029 (QL) (C.S.), par. 35; *Capro Investments Ltd. c. Tartan Development Corp.*, [1998] O.J. No. 1763 (QL) (Div. gén.), par. 31.

b) *Application du droit*

La Cour d’appel, à la majorité, a décidé que la préclusion par convention s’appliquait en l’espèce. Elle a conclu que les parties avaient présupposé l’existence d’un état de fait, à savoir que M. Moore était vivant, que les parties avaient convenu d’agir sur la foi de cette présupposition dans leurs

their transactions relating to Ryan's claim were to be conducted; that the dispute in respect of which the estoppel was asserted arose out of the transactions between the parties in dealing with Ryan's claim; and that detriment would flow to Ryan if Moore's estate or the insurer were permitted to resile from the common assumption. As will be evidenced from the analysis below, I cannot agree with this conclusion.

(i) Assumption Shared and Communicated

61 The crucial requirement for estoppel by convention, which distinguishes it from the other types of estoppel, is that at the material time both parties must be of "a like mind" (*Troop v. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1 (C.A.), at p. 5; *Hillingdon London Borough v. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL) (C.A.), at para. 49). The court must determine what state of affairs the parties have accepted, and decide whether there is sufficient certainty and clarity in the terms of the convention to give rise to any enforceable equity: *Troop*, at p. 6; see also *Baird Textile Holdings Ltd. v. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274, at para. 84.

62 While it may not be necessary that the assumption by the party raising estoppel be created or encouraged by the estopped party, it must be shared in the sense that each is aware of the assumption of the other (*John v. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL) (C.A.), at para. 37). Mutual assent is what distinguishes the estoppel by convention from other types of estoppel (Bower, at p. 184). The courts have described communications complying with this requirement as "crossing the line". In *The "August Leonhardt"*, at pp. 34-35, Kerr L.J. held that

[a]ll estoppels must involve some statement or conduct by the party alleged to be estopped on which the alleged representee was entitled to rely and did rely. In this sense all estoppels may be regarded as requiring some manifest representation which crosses the line between representor and representee, either by

opérations relatives à la demande de M. Ryan, que le litige à l'égard duquel la préclusion était invoquée découlait des opérations que les parties avaient conclues en traitant la demande de M. Ryan, et que M. Ryan subirait un préjudice s'il était permis à la succession de M. Moore ou à l'assureur de revenir sur la présupposition commune. Comme le montrera l'analyse ci-dessous, je ne puis souscrire à cette conclusion.

(i) Présupposition commune et communiquée

La condition essentielle de la préclusion par convention, qui la distingue des autres types de préclusion, est que les deux parties soient, au moment pertinent, [TRADUCTION] « sur la même longueur d'onde » (*Troop c. Gibson*, [1986] 1 E.G.L.R. 1 (C.A.), p. 5; *Hillingdon London Borough c. ARC Ltd.*, [2000] E.W.J. No. 3278 (QL) (C.A.), par. 49). La cour doit déterminer quel état de fait a été accepté par les parties, et décider si les conditions de la convention sont assez claires et dénuées d'ambiguïté pour donner naissance à un droit exécutoire en equity : *Troop*, p. 6; voir également *Baird Textile Holdings Ltd. c. Marks & Spencer plc*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 737, [2001] EWCA Civ 274, par. 84.

Même s'il se peut qu'il ne soit pas nécessaire que la présupposition de la partie qui invoque la préclusion ait été créée ou encouragée par la partie précluse, elle doit être commune en ce sens que chacune des parties est au courant de la présupposition de l'autre (*John c. George*, [1995] E.W.J. No. 4375 (QL) (C.A.), par. 37). C'est l'assentiment réciproque qui distingue la préclusion par convention des autres types de préclusion (Bower, p. 184). Les tribunaux ont affirmé que les communications qui satisfont à cette exigence sont celles [TRADUCTION] « qui passent » de leur auteur à leur destinataire. Dans l'arrêt *The « August Leonhardt »*, p. 34-35, le lord juge Kerr a conclu que

[TRADUCTION] [t]oute préclusion doit comporter une déclaration ou une conduite de la partie qui serait précluse, à laquelle le prétendu destinataire de l'assertion était en droit de se fier et s'est effectivement fié. En ce sens, toute préclusion peut être considérée comme nécessitant une assertion manifeste émanant soit d'une

statement or conduct. It may be an express statement or it may be implied from conduct, e.g. a failure by the alleged representor to react to something said or done by the alleged representee so as to imply a manifestation of assent which leads to an estoppel by silence or acquiescence. Similarly, in cases of so-called estoppels by convention, there must be some mutually manifest conduct by the parties which is based on a common but mistaken assumption. . . .

There cannot be any estoppel unless the alleged representor has said or done something, or failed to do something, with the result that — across the line between the parties — his action or inaction has produced some belief or expectation in the mind of the alleged representee, so that, depending on the circumstances, it would thereafter no longer be right to allow the alleged representor to resile by challenging the belief or expectation which he has engendered. To that extent at least, therefore, the alleged representor must be open to criticism. [Emphasis added.]

See also *The “Vistafford”*, at p. 350. Thus, it is not enough that each of the two parties acts on an assumption not communicated to the other (*The “Indian Grace”*, at p. 10). Further, the estopped party must have, at the very least, communicated to the other that he or she is indeed sharing the other party’s (*ex hypothesi*) mistaken assumption (*John*, at para. 81; Bower, at p. 184).

In the present case, the record discloses 14 letters exchanged by Ryan’s counsel and the adjuster with respect to the respondent’s personal injury claim (A.R., vol. II, at pp. 150-70). However, none of these prove the existence of a common assumption. The letters lack clarity and certainty. The mere fact that communications occurred between the parties does not establish that they both assumed that Moore was alive. It is unlikely the question of whether Moore was alive or dead crossed the minds of either the appellants or the respondent. The fact that Ryan’s counsel had originally diarized the claim as having a two-year limitation period under the *Limitations Act* shows that he had not turned his mind to the possibility of a shorter limitation period under the *Survival of*

déclaration soit d’une conduite, qui passe de son auteur à son destinataire. Cette assertion peut prendre la forme d’une déclaration expresse ou découler implicitement d’une conduite, comme l’omission du prétendu auteur de l’assertion de réagir à quelque chose qui a été dit ou fait par son prétendu destinataire, qui semble manifester un assentiment donnant lieu à une préclusion par silence ou acquiescement. De même, dans les soi-disant cas de préclusion par convention, les parties doivent adopter une conduite manifeste de part et d’autre qui est fondée sur une présupposition commune, mais erronée. . . .

Il ne saurait y avoir de préclusion à moins que le prétendu auteur de l’assertion n’ait dit ou fait quelque chose, ou omis de faire quelque chose, de sorte que — de manière générale entre les parties — son action ou son inaction a fait naître une certaine croyance ou attente dans l’esprit du prétendu destinataire de l’assertion, qui fait que, selon les circonstances, il ne serait plus acceptable de permettre au prétendu auteur de l’assertion de revenir sur celle-ci en contestant la croyance ou l’attente qu’elle a engendrée. Par conséquent, le prétendu auteur de l’assertion doit, tout au moins dans cette mesure, prêter le flanc à la critique. [Je souligne.]

Voir également *The « Vistafford »*, p. 350. Il ne suffit donc pas que chacune des deux parties agisse sur la foi d’une présupposition non communiquée à l’autre (*The « Indian Grace »*, p. 10). En outre, la partie précluse doit, à tout le moins, avoir informé l’autre partie qu’elle partageait effectivement sa présupposition erronée (*ex hypothesi*) (*John*, par. 81; Bower, p. 184).

En l’espèce, le dossier révèle que l’avocat de M. Ryan et l’expert en sinistres ont échangé 14 lettres relativement à l’action pour préjudice corporel de l’intimé (d.a., vol. II, p. 150-170). Cependant, aucune de ces lettres n’établit l’existence d’une présupposition commune. Les lettres manquent de clarté et de certitude. Le seul fait que des communications aient eu lieu entre les parties n’établit pas qu’elles ont toutes les deux présupposé que M. Moore était vivant. Il est peu probable que la question de savoir si M. Moore était vivant ou mort ait traversé l’esprit des appelants ou de l’intimé. Le fait que l’avocat de M. Ryan ait, au départ, inscrit dans son calendrier que l’action était assujettie à un délai de prescription de deux ans en vertu de la *Limitations Act* démontre qu’il n’avait pas songé à la possibilité qu’un délai

Actions Act. Effectively, this Court is in the presence of mutual ignorance, not mutual assumption.

64 Ryan submits, and it was agreed by the Court of Appeal, that the subject line in the letters exchanged between his counsel and the adjuster which read “Your Insured: Rex Moore” or “Our Insured: Rex Moore” is self-explanatory and indicates an assumption by both parties, that Moore was alive. I strongly disagree. This is an unrealistic interpretation of the subject line in the letters. Such an expression can mean one thing only: the named insured under the automobile insurance policy was Rex Moore. The words are a mere identification of the file the undersigned is dealing with. The Court of Appeal erred by giving weight to the subject line of these letters, which, properly interpreted, provide no evidence of a mutual assumption that Moore was alive.

65 Nor did the fact that the parties were conferring without regard to the limitation period establish a shared assumption that the limitation defence would not be relied on. The letters contain limited and simple requests for details of the claim, and do not establish a convention between the parties (see *Hillingdon London Borough*, at paras. 57 and 60; *Seechurn v. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd’s L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67, at p. 396). In fact, the matter did not proceed beyond the preliminary stage of investigating the merits of the personal injury claim. There were no negotiations or settlement discussions, no admission of liability, and no agreement to forego a possible limitation defence.

66 Even if one could conclude that there was a mutual assumption between the parties, I am of the view that it cannot realistically be asserted that the respondent communicated to the appellants that he indeed shared the mistaken assumption. In this regard, I agree with the dissenting members of the Court of Appeal when they affirm (at para. 108):

de prescription plus court s’applique en vertu de la *Survival of Actions Act*. En réalité notre Cour se trouve en présence d’une ignorance de part et d’autre et non d’une présupposition commune.

M. Ryan prétend, ce dont la Cour d’appel a convenu, que l’objet des lettres échangées par son avocat et l’expert en sinistres, qui se lit [TRADUCTION] « Votre assuré : Rex Moore » ou « Notre assuré : Rex Moore », est éloquent et indique que les deux parties présupposaient que M. Moore était vivant. Je ne suis pas du tout d’accord. Il s’agit là d’une interprétation irréaliste de l’objet de ces lettres. Une telle mention ne peut signifier qu’une chose : la personne assurée en vertu de la police d’assurance automobile était Rex Moore. Ces mots ne servent qu’à identifier le dossier dont traite le signataire de la lettre. La Cour d’appel a commis une erreur en accordant de l’importance à la mention de l’objet de ces lettres qui, interprétée correctement, n’établit pas l’existence d’une présupposition commune que M. Moore était vivant.

Le fait que les parties se soient entretenues sans tenir compte du délai de prescription n’établissait pas non plus l’existence d’une présupposition commune que la prescription ne serait pas invoquée comme moyen de défense. Ces lettres renferment de simples demandes de détails concernant l’action et n’établissent pas l’existence d’une convention entre les parties (voir *Hillingdon London Borough*, par. 57 et 60; *Seechurn c. ACE Insurance S.A.-N.V.*, [2002] 2 Lloyd’s L.R. 390, [2002] EWCA Civ 67, p. 396). En fait, l’affaire n’a pas dépassé le stade préliminaire de l’enquête relative au bien-fondé de l’action pour préjudice corporel. Il n’y a eu aucune négociation ou discussion de conciliation, aucune reconnaissance de responsabilité ou entente de renonciation à la possibilité d’invoquer la prescription comme moyen de défense.

Même si on pouvait conclure à l’existence d’une présupposition commune des parties, j’estime qu’on ne saurait réalistement affirmer que l’intimé a informé les appelants qu’il partageait effectivement leur présupposition erronée. À cet égard, je suis du même avis que les juges dissidents de la Cour d’appel lorsqu’ils affirment (par. 108) :

It is true that both parties assumed Mr. Moore was alive. That, as noted above, is not sufficient to establish estoppel by convention. Prior to Mr. Moore's death, any reference to him implying he was alive was a reflection of the truth at that time. That cannot be said to be a communication which becomes the basis of a convention that they will proceed on the assumption that Mr. Moore is alive, even beyond his death. There is no direct or circumstantial evidence which would lead to such a conclusion. The question becomes: could any agreement have arisen after Mr. Moore's death? The two letters written by the adjuster after Mr. Moore's death were in error when they said "Our insured – Rex Moore" but there is no communication to the other party and acceptance that they are to govern their future conduct on that basis.

(ii) Detrimental Reliance

The appellants submit that detrimental reliance is a requirement that must be proven in order to find convention estoppel. I agree. The Court of Appeal erred in finding this condition fulfilled by simple proof that a detriment would flow to the party asserting the estoppel if the other party were permitted to resile from the assumed stated facts, without a finding of reliance.

The jurisprudence and academic comments support the requirement of detrimental reliance as lying at the heart of true estoppel (see Bower, at pp. 6 and 184; *John*, at para. 86; *Hillingdon London Borough; The "August Leonhardt"*, at p. 35; *Litwin Construction (1973) Ltd. v. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459 (B.C.C.A.), at pp. 469-70; *Canacemal*, at paras. 33-35; *Vancouver City Savings Credit Union v. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934, at para. 74; *32262 B.C. Ltd. v. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227 (B.C.S.C.), at pp. 235-36).

Detrimental reliance encompasses two distinct, but interrelated, concepts: reliance and detriment. The former requires a finding that the party seeking to establish the estoppel changed his or her course of conduct by acting or abstaining from acting in reliance upon the assumption, thereby altering his

[TRADUCTION] Il est vrai que les deux parties ont pré-supposé que M. Moore était vivant. Comme nous l'avons déjà souligné, cela n'est pas suffisant pour établir la préclusion par convention. Avant le décès de M. Moore, toute mention de son nom laissant entendre qu'il était vivant reflétait alors la réalité. On ne saurait dire que cela constitue une communication sur la foi de laquelle les parties ont convenu d'agir en présupposant que M. Moore serait vivant, même après son décès. Aucune preuve directe ou indirecte ne permet d'arriver à une telle conclusion. Il faut alors se demander si une convention aurait pu survenir après le décès de M. Moore. Les deux lettres écrites par l'expert en sinistres après le décès de M. Moore étaient erronées lorsqu'elles mentionnaient « Notre assuré – Rex Moore », mais aucune partie n'a informé l'autre partie ou accepté que cela déterminerait leur conduite future.

(ii) L'acte de confiance préjudiciable

Selon les appelants, l'acte de confiance préjudiciable est une condition dont l'existence doit être prouvée pour que l'on puisse conclure à la préclusion par convention. Je suis d'accord. La Cour d'appel a eu tort de conclure que, pour que cette condition soit remplie, il suffisait de prouver que la partie invoquant la préclusion subirait un préjudice s'il était permis à l'autre partie de revenir sur l'état de fait pré-supposé, sans qu'il soit nécessaire de conclure à l'existence d'un acte de confiance.

La jurisprudence et la doctrine confirment que la condition de l'acte de confiance préjudiciable est au cœur de la véritable préclusion (voir Bower, p. 6 et 184; *John*, par. 86; *Hillingdon London Borough; The "August Leonhardt"*, p. 35; *Litwin Construction (1973) Ltd. c. Pan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 459 (C.A.C.-B.), p. 469-470; *Canacemal*, par. 33-35; *Vancouver City Savings Credit Union c. Norenger Development (Canada) Inc.*, [2002] B.C.J. No. 1417 (QL), 2002 BCSC 934, par. 74; *32262 B.C. Ltd. c. Companions Restaurant Inc.* (1995), 17 B.L.R. (2d) 227 (C.S.C.-B.), p. 235-236).

L'acte de confiance préjudiciable englobe deux notions distinctes, mais connexes : l'acte de confiance et le préjudice. La première notion exige de conclure que la partie qui cherche à établir la préclusion a modifié sa conduite en agissant ou en s'abstenant d'agir sur la foi de la présupposition, ce

67

68

69

or her legal position. If the first step is met, the second requires a finding that, should the other party be allowed to abandon the assumption, detriment will be suffered by the estoppel raiser because of the change from his or her assumed position (see Wilken, at p. 228; *Grundt v. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641 (Austl. H.C.), at p. 674).

70

Returning to the case at bar, even if one were to assume the existence of a communicated common assumption between the parties, there is no evidence that the respondent relied on this assumption. The evidence suggests that the respondent never put his mind to the shorter *Survival of Actions Act* limitation period. First, Ryan's counsel diarized the matter as a two-year limitation period. Second, the issue of estoppel by convention was raised for the first time by the Court of Appeal itself and was never discussed before the applications judge. Moreover, in the affidavit of Ryan's counsel, nowhere does he state that he believed that the adjuster intended him to act or refrain from acting in reliance on any agreement (A.R., vol. II, at pp. 137-46). From the date of the accident, November 27, 1997, to the expiry of the *Survival of Actions Act* limitation period, August 16, 1999, there was never any discussion by the respondent of the limitation period. On October 24, 2000, when Ryan's counsel indicated for the first time to Cabot Insurance's claim examiner that there might be a problem with the limitation period, he did not refer to a mutual understanding that Moore was to be treated as being alive for the purposes of Ryan's claim, nor did he raise the existence of an agreement.

71

It was not open to Ryan's counsel to refrain from bringing an action against Rex Gilbert Moore based solely on the limited communications between counsel. The letters relied upon were limited to the collection of medical information and documentation about Ryan's alleged injuries — nothing more. I have already spoken about the subject line; one

qui a eu pour effet de modifier sa situation juridique. Lorsque la première étape est franchie, la deuxième exige de conclure que, s'il est permis à l'autre partie de revenir sur la présupposition, la partie invoquant la préclusion subira un préjudice en raison du changement de sa situation présupposée (voir Wilken, p. 228; *Grundt c. Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641 (H.C. Austr.), p. 674).

Pour revenir aux faits de la présente affaire, même si on présumait l'existence d'une présupposition commune communiquée entre les parties, rien ne prouve que l'intimé s'est fié à cette présupposition. La preuve indique que l'intimé n'a jamais songé au délai de prescription plus court prévu par la *Survival of Actions Act*. Premièrement, l'avocat de M. Ryan a inscrit dans son calendrier que l'affaire était assujettie à un délai de prescription de deux ans. Deuxièmement, la question de la préclusion par convention a été soulevée pour la première fois par la Cour d'appel elle-même et n'a jamais été débattue devant le juge des requêtes. En outre, dans son affidavit, l'avocat de M. Ryan ne mentionne nulle part qu'il croyait que l'expert en sinistres souhaitait qu'il agisse ou s'abstienne d'agir sur la foi d'une convention quelconque (d.a., vol. II, p. 137-146). Entre la date de l'accident, soit le 27 novembre 1997, et la date d'expiration du délai de prescription prévu par la *Survival of Actions Act*, soit le 16 août 1999, l'intimé n'a jamais discuté du délai de prescription. Lorsque, le 24 octobre 2000, l'avocat de M. Ryan a indiqué pour la première fois à la rédactrice sinistres de Cabot Insurance que le délai de prescription pourrait poser un problème, il n'a pas mentionné que les parties s'étaient entendues pour traiter M. Moore comme s'il était vivant pour les besoins de la demande de M. Ryan et n'a pas soulevé non plus l'existence d'une convention.

Il n'était pas loisible à l'avocat de M. Ryan de s'abstenir de poursuivre Rex Gilbert Moore en raison seulement des communications limitées qui ont eu lieu entre les avocats. Les lettres invoquées ne concernaient que le rassemblement de renseignements et de documents médicaux concernant les blessures qu'aurait subi M. Ryan, rien de plus. J'ai

cannot disregard the fact that all negotiations/communications were also done on a “without prejudice” basis.

Consequently, I agree with the dissenting members of the Court of Appeal that the respondent not only did not rely on this alleged assumption, but his conduct does not show an intention to affect the legal relations between the parties. The record does not disclose that the respondent changed in any way his position on the basis of this alleged mutual assumption.

(iii) Detriment

Once the party seeking to establish estoppel shows that he acted on a shared assumption, he must prove detriment. For the plea to succeed, it must be unjust or unfair to allow a party to resile from the common assumption (Wilken, at p. 228). It is often said that the fact that there will have been a change from the presumed legal position will facilitate the establishment of detriment: “This is because there is an element of injustice inherent within the concept of the shared assumption — one party has acted unjustly in allowing the belief or expectation to ‘cross the line’ and arise in the other’s mind”: Wilken, at p. 228.

This final requirement of estoppel has been described as proving that it would be “unjust”, “unconscionable” or “unfair” to permit a party to resile from the mutual assumption (see, e.g., Bower, at p. 181; *John; The “Indian Grace”; The “Vistaffjord”*). However, it may be preferable to refrain from using “unconscionable”, in order to avoid confusion with this last concept which has developed a special meaning in relation to inequality of bargaining power in the law of contracts (where we speak of unconscionable transactions, for instance) (see *Litwin Construction*, at p. 468).

In the case at bar, given that there was no shared assumption or reliance, the detriment criterion does not need to be addressed. I would note, however,

déjà parlé de la mention de l’objet; on ne peut faire abstraction du fait que toutes les négociations et communications ont également été effectuées sous réserve de tous droits.

Par conséquent, je suis d’accord avec les juges dissidents de la Cour d’appel pour dire que non seulement l’intimé ne s’est pas fié à la présupposition dont on allègue l’existence, mais encore sa conduite ne démontre aucune intention de modifier les rapports juridiques entre les parties. Le dossier ne montre pas que l’intimé a modifié de quelque façon que ce soit sa situation en raison de la présupposition commune dont on allègue l’existence.

(iii) Préjudice

Dès que la partie qui cherche à établir la préclusion démontre qu’elle a agi sur la foi d’une présupposition commune, elle doit prouver l’existence d’un préjudice. Pour que ce moyen soit retenu, il doit être injuste ou inéquitable de permettre à une partie de revenir sur la présupposition commune (Wilken, p. 228). On dit souvent que le fait qu’il y ait eu modification de la situation juridique présumée facilite l’établissement de l’existence d’un préjudice : [TRADUCTION] « Cela est dû au fait que la notion de présupposition commune comporte forcément un élément d’injustice — une partie a agi de manière injuste en permettant que la croyance ou l’attente “passe” dans l’esprit de l’autre » : Wilken, p. 228.

On a dit que cette dernière condition de la préclusion prouve qu’il serait « injuste », « inique » ou « inéquitable » de permettre à une partie de revenir sur la présupposition commune (voir, par exemple, Bower, p. 181; *John; The “Indian Grace”; The “Vistaffjord”*). Cependant, il peut être préférable de s’abstenir d’utiliser le mot « inique » afin d’éviter toute confusion avec cette dernière notion, qui a pris un sens particulier en ce qui concerne l’inégalité du pouvoir de négociation en droit des contrats (où l’on parle d’opérations iniques, par exemple) (voir *Litwin Construction*, p. 468).

En l’espèce, étant donné l’absence de présupposition commune ou d’acte de confiance, il n’est pas nécessaire d’examiner le critère du préjudice.

72

73

74

75

that a detriment is not established by a reduced limitation period, as suggested by the respondent. Limitation periods and prescriptions, in the diverse areas of the law, have the similar effect and impact. The *Survival of Actions Act* has provided a benefit not available at common law; this benefit cannot legitimately be characterized as unfair and unjust.

(2) Estoppel by Representation

76

Where there is no shared assumption, as in the present case, there can be no estoppel by convention, no matter how unjust the other party's conduct may appear to be. However, in some circumstances, the party seeking to establish estoppel may be able to rely on estoppel by representation, an alternative here advocated by the respondent. The added difficulty in such a case is that an estoppel by representation cannot arise from silence unless a party is under a duty to speak. Silence or inaction will be considered a representation if a legal duty is owed by the representor to the representee to make a disclosure, or take steps, the omission of which is relied upon as creating an estoppel: see Wilken, at p. 227; Bower, at pp. 46-47.

77

Ryan submits that in the present case silence constituted a representation grounding estoppel because there was a duty to disclose relevant information as it would be unfair for the appellants to benefit from non-disclosure. I disagree. In the present case, there was no duty on the appellants, who were at the time only potential defendants, to advise Ryan of a limitation period, to assist him in the prosecution of the claim, or to advise him of the consequences of the death of one of the parties. There is no fiduciary or contractual relationship here (contrast with *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87). The appellants had no duty to exercise reasonable care, nor to divulge any information.

Je tiens toutefois à souligner qu'un délai de prescription plus court n'est pas une preuve de préjudice, comme l'a laissé entendre l'intimé. Le délai de prescription et la prescription ont, dans les divers domaines du droit, un effet et une incidence similaires. La *Survival of Actions Act* procure un avantage que n'offre pas la common law; on ne saurait légitimement qualifier cet avantage d'inéquitable et injuste.

(2) Préclusion par assertion de fait

En l'absence de présupposition commune, comme c'est le cas en l'espèce, il ne peut y avoir de préclusion par convention, aussi injuste que puisse paraître la conduite de l'autre partie. Toutefois, dans certaines circonstances, la partie qui cherche à établir la préclusion peut être en mesure d'invoquer la préclusion par assertion de fait, une solution que l'intimé préconise en l'espèce. La difficulté additionnelle qui se pose dans un tel cas tient au fait que la préclusion par assertion de fait ne peut pas découler d'un silence, à moins qu'une partie ne soit tenue de parler. Le silence ou l'inaction seront considérés comme une assertion si l'auteur de l'assertion avait envers le destinataire de celle-ci une obligation légale de divulguer ou de prendre des mesures, et que l'omission de le faire est invoquée comme donnant lieu à la préclusion : voir Wilken, p. 227; Bower, p. 46-47.

M. Ryan prétend que, dans la présente affaire, le silence constituait une assertion justifiant la préclusion parce qu'il y avait une obligation de divulguer les renseignements pertinents due au fait qu'il serait inéquitable que les appelants profitent de l'absence de divulgation. Je ne suis pas d'accord. En l'espèce, les appelants, qui n'étaient à l'époque que des défendeurs éventuels, n'étaient pas tenus d'informer M. Ryan de l'existence d'un délai de prescription, de l'aider à intenter son action ou de l'aviser des conséquences du décès de l'une des parties. Il n'existe aucun rapport fiduciaire ou contractuel en l'espèce (contrairement à l'affaire *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87). Les appelants n'étaient tenus ni de faire preuve de diligence raisonnable ni de divulguer quelque renseignement que ce soit.

Hence, there was no representation, no duty to speak, no intention to affect legal relations and no reliance in this case.

III. Conclusion

The legislature created an exception to the common law rule by enacting the *Survival of Actions Act*. It extended the rights of the parties to permit them to continue an action against a deceased. The relevant provision modifies the common law. It is not this Court's role to interfere with the scheme established by the legislature.

There are no reasons based on estoppel, or any other legal doctrine, to preclude Moore's estate or Cabot Insurance from relying on the *Survival of Actions Act* limitation period. Accordingly, I would allow the appeal on the issue of estoppel, affirm the decision of the Court of Appeal on the other issues, and strike the statement of claim, with costs throughout, at all levels of court.

APPENDIX

Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1

5. [Limitation period 2 years] Following the expiration of 2 years after the date on which the right to do so arose, a person shall not bring an action

- (a) for damages in respect of injury to a person or property, including economic loss arising from the injury whether based on contract, tort or statutory duty;

. . .

16. [Confirmation] (1) A confirmation of a cause of action occurs where a person

- (a) acknowledges that cause of action, right or title of another person; or
- (b) makes a payment in respect of that cause of action, right or title of another.

Il n'y avait donc, en l'espèce, aucune assertion, aucune obligation de parler, aucune intention de modifier les rapports juridiques ni aucun acte de confiance.

III. Conclusion

Le législateur a créé une exception à la règle de common law en édictant la *Survival of Actions Act*. Il a élargi la portée des droits des parties afin de leur permettre de poursuivre une action contre une personne décédée. La disposition pertinente modifie la common law. Il n'appartient pas à notre Cour de modifier le régime établi par le législateur.

Il n'y a aucune raison fondée sur la préclusion ou quelque autre règle juridique d'empêcher la succession de M. Moore ou Cabot Insurance d'invoquer le délai de prescription fixé par la *Survival of Actions Act*. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de la préclusion, de confirmer la décision de la Cour d'appel relativement aux autres questions et de radier la déclaration, avec dépens dans toutes les cours.

ANNEXE

Limitations Act, S.N.L. 1995, ch. L-16.1

[TRADUCTION]

5. [Délai de prescription de 2 ans] Les actions suivantes se prescrivent par deux ans suivant la date à laquelle a pris naissance le droit de les intenter :

- a) l'action en dommages-intérêts pour préjudice corporel ou matériel, y compris la perte économique découlant du préjudice, que ce soit pour un délit, une inexécution de contrat ou un manquement à une obligation légale;

. . .

16. [Confirmation] (1) Une cause d'action est confirmée si, selon le cas, une personne :

- a) reconnaît cette cause d'action, ce droit ou ce titre appartenant à autrui;
- b) effectue un paiement à l'égard de cette cause d'action, de ce droit ou de ce titre appartenant à autrui.

78

79

80

(2) Where a person against whom an action lies confirms that cause of action, the time before the date of that confirmation shall not count when determining the limitation period for a person having the benefit of the confirmation against the person bound by that confirmation.

(3) Subsection (2) applies only to a right of action where the confirmation is given before the expiration of the limitation period for that right of action.

. . .

(5) In order to be effective a confirmation must be in writing and signed by

- (a) the person against whom that cause of action lies; or
- (b) his or her agent

and given to the person or agent of the person having the benefit of that cause of action.

Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, c. S-32

2. [Causes of action to survive] Actions and causes of action

- (a) vested in a person who has died; or
- (b) existing against a person who has died,

shall survive for the benefit of or against his or her estate.

5. [Limitation of action] An action shall not be brought under this Act unless proceedings are started within 6 months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted and proceedings shall not be started in an action under this Act after the expiration of 1 year after the date of death of the deceased.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Cox Hanson O'Reilly Matheson, St. John's.

Solicitors for the respondent: Curtis, Dawe, St. John's.

(2) En cas de confirmation, la période antérieure à la date de la confirmation est exclue du calcul de la prescription de l'action de la personne qui bénéficie de cette confirmation par rapport à celle qui est liée par celle-ci.

(3) Le paragraphe (2) ne vise un droit d'action que si la confirmation a lieu avant l'expiration du délai de prescription applicable à ce droit d'action.

. . .

(5) La confirmation est valide si elle est consignée dans un écrit, signée par l'une des personnes suivantes et remise à la personne qui bénéficie de cette cause d'action ou à son mandataire :

- a) soit la personne visée par la cause d'action,
- b) soit son mandataire.

Survival of Actions Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-32

[TRADUCTION]

2. [Survie des causes d'action] Les actions et causes d'action :

- a) appartenant à une personne décédée survivent au profit de sa succession;
- b) existant contre une personne décédée survivent contre sa succession.

5. [Prescription des actions] Aucune action ne peut être intentée en vertu de la présente loi à moins que les procédures ne soient engagées dans les six mois suivant la délivrance de lettres d'homologation ou d'administration de la succession de la personne décédée, et, pour les besoins d'une action fondée sur la présente loi, les procédures ne doivent pas être engagées après l'expiration d'un an suivant la date du décès de la personne en question.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Cox Hanson O'Reilly Matheson, St. John's.

Procureurs de l'intimé : Curtis, Dawe, St. John's.