

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

33-10-CA

PELLETIER PLUMBING & HEATING LTD.,  
CARMEL PELLETIER, OLIVIA CYR and  
MARCEL CYR

APPELLANTS

- and -

LINDA CYR

RESPONDENT

Pelletier Plumbing & Heating Ltd. et al. v. Cyr,  
2011 NBCA 13

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
March 1, 2010

History of Case:

Decision under appeal:  
2010 NBQB 111

Preliminary or incidental proceedings:  
[2010] N.B.J. No. 162 (QL)

Appeal heard:  
October 14, 2010

Judgment rendered:  
February 10, 2011

Reasons for judgment by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Quigg

PELLETIER PLUMBING & HEATING LTD.,  
CARMEL PELLETIER, OLIVIA CYR et  
MARCEL CYR

APPELANTS

- et -

LINDA CYR

INTIMÉE

Pelletier Plumbing & Heating Ltd. et autres c. Cyr,  
2011 NBCA 13

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 1<sup>er</sup> mars 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2010 NBBR 111

Procédures préliminaires ou accessoires :  
[2010] A.N.-B. n<sup>o</sup> 162 (QL)

Appel entendu :  
Le 14 octobre 2010

Jugement rendu :  
Le 10 février 2011

Motifs de jugement :  
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellants Pelletier Plumbing & Heating  
Ltd. and Carmel Pelletier:  
Louis-Martin Boudreault

For the appellants Marcel Cyr and Olivia Cyr:  
No one appeared

For the respondent:  
Marylène Pilote and  
Michèle Morin

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants Pelletier Plumbing & Heating  
Ltd. et Carmel Pelletier :  
Louis-Martin Boudreault

Pour les appelants Marcel Cyr et Olivia Cyr :  
personne n'a comparu

Pour l'intimée :  
Marylène Pilote et  
Michèle Morin

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens.

Le jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF J.E. DRAPEAU

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel par Pelletier Plumbing & Heating Ltd. et Carmel Pelletier (« les Pelletier ») d'une ordonnance rendue sous le régime de l'art. 265.6 de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, les obligeant à verser à l'intimée, dans le cadre de l'action en responsabilité délictuelle qu'elle leur a intentée, un paiement anticipé de dommages-intérêts particuliers pour sa perte de revenu. Aux termes du par. 265.6(2), une telle ordonnance ne peut être rendue que si, et seulement si, le juge est convaincu que le demandeur prouvera au procès que le défendeur est responsable des dommages-intérêts particuliers dont il est question. Cette condition préalable est au cœur du débat en l'espèce.

[2] Selon les Pelletier, l'ordonnance frappée d'appel devrait être écartée étant donné qu'au procès d'une action connexe (en recouvrement des indemnités prévues au chapitre B), l'assureur de l'intimée va vraisemblablement être condamné à lui verser une somme qui l'indemniserait pour l'intégralité de sa perte de revenu. Il s'ensuivra, prétendent les Pelletier, qu'ils obtiendront le bénéfice d'une quittance conformément au par. 263(2) et que, par voie de conséquence, leur responsabilité au titre des dommages-intérêts particuliers pour perte de revenu ne sera pas établie au procès de l'action introduite contre eux.

[3] À titre subsidiaire, les Pelletier soutiennent que le juge saisi de la motion a fait erreur en calculant le montant du paiement anticipé sans tenir compte des ressources de l'intimée. Ils demandent une réduction du paiement anticipé qui reflète la prise en considération de ces ressources.

[4] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel.

## II. Le contexte législatif, factuel et procédural

[5] Le paragraphe 263(2) peut fournir au défendeur (dans une action en responsabilité délictuelle) une quittance au titre des paiements prévus au chapitre B même s'ils n'ont pas été effectués : il suffit que le demandeur y ait droit et qu'ils lui soient « disponibles ». Le paragraphe 263(2) se lit comme suit :

263(2) Where a claimant is entitled to the benefit of insurance referred to in section 256 or 257 [Section B] this, to the extent of payments made or available to the claimant thereunder, constitutes a release by the claimant of any claim against the person liable to the claimant or the insurer of the person liable to the claimant.

263(2) Le fait qu'un demandeur ait droit à l'indemnité de l'assurance mentionnée à l'article 256 ou 257 [le chapitre B] constitue, dans la mesure où les paiements sont effectués ou disponibles au demandeur, une quittance du demandeur de toute demande contre la personne responsable à l'égard du demandeur ou contre l'assureur de la personne responsable à l'égard du demandeur.

[6] L'article 265.6 investit la Cour du Banc de la Reine du pouvoir de rendre, sur motion du demandeur, une ordonnance condamnant le défendeur au paiement anticipé de dommages-intérêts particuliers. Comme je l'ai souligné dans mes remarques introductives, un tel redressement ne peut être accordé que si le juge est convaincu que la responsabilité du défendeur à l'égard de ces dommages-intérêts sera établie au procès. Par ailleurs, dans le calcul du montant du paiement anticipé, le juge dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, le par. 265.6(4) l'autorisant à tenir compte de toutes circonstances qu'il estime pertinentes. Une disposition complémentaire, l'al. 265.6(4)e), prévoit que ces circonstances peuvent comprendre les ressources de la partie demanderesse. Voici le texte intégral de l'art. 265.6 :

265.6(1) At any time after an action for damages arising out of an accident is commenced, the plaintiff may apply to a judge of The Court of Queen's Bench of New Brunswick for an order requiring the defendant to make an advance payment of special damages.

265.6(1) Dès qu'une action en dommages-intérêts résultant d'un accident est engagée, le plaignant peut demander à un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick une ordonnance obligeant le défendeur à verser un paiement anticipé de dommages-intérêts spéciaux.

265.6(2) The judge may make an order under subsection (1) on any terms he or she thinks appropriate, if the judge is satisfied that the plaintiff will prove that the defendant is liable for those damages.

265.6(2) Le juge peut rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (1) selon les modalités qu'il estime à-propos, s'il est convaincu que le plaignant prouvera que le défendeur est responsable de ces dommages-intérêts.

265.6(3) The judge may order that payment under subsection (1) be made by lump sum, by instalment or by a combination of both.

265.6(3) Le juge peut ordonner que le paiement en vertu du paragraphe (1) soit fait en une somme forfaitaire, par versements échelonnés ou par une combinaison des deux.

265.6(4) In calculating the amount of an advance payment, the judge may take into account any circumstances he or she considers relevant including

265.6(4) Dans le calcul du montant d'un paiement anticipé, le juge peut tenir compte de toutes circonstances qu'il estime pertinentes, y compris

(a) the amount of special damages already incurred or likely to be incurred before judgment by the plaintiff,

a) le montant des dommages-intérêts spéciaux que le plaignant a encourus ou doit vraisemblablement encourir avant le jugement,

(b) the amount, if any, counterclaimed by the defendant,

b) le montant, le cas échéant, de toute demande reconventionnelle réclamée par le défendeur,

(c) the extent, if any, to which the plaintiff may be found to be contributorily negligent,

c) la mesure, le cas échéant, dans laquelle le plaignant peut être reconnu coupable de négligence contributive,

(d) any failure by the plaintiff to mitigate the amount of special damages, and

d) tout défaut du plaignant pour réduire le montant des dommages-intérêts spéciaux, et

(e) the needs and resources of the plaintiff and the means of the defendant.

e) les besoins et les ressources du plaignant et les moyens du défendeur.

265.6(5) This section applies only to accidents occurring on or after the commencement of this section.

265.6(5) Le présent article ne s'applique qu'aux accidents survenus à la date de son entrée en vigueur ou après cette date.

[7]

Dans l'action sous-jacente, l'intimée, maintenant âgée de 48 ans, demande que les Pelletier et les deux autres appelants identifiés dans l'intitulé soient condamnés au

paiement de dommages-intérêts pour le préjudice corporel qu'elle a subi consécutivement à un accident de la circulation qui a eu lieu le 14 novembre 2000. L'accident est survenu lorsque le véhicule que conduisait Carmel Pelletier est entré en collision avec celui que conduisait le mari de l'intimée, Marcel Cyr, et dans lequel elle était passagère.

[8] Les deux véhicules sont assurés par Aviva Insurance Company of Canada. Aviva est donc l'assureur de l'intimée en vertu du chapitre B de la police d'assurance sur le véhicule dans lequel elle était passagère et l'assureur des Pelletier aux termes du chapitre A (responsabilité civile) de la police d'assurance sur leur véhicule. D'aucuns seront tentés de distiller de cette double responsabilité le soupçon que l'opposition à la motion en première instance ainsi que l'appel sont le produit d'une mauvaise foi. À ce propos, il convient de rappeler que la responsabilité personnelle des Pelletier est directement en jeu, et qu'il est dans leur meilleur intérêt d'encourager la reconnaissance judiciaire du droit de l'intimée aux indemnités prévues au chapitre B.

[9] Pelletier Plumbing & Heating Ltd. et Olivia Cyr sont parties à l'instance à titre de propriétaires des véhicules impliqués dans l'accident. Marcel et Olivia Cyr n'ont pas déposé d'exposé de la défense et ils n'ont pas participé à l'audience en première instance, à la formation de l'appel ou à l'audience en appel.

[10] Les Pelletier reconnaissent, pour les fins du présent débat seulement, leur responsabilité civile pour l'accident. Ils concèdent également, sous réserve de la condition que je viens de mentionner, que l'intimée souffre d'une invalidité « totale » qui l'empêche de se livrer à un quelconque travail rémunérateur.

[11] À l'époque de l'accident, l'intimée était aide-cuisinière dans une école. Elle y travaillait à temps plein durant l'année scolaire et bénéficiait de prestations d'assurance-emploi pendant les vacances estivales (de juin à septembre). Son revenu annuel avoisinait alors 10 000 \$.

[12] Suite à l'accident, et ce jusqu'en décembre 2002, l'intimée a perçu des indemnités hebdomadaires (220,20 \$) pour perte de revenu aux termes du chapitre B. Puisque le total de ces indemnités excède la perte de revenu de l'intimée durant la période en question, il est prévisible que les Pelletier ne seront pas tenus responsables de cette perte au procès de l'action en responsabilité délictuelle. Il en est ainsi parce que le par. 263(2) leur procure une quittance à l'égard des paiements « effectués » aux termes du chapitre B. C'est donc clairement à bon droit que la juge saisie de la motion a accordé aux Pelletier le plein bénéfice d'une quittance à l'égard de ces indemnités dans le calcul du montant du paiement anticipé qu'elle a ordonné.

[13] Quoi qu'il en soit, la situation financière de l'intimée se dégrade en décembre 2002 lorsque Aviva, en sa qualité d'assureur visé par le chapitre B, met fin aux indemnités pour perte de revenu. Le 8 décembre 2003, l'intimée répond par une action en recouvrement des indemnités impayées. Dans son exposé de la défense, Aviva conteste le droit de l'intimée aux indemnités réclamées au motif qu'elle ne souffre pas d'une incapacité qui satisfait aux conditions d'admissibilité prévues au chapitre B. Fait important, Aviva maintient toujours ce moyen de défense et, au moment de l'audience en première instance, elle n'avait payé aucune indemnité pour perte de revenu depuis le mois de décembre 2002. Évidemment, si l'intimée n'avait pas introduit une action en recouvrement des indemnités prévues au chapitre B ou l'avait abandonnée, les Pelletier n'auraient pu se fonder sur le par. 263(2) pour opposer à la motion sous le régime de l'art. 265.6 les indemnités pour perte de revenu qui n'ont pas été payées. Il en serait ainsi parce que la juge saisie de la motion n'aurait pas pu conclure à leur disponibilité au sens du par. 263(2) (voir *Morris c. Collette*, 2003 NBCA 35, 259 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, aux par. 18 à 20, et *Hilchie c. Hashey*, 2004 NBBR 318, 280 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 50, aux par. 10 à 13 (le juge Grant)).

[14] En outre, depuis le 6 février 2008, l'intimée perçoit des prestations d'invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada (montant mensuel de 501,63 \$). Elle a également reçu en février 2008 un paiement rétroactif pour prestations d'invalidité remontant au mois de novembre 2006 (10 119,32 \$). Quoiqu'ils concèdent que ces

paiements ne sauraient être appliqués en réduction de leur responsabilité à l'égard des dommages-intérêts de l'intimée, les Pelletier soutiennent qu'ils font partie des « ressources » de l'intimée et qu'à ce titre ils auraient du influencer sur le calcul du montant du paiement anticipé.

[15] Le 26 mai 2008, les deux actions de l'intimée ont été « jointes » aux termes d'une ordonnance rendue avec le consentement des parties. Cette ordonnance prévoit que « la preuve soumise dans une action sera considérée comme preuve dans l'autre ». À l'évidence, le libellé envisage le maintien de la distinction entre les deux actions mais, comme nous le verrons, la juge saisie de la motion a conclu, pour des raisons qui demeurent obscures, que l'ordonnance les avait fusionnées. Je reviendrai sur cette question-clé.

[16] En mai 2008, l'intimée présente la demande pour une ordonnance sous le régime de l'art. 265.6 qui est à l'origine du présent appel. Le 9 mars 2010, la juge saisie de la motion rend l'ordonnance suivante :

1. **LA COUR CONDAMNE** les défendeurs **PELLETIER PLUMBING & HEATING LTD. et CARMEL PELLETIER** à verser à la demanderesse **LINDA CYR** la somme de **SOIXANTE-DOUZE MILLE QUATRE CENT DIX-NEUF DOLLARS ET SOIXANTE-ONZE CENTS (72 419, 71\$)** en guise d'avance de fonds, composée des montants suivants :

a) Perte de revenus passés :	71 463,84\$
b) Médicaments :	<u>955,87\$</u>
<b>Total :</b>	<b>72 419,71\$</b>

2. **LA COUR CONDAMNE** les défendeurs **PELLETIER PLUMBING & HEATING LTD. et CARMEL PELLETIER** à verser à la demanderesse **LINDA CYR** une rente mensuelle de **MILLE CINQUANTE-DEUX DOLLARS ET SIX CENTS (1 052,06\$)**, devant débiter le **1<sup>er</sup> mars 2010** et ce jusqu'à ordonnance contraire de la Cour ou règlement dûment convenu entre les parties. Cette rente mensuelle



représente le remboursement des dépenses mensuelles suivantes :

a) Achat des médicaments :	117,13\$
b) Frais de physiothérapie et déplacements :	101,60\$
c) Perte de revenus futurs :	<u>833,33\$</u>
<b>Total :</b>	<b>1 052,06\$</b>

3. Les montants prévus aux points 1 et 2 susmentionnés seront payables à Maître Marylène Pilote en fiducie au 121, rue de l'Église, Bureau 304, Edmundston, Nouveau-Brunswick E3V 1J9.
4. Chaque partie sera responsable d'assumer leurs propres dépens afférents à cette Motion.

Cette ordonnance prend effet le 1<sup>er</sup> mars 2010.

[17] Les Pelletier demandent l' « annulation » de la partie de l'ordonnance qui prévoit un paiement anticipé de dommages-intérêts particuliers au titre de la perte de revenu. Subsidièrement, ils demandent une réduction « substantielle » de ce paiement. Les moyens d'appel sont ainsi formulés :

- i) Le tribunal de première instance a commis une erreur quant aux principes de droit applicables dans son application de l'article 265.6 de la *Loi sur les assurances* L.R.N.-B. [1973,] c. I-12 ainsi que du test requis tel qu'élaboré dans l'affaire *Smith c. Agnew* (2001), 240 RNB 2(d) 63 (CA) (ci-après *Smith*), et en accordant un paiement anticipé de dommages-intérêts pour perte de salaire.
- ii) Le tribunal de première instance a commis une erreur quant aux principes de droit applicables en déterminant que la décision *Morris c. Collette* (2003) 259 RNB (2<sup>e</sup>) 1 (CA) (ci-après *Morris*) était applicable à la motion pour paiement anticipé de la partie demanderesse.
- iii) Le tribunal de première instance a commis une erreur quant aux principes de droit applicables en ne tenant pas compte de toutes les circonstances pertinentes tel que prévu à l'article 265.6 de la *Loi*

*sur les assurances*, L.R.N.-B. , [1]973, c. I-12 et plus particulièrement en ne tenant pas compte des montants potentiels à être récupérés par la demanderesse dans son litige contre le Chapitre B de son assurance Aviva Compagnie d'Assurance du Canada et qui a été fusionné à l'action principale par Ordonnance par Consentement le 26 mai, 2008.

## II. Analyse et décision

[18] Dans l'affaire *Agnew c. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 63, la Cour a précisé le cadre analytique qui régit l'application de l'art. 265.6 :

[...] [L]'article 265.6 envisage un processus à deux étapes. [...] Au cours de la première étape du processus visé à l'article 265.6, la Cour s'interroge sur la responsabilité du défendeur au titre des dommages-intérêts particuliers mentionnés dans l'avis de motion du demandeur. L'expression « ces dommages-intérêts » employée au paragraphe 265.6(2) désigne le genre plutôt que le montant des dommages-intérêts particuliers mentionnés dans la demande du demandeur. S'il en était autrement, toute demande serait rejetée à moins qu'elle ne précise le montant exact des dommages-intérêts particuliers dont, de l'avis du juge qui entend la motion, le défendeur sera jugé redevable au procès. Pendant la deuxième étape, le juge qui entend la motion s'attache à déterminer le montant du paiement anticipé.

Le débat que comporte la première étape sera tranché en faveur du demandeur si le juge est convaincu qu'il y a de fortes chances que des dommages-intérêts particuliers du genre de ceux qui sont visés par la demande soient attribués dans le cadre du jugement définitif. Il va sans dire que, si la preuve montre qu'il y a de fortes chances que le défendeur oppose une défense complète à l'action, la motion doit être rejetée.

Pendant la deuxième étape, le juge qui entend la motion peut tenir compte de « toutes circonstances qu'il estime pertinentes » dans le calcul du montant d'un paiement anticipé. Voir le paragraphe 265.6(4). Dans ce contexte, la pertinence se mesure à l'aune du droit du demandeur au paiement immédiat des dommages-intérêts particuliers qui

sont à la fois mentionnés dans l'avis de motion et susceptibles de faire partie des dommages-intérêts accordés au procès. Dans la plupart des cas, la démarche progressive suivante sera indiquée pendant la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article 265.6.

Le juge devrait déterminer en premier lieu les dommages particuliers que le demandeur a de fortes chances de prouver au procès, abstraction faite des moyens de défense invoqués dans l'exposé de la défense et de toute demande reconventionnelle. Le juge doit ensuite tenir pleinement compte de ces moyens de défense et de toute demande reconventionnelle dont il est convaincu qu'ils ont de fortes chances d'être établis ou reçus au procès. Ces moyens de défense comprennent habituellement la négligence concourante de la victime ainsi que les quittances et compensations prévues par la loi. Si, après avoir pleinement tenu compte de ces moyens de défense et de toute demande reconventionnelle, le juge n'est pas convaincu que le demandeur sera indemnisé des dommages particuliers en question, la motion doit être rejetée. J'ajouterais que, même si le défendeur ne réussit pas à établir, suivant la norme applicable, qu'un moyen de défense précis l'emportera au procès, il peut néanmoins bénéficier d'une réduction du paiement anticipé envisagé s'il est réellement possible que le juge du procès accueille favorablement ce moyen de défense. Toute réduction de ce genre doit être proportionnée aux chances de succès et à l'incidence potentielle du moyen de défense. [par. 68-71]

[Je souligne.]

[19] La juge saisie de la motion a exprimé l'avis que l'intimée n'aura effectivement subi aucune perte de revenu imputable aux Pelletier si elle obtient gain de cause dans sa poursuite contre Aviva en recouvrement des indemnités de perte de revenu prévues au chapitre B. Elle a conclu « qu'il y a de fortes chances qu'au procès c'est l'assureur du chapitre B qui sera condamné à payer [la perte de revenu de l'intimée] » (par. 27). Nonobstant ces conclusions, qui sont incontestées en appel, la juge a accueilli la motion et condamné les Pelletier au paiement en une somme forfaitaire de l'intégralité de la perte de revenu passée de l'intimée et au paiement en versements échelonnés de l'intégralité de sa perte de revenu mensuelle jusqu'au procès. Voici les motifs

circonstanciés de la juge saisie de la motion portant sur la déductibilité de la somme que le juge du procès condamnera vraisemblablement Aviva à verser à l'intimée, motifs qui sont fondés sur la prémisse que les deux actions, ayant été fusionnées, seront tranchées en même temps dans le cadre d'un seul jugement :

La demanderesse affirme que [la question de la déductibilité] a été [tranchée] par la Cour d'appel dans l'affaire *Morris c. Collette*, 2003 NBCA 35, [2003] A.N.-B. no 172. [...]

Au paragraphe 21 [des motifs de la majorité dans l'affaire *Morris*], le juge Deschênes ajoute :

21. M. Morris n'était nullement tenu de faire valoir contre son propre assureur ses prétentions sous le régime du chapitre B en introduisant, au départ, une action en justice contre son assureur en vertu du chapitre B. Il avait le droit de choisir d'exercer son recours contre M. Collette sans compromettre sa position. M. Morris n'était nullement tenu, dans les circonstances, d'introduire deux actions en justice, savoir une contre son propre assureur afin de recouvrer les indemnités prévues au chapitre B et une action en responsabilité délictuelle contre M. Collette. Après avoir intenté à son propre assureur une action en recouvrement des indemnités prévues au chapitre B, j'estime qu'il n'était pas tenu de continuer cette action et l'abandon de l'action est donc sans importance. [...]

Au paragraphe 23, le juge Deschênes mentionne :

23. [...] Le 30 mars 1994, les indemnités prévues au chapitre B n'étaient pas « disponibles » au sens du paragraphe 263(2) parce [que] l'assureur de M. Morris en vertu du chapitre B refusait de les verser et M. Collette n'avait donc droit à aucune déduction passé cette date. À mon avis, bien que l'on puisse prétendre que M. Morris avait peut-être « droit » aux indemnités prévues au chapitre B, ces indemnités n'étaient pas « disponibles » pour les raisons susmentionnées.

[...]

La défense fait valoir que l'affaire *Morris* est distinguable sur les faits puisqu'il s'agit d'une décision suite au procès et non pas une motion pour paiement anticipé.

Je suis convaincue que la demanderesse prouvera que les défendeurs sont responsables des dommages-intérêts du genre réclamé. Je conclus que seuls les paiements reçus du chapitre B sont opposables aux fins d'un paiement anticipé. Pour ce qui en est des paiements refusés à ce jour par l'assureur du chapitre B, même si on peut dire que Mme Cyr a « droit » à ces paiements, ils n'ont pas été reçus et ils ne sont pas « disponibles » car l'assureur refuse de les payer.

[...]

Je rejette l'argument des défendeurs voulant que la demanderesse doive compter sur son assureur visé au chapitre B pour acquitter les paiements auxquels elle a droit en vertu du chapitre B. Bien qu'il semble en l'espèce que la demanderesse ait droit aux indemnités prévues au chapitre B, elles ne sont pas disponibles pour elle à ce moment.

Pour ce qui est de la question de savoir qui est responsable de la perte de revenu, frais de médicaments et frais de réadaptation, il semble que la compagnie Aviva, qui fournit à Mme Cyr sous le régime du chapitre B l'assurance mentionnée à l'article 256 de la *Loi sur les assurances*, est en définitive responsable du paiement de ces paiements.

À savoir si les défendeurs peuvent invoquer ceci comme moyen de défense à l'intérieur d'une demande de paiement anticipé, je réponds dans la négative et j'adopte les commentaires du juge Grant dans l'affaire *Hilchie c. Hashey*, 2004 NBBR 318, [2004] A.N.-B. no 325, lorsqu'il dit au para. 11 : « Pour que ce moyen de défense soit retenu, le défendeur ne doit pas seulement prouver que la demanderesse avait « droit » aux indemnités, mais il doit également prouver que les indemnités étaient disponibles ».

À mon avis, l'interprétation que veulent donner les défendeurs au régime de l'article 265.6 de la *Loi sur les assurances* est régressive. Il ne faut pas « compromettre l'objectif des dispositions législatives en matière de

responsabilité sans égard à la faute, objectif qui consiste à faire en sorte que l'indemnisation soit rapide, sans égard à la faute » (voir para. 19 de la décision de la Cour d'appel dans *Morris*).

Comme le disait le juge Drapeau au para. 64 de l'affaire *Smith* : « L'article 265.6 a été incorporé au mélange pour compenser les autres modifications à la *Loi* qui étaient plus favorables au défendeur. Cette réalité contextuelle confirme le bien-fondé d'une interprétation libérale de l'article 265.6. » [par. 29-49]

[Je souligne.]

[20] Comme je l'ai relevé à quelques reprises déjà, un juge ne peut ordonner un paiement anticipé à moins d'être convaincu que la responsabilité de la partie défenderesse au titre des dommages-intérêts visés par la demande sous le régime de l'art. 265.6 sera établie au procès. Dans l'arrêt *Agnew c. Smith*, la Cour a expliqué que la décision en application de ce régime [TRADUCTION] « repose sur une prédiction quant à la décision que rendra le juge du procès en ce qui concerne la responsabilité du défendeur au titre des dommages-intérêts particuliers mentionnés dans la demande de paiement anticipé du demandeur » (par. 3). Ainsi, en règle générale, lorsque le demandeur perçoit des indemnités pour perte de revenu en vertu du chapitre B et il est raisonnablement prévisible qu'il en sera ainsi pour une période indéterminée, la cour devrait tenir compte des paiements effectués et des paiements à venir dans la décision qu'elle est appelée à rendre aux termes de l'art. 265.6 (voir *Agnew c. Smith*, au par. 71).

[21] En l'espèce, quoique Aviva ait mis fin aux indemnités pour perte de revenu et qu'elle conteste le droit de l'intimée à les percevoir, il y a de fortes chances qu'elle sera condamnée à verser à l'intimée ces indemnités depuis la cessation de leur paiement en décembre 2002. Les Pelletier font valoir que, le cas échéant, l'intimée n'aura subi aucune perte de revenu imputable aux défendeurs dans l'action qui leur a été intentée. Il s'ensuit, toujours selon les Pelletier, que le scénario retenu en première instance connaîtra un dénouement au procès de cette action qui prendra acte de leur non-responsabilité puisqu'ils obtiendront le bénéfice d'une quittance en vertu du par. 263(2). Cela étant, les Pelletier prétendent que la juge saisie de la motion n'avait pas la

compétence voulue pour rendre l'ordonnance qu'ils contestent en appel. Avec égard, je ne puis souscrire à cet avis et j'estime que l'ordonnance en question devrait être confirmée, quoique pour des motifs un tant soit peu différents de ceux formulés en première instance.

[22] La contestation des Pelletier repose sur la prétention que l'ordonnance du 28 mai 2008 entraîne la fusion de l'action en responsabilité délictuelle à l'action en recouvrement des indemnités aux termes du chapitre B. Ce n'est tout simplement pas le cas et, avec égards, la juge saisie de la motion a fait erreur en affirmant le contraire. Il importe de souligner que, s'il y avait eu fusion des deux actions, toutes les demandes de l'intimée seraient définitivement tranchées dans un seul jugement qui, selon les conclusions de la juge saisie de la motion, condamnerait vraisemblablement Aviva au paiement des indemnités pour perte de revenu réclamées par l'intimée. Il s'ensuivrait que ce même jugement ne pourrait faire autre que donner suite au par. 263(2) et ainsi confirmer la non-responsabilité juridique des Pelletier au titre des dommages-intérêts particuliers ayant trait à la perte de revenu de l'intimée.

[23] Heureusement pour l'intimée, l'ordonnance du 28 mai 2008 ne prévoit pas la fusion de ses actions, mais seulement leur « réunion » aux termes de la règle 6 des *Règles de procédure*. En pareilles circonstances, et contrairement à ce qui se produit lorsque des actions sont fusionnées, chaque action conserve son identité propre et une décision distincte doit être rendue pour chacune (voir *Doiron c. Hogan*, 2001 NBCA 97, 243, R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 263, au par. 17). D'ailleurs, je suis d'avis qu'une ordonnance prévoyant la réunion d'actions (comme celle du 28 mai 2008) devrait indiquer si leur instruction sera simultanée ou consécutive et, lorsque la dernière hypothèse est retenue, l'ordonnance pourrait également prescrire l'ordre des instructions même si, ultimement, ces déterminations sont sujettes à la discrétion du juge du procès (voir la règle 6.01(3)). Bien entendu, de telles précisions sont impertinentes lorsqu'il y a fusion d'actions.

[24] Les deux actions de l'intimée conservent leur identité et chacune devra être tranchée séparément par une décision distincte (voir *Gamblin c. O'Donnell et*

*Absher*, 2001 NBCA 110, 244 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 142, aux par. 2 et 3). Puisque les Pelletier soutenaient en première instance qu'ils obtiendront au procès de l'action contre eux une quittance en vertu du par. 263(2) à l'égard des dommages-intérêts particuliers qui leur sont réclamés, il leur incombait d'établir chacune des conditions préalables à l'application de cette disposition. Il va sans dire que, si la première des décisions susmentionnées portait sur l'action introduite en premier lieu, savoir l'action intentée aux Pelletier, les indemnités pour perte de revenu prévues au chapitre B ne seraient pas « disponibles » à ce moment-là et les Pelletier n'auraient pas droit au bénéfice du par. 263(2). Ce scénario serait couronné d'un jugement pour l'intégralité des dommages-intérêts particuliers pour la perte de revenu de l'intimée : *Morris c. Collette* est l'arrêt de principe sur le sujet et il ne permet aucun autre dispositif. Or, élément déterminant, rien au dossier ne justifie la conclusion que la décision dans l'action contre Aviva en recouvrement des indemnités prévues au chapitre B sera la première à être rendue. Il s'ensuit que les Pelletier n'ont pas établi une condition préalable à l'application du par. 263(2). Cela étant, l'ordonnance rendue en première instance ne saurait être « annulée ».

[25] Qui plus est, je suis d'avis que la juge saisie de la motion n'a pas commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a calculé le montant du paiement anticipé sans tenir compte des ressources de l'intimée, y compris les prestations d'invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada. Les éléments de preuve et les aveux factuels versés au dossier autorisaient la juge à établir la perte de revenu au montant qu'elle a retenu, et rien ne l'obligeait à tenir compte des ressources de l'intimée dans le calcul du montant du paiement anticipé. La thèse contraire véhiculée par les Pelletier se bute aux observations de la Cour sur le sujet dans l'arrêt *Agnew c. Smith* :

[TRADUCTION]

Enfin, le juge peut, si nécessaire, poursuivre l'exercice envisagé au paragraphe 265.6(4) en prenant en considération les besoins et les ressources du demandeur ainsi que les moyens du défendeur. L'alinéa e) autorise le juge, sans l'y obliger, à tenir compte de ces circonstances dans le calcul du montant du paiement anticipé. Je suis d'avis que ce n'est que dans les cas exceptionnels que ces circonstances devraient pouvoir influencer sur le résultat.



Après tout, ni les besoins et les ressources du demandeur ni les moyens du défendeur ne commandent l'application de l'article 265.6. Cette disposition vise à amener le défendeur à transférer, plus tôt que plus tard, des sommes qui, de l'avis du juge qui entend la motion, appartiennent en toute légitimité au demandeur. Qui plus est, tout examen des circonstances énumérées à l'alinéa 265.6(4)e suppose nécessairement une atteinte à la vie privée qui devrait, en raison de sa gravité, être réservée aux cas les plus exceptionnels. [par. 72]

[Je souligne.]

[26] En l'espèce, il est clair que nous n'avons pas affaire à un cas exceptionnel et la juge saisie de la motion se serait écartée du sentier battu si elle avait tenu compte des modestes ressources de l'intimée pour réduire le paiement anticipé qui aurait été indiqué autrement. De toute façon, la décision de ne pas en tenir compte relève d'un pouvoir discrétionnaire et, dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161, la Cour a statué qu'une telle décision ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien au dossier qui puisse la justifier. En l'espèce, aucune de ces conditions n'est remplie.

[27] Enfin, pour ce qui est du risque d'une « surindemnisation », lequel a été évoqué par les Pelletier (sans beaucoup de conviction ou d'enthousiasme, il convient de le noter), je fais miennes les observations de la juge en première instance :

Comme nous le savons, les défendeurs ont un droit de compensation au titre des paiements faits conformément à une ordonnance rendue sous le régime de l'article 265.6. Ce droit est opposable à la fois aux dommages-intérêts particuliers et aux dommages-intérêts généraux. Il y aura sans doute dans cette affaire un octroi de dommages-intérêts généraux. Rien n'empêche les défendeurs de recouvrer le trop-perçu si le montant accordé à Mme Cyr au procès est inférieur au montant du paiement anticipé ordonné. De plus, puisque l'assureur en vertu du chapitre B

sera aussi devant la Cour au moment du procès, tout rajustement pourra être fait à ce moment et ceci réduit le risque de surindemnisation. [par. 44]

III. Conclusion et dispositif

[28] Pour les motifs que je viens d'exposer, je rejetterais l'appel. Les parties ayant retiré leurs demandes respectives en recouvrement des honoraires et débours afférents, j'ordonnerais qu'elles supportent leurs propres frais en appel.

English version of the decision of the Court rendered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] Pelletier Plumbing & Heating Ltd. and Carmel Pelletier (“the Pelletiers”) appeal against an order under s. 265.6 of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, which requires them to make, in the context of the respondent’s action in tort, an advance payment of special damages for her loss of income. By virtue of s. 265.6(2), such an order may be made if, and only if, the judge is satisfied the plaintiff will prove at trial the defendant is liable for the special damages at issue. That condition precedent is at the heart of the dispute in this proceeding.

[2] The Pelletiers argue the order under appeal should be set aside because the respondent’s insurer will likely be directed to provide compensation for the full amount of her loss of income at the trial of a related action (to recover Section B benefits). According to the Pelletiers, it follows they will obtain the benefit of a release under s. 263(2) and, consequently, their liability with respect to special damages for loss of income will not be established at the trial of the action against them.

[3] In the alternative, the Pelletiers submit the motion judge erred in calculating the amount of the advance payment without taking the respondent’s resources into consideration. They ask that the advance payment be reduced to reflect those resources.

[4] I would dismiss the appeal for the following reasons.

II. The Statutory, Factual and Procedural Context

[5] Section 263(2) may operate to release the defendant in a tort action with respect to Section B insurance benefits even if they have not been paid: it is sufficient if

the claimant is entitled to the benefits and they are “available” to him or her. Section 263(2) reads as follows:

263(2) Where a claimant is entitled to the benefit of insurance referred to in section 256 or 257 [Section B] this, to the extent of payments made or available to the claimant thereunder, constitutes a release by the claimant of any claim against the person liable to the claimant or the insurer of the person liable to the claimant.

263(2) Le fait qu’un demandeur ait droit à l’indemnité de l’assurance mentionnée à l’article 256 ou 257 [le chapitre B] constitue, dans la mesure où les paiements sont effectués ou disponibles au demandeur, une quittance du demandeur de toute demande contre la personne responsable à l’égard du demandeur ou contre l’assureur de la personne responsable à l’égard du demandeur.

[6] Upon the plaintiff’s application, s. 265.6 empowers the Court of Queen’s Bench to order the defendant to make an advance payment of special damages. As indicated in my introductory remarks, that relief is not available unless the judge is satisfied the defendant’s liability for the damages at issue will be established at trial. Furthermore, the judge has a wide discretionary power in calculating the amount of an advance payment, s. 265.6(4) opening the door to the consideration of any circumstances he or she considers relevant. A related provision, s. 265.6(4)(e), provides those circumstances may include the plaintiff’s resources. Section 265.6, in its entirety, reads as follows:

265.6(1) At any time after an action for damages arising out of an accident is commenced, the plaintiff may apply to a judge of The Court of Queen’s Bench of New Brunswick for an order requiring the defendant to make an advance payment of special damages.

265.6(1) Dès qu’une action en dommages-intérêts résultant d’un accident est engagée, le plaignant peut demander à un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick une ordonnance obligeant le défendeur à verser un paiement anticipé de dommages-intérêts spéciaux.

265.6(2) The judge may make an order under subsection (1) on any terms he or she thinks appropriate, if the judge is satisfied that the plaintiff will prove that the defendant is liable for those damages.

265.6(2) Le juge peut rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (1) selon les modalités qu’il estime à-propos, s’il est convaincu que le plaignant prouvera que le défendeur est responsable de ces dommages-intérêts.

265.6(3) The judge may order that payment under subsection (1) be made by lump sum, by installment or by a combination of both.

265.6(3) Le juge peut ordonner que le paiement en vertu du paragraphe (1) soit fait en une somme forfaitaire, par versements échelonnés ou par une combinaison des deux.

265.6(4) In calculating the amount of an advance payment, the judge may take into account any circumstances he or she considers relevant including

265.6(4) Dans le calcul du montant d'un paiement anticipé, le juge peut tenir compte de toutes circonstances qu'il estime pertinentes, y compris

(a) the amount of special damages already incurred or likely to be incurred before judgment by the plaintiff,

a) le montant des dommages-intérêts spéciaux que le plaignant a encourus ou doit vraisemblablement encourir avant le jugement,

(b) the amount, if any, counterclaimed by the defendant,

b) le montant, le cas échéant, de toute demande reconventionnelle réclamée par le défendeur,

(c) the extent, if any, to which the plaintiff may be found to be contributorily negligent,

c) la mesure, le cas échéant, dans laquelle le plaignant peut être reconnu coupable de négligence contributive,

(d) any failure by the plaintiff to mitigate the amount of special damages, and

d) tout défaut du plaignant pour réduire le montant des dommages-intérêts spéciaux, et

(e) the needs and resources of the plaintiff and the means of the defendant.

e) les besoins et les ressources du plaignant et les moyens du défendeur.

265.6(5) This section applies only to accidents occurring on or after the commencement of this section.

265.6(5) Le présent article ne s'applique qu'aux accidents survenus à la date de son entrée en vigueur ou après cette date.

[7] In the underlying action, the respondent, now 48 years old, claims against the Pelletiers, and the two other appellants named in the style of cause, damages for the bodily injuries she sustained in a November 14, 2000 traffic accident. The accident occurred when the vehicle operated by Carmel Pelletier collided with the vehicle driven by the respondent's husband, Marcel Cyr, and in which she was a passenger.

[8] Both vehicles were insured by Aviva Insurance Company of Canada. Aviva is therefore the respondent's insurer under Section B of the policy on the vehicle in which she was a passenger, in addition to being the Pelletiers' insurer under Section A (civil liability) of the policy on their vehicle. One might be tempted to distill from this double liability a suspicion that the opposition to the motion in first instance as well as the appeal were pursued in bad faith. On that point, it bears recalling that the Pelletiers' personal liability is directly at stake and that it is in their best interest to press for judicial recognition of the respondent's entitlement to Section B benefits.

[9] Pelletier Plumbing & Heating Ltd. and Olivia Cyr are parties to the underlying action as owners of the vehicles involved in the accident. Marcel and Olivia Cyr did not file a Statement of Defence and abstained from any involvement in the hearing in first instance, in the initiation of the appeal and in the hearing on appeal.

[10] The Pelletiers acknowledge their civil liability for the accident for the purposes of the present proceeding only. They further concede, subject to this same condition, that the respondent is "totally" disabled and that, as a result, she is prevented from engaging in any gainful employment.

[11] At the time of the accident, the respondent was an assistant cook at a school. She worked full-time during the school year and collected employment insurance benefits during the summer holidays (from June to September). Her annual income was about \$10,000 at the time.

[12] Following the accident and until December 2002, the respondent received weekly Section B benefits (\$220.20) for loss of income. Given that the total amount of those benefits exceeds the respondent's loss of income during the period in question, it is expected the Pelletiers will not be found liable for that loss at the trial of the action in tort. That is so because s. 263(2) releases them to the extent of payments "made" under Section B. The motion judge was therefore indisputably right when she gave the

Pelletiers the full benefit of a release with respect to those payments in quantifying the advance payment.

[13] Be that as it may, the respondent's financial situation took a turn for the worse in December 2002 when Aviva, as Section B insurer, terminated her loss of income benefits. On December 8, 2003, the respondent commenced proceedings to recover the unpaid benefits. In its Statement of Defence, Aviva contested the respondent's right to those benefits on the ground that her disability did not meet Section B's eligibility requirements. Importantly, Aviva continues to rely on this ground of defence and, as of the date of the hearing in the court below, it had not paid any benefits for loss of income since December 2002. Clearly, if the respondent had not commenced an action for the recovery of unpaid Section B benefits or had abandoned the action she actually launched, the Pelletiers could not have relied upon s. 263(2) and unpaid loss of income benefits to resist the motion under s. 265.6. That is so because the motion judge would not have been at liberty to find those benefits were available within the meaning of s. 263(2) (see *Morris v. Collette*, 2003 NBCA 35, 259 N.B.R. (2d) 1, at paras. 18-20, and *Hilchie v. Hashey*, 2004 NBQB 318, 280 N.B.R. (2d) 50, at paras. 10-13 (Grant, J.)).

[14] In addition, the respondent has been receiving disability benefits under the Canada Pension Plan (\$501.63 monthly) since February 6, 2008. In February 2008, she also received, by way of a lump sum (\$10,119.32), disability benefits retroactive to November 2006. Though they concede those payments cannot be applied to reduce their liability for the respondent's damages, the Pelletiers argue they are part of the respondent's "resources" and, as such, should have weighed in the quantification of the advance payment.

[15] On May 26, 2008, the respondent's two actions were "joined" pursuant to the terms of a consent order. The order provided that [TRANSLATION] "evidence adduced in one action shall be considered as evidence in the other". Obviously, that wording contemplated the continued separation of the two actions but, as will be seen, the

motion judge concluded, for reasons that remain obscure, that the order brought about their consolidation. I will return to this pivotal issue.

[16] In May 2008, the respondent brought the motion for an order under s. 265.6 that gives rise to the present appeal. On March 9, 2010, the motion judge issued the following order:

1. **THE COURT ORDERS** the defendants **PELLETIER PLUMBING & HEATING LTD. and CARMEL PELLETIER** to pay to the plaintiff **LINDA CYR** the sum of **SEVENTY-TWO THOUSAND FOUR HUNDRED NINETEEN DOLLARS AND SEVENTY-ONE CENTS** (\$72,419.71) as advance payment, comprised of the following amounts:
  - a) Past loss of income \$71,463.84
  - b) Medication \$955.87
  - Total: \$72,419.71**
  
2. **THE COURT ORDERS** the defendants **PELLETIER PLUMBING & HEATING LTD. and CARMEL PELLETIER** to pay to the plaintiff **LINDA CYR** monthly benefits in the amount of **ONE THOUSAND FIFTY-TWO DOLLARS AND SIX CENTS** (\$1,052.06) commencing **March 1, 2010**, until otherwise ordered by the Court or agreement of the parties. Such monthly benefit is for reimbursement of the following monthly expenses:
  - a) Purchase of medication: \$117.13
  - b) Cost of physiotherapy and travel: \$101.60
  - c) Loss of future income \$833.33
  - Total: \$1,052.06**
  
3. The amounts set out in above-mentioned items 1 and 2 shall be payable to Marylène Pilote in Trust at 121 Church Street, Suite 304, Edmundston, New Brunswick, E3V 1J9.
  
4. Each party shall pay its own costs of this Motion.

This order shall take effect on March 1, 2010.



[17] The Pelletiers seek the “nullification” of the part of the order that provides for an advance payment of special damages for loss of income. In the alternative, they request a “substantial” reduction of the payment ordered. The grounds of appeal are as follows:

- i) The court below erred as to the relevant principles of law in its application of s. 265.6 of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, as well as with respect to the required test enunciated in *Smith v. Agnew* (2001), 240 N.B.R. (2d) 63 (C.A.) (hereinafter referred to as *Smith*), and in awarding an advance payment of damages for loss of income.
- ii) The court below erred as to the relevant principles of law when it determined that the decision in *Morris v. Collette* (2003), 259 N.B.R. (2d) 1 (C.A.) (hereinafter referred to as *Morris*), is applicable to the plaintiff’s motion for advance payment.
- iii) The court below erred as to the relevant principles of law by failing to consider all of the relevant circumstances set out in s. 265.6 of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, and, more specifically, by not taking into account the benefits likely to be recovered by the plaintiff in its Section B action against Aviva Insurance Company of Canada, which was consolidated with the main action by Consent Order dated May 26, 2008.

## II. Analysis and Decision

[18] In *Agnew v. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 N.B.R. (2d) 63, the Court articulated the analytical framework governing the application of section 265.6:

... [Section] 265.6 envisages a bifurcated process ... In the first stage of the process under s. 265.6, the court is concerned with the defendant’s liability for the special damages identified in the plaintiff’s Notice of Motion. The expression “those damages” in s. 265.6(2) refers to the type, rather than the amount of special damages specified in the plaintiff’s application. If it were otherwise, any application would meet with failure unless it specified the precise amount of special damages for which, in the

view of the motions judge, the defendant will be found liable at trial. In the second stage, the motions judge focuses on the quantum of the advance payment.

The debate in the first stage will be resolved in the plaintiff's favour if the judge is satisfied that the final judgment will more probably than not include an award of special damages of the kind targeted by the application. Obviously, if the evidence shows that the defendant will more likely than not establish a complete defence to the action, the motion must be dismissed.

In the second stage, the motions judge may take into account “any circumstances he or she considers relevant” in calculating the amount of an advance payment. See s. 265.6(4). The benchmark for relevance in that context is the plaintiff's entitlement to an immediate payment of the special damages that are both specified in the Notice of Motion and likely to form part of the damages award at trial. In most cases, the following step-by-step approach will be appropriate in the second stage of the analysis under section 265.6.

The judge should first determine the special damages that the plaintiff will more likely than not prove at trial, without regard to any of the defences pleaded in the Statement of Defence or to any counterclaim. Full effect should then be given to those defences and any counterclaim that the judge is satisfied will more probably than not be proven at trial. These defences typically include contributory negligence as well as statutory releases and offsets. If after giving full effect to those defences and any counterclaim, the judge is not satisfied that the plaintiff will be awarded some compensation for the special damages in question, the motion must be dismissed. I would add that, even though the defendant fails to establish to the necessary standard that a particular defence will prevail at trial, he or she may nonetheless benefit from a reduction in the contemplated advance payment if there is a real or substantial possibility that the defence will find favour with the trial judge. Any such reduction must be commensurate with the defence's chances of success and potential impact. [paras. 68-71]

[Emphasis added.]

[19] The motion judge expressed the view that the respondent will have suffered no loss of income attributable to the Pelletiers if she is successful in her action against Aviva for Section B loss of income benefits. She concluded [TRANSLATION] “there is a strong possibility that, at trial, the Section B insurer will be ordered to pay [the

respondent's loss of income]' (para. 27). Notwithstanding that conclusion, which stands uncontested on appeal, the judge allowed the motion and ordered the Pelletiers to pay, by way of lump sum, the respondent's past loss of income, together with installment payments equal to her monthly loss of income until trial. The following is the motion judge's detailed reasons for decision on the issue of the deductibility of the amount the trial judge will likely order Aviva pay the respondent, reasons that are based on the premise that the two actions, having been consolidated, stand to be adjudicated at the same time in one single judgment:

[TRANSLATION]

The plaintiff asserts that [the question of deductibility] was [resolved] by the Court of Appeal in *Morris v. Collette*, 2003 NBCA 35, [2003] N.B.J. No. 172. ...

Deschênes, J. added the following, at paragraph 21 [of the majority reasons in *Morris*]:

21. There was no obligation on Mr. Morris' part to pursue his Section B claim against his own insurer by starting a legal action against his own Section B insurer in the first place. He had a right to choose to pursue his claim against Mr. Collette without jeopardizing his position. Mr. Morris had no obligation under the circumstances to maintain two legal actions, one against his own insurer for Section B benefits and another tort action against Mr. Collette. Having started an action for Section B benefits against his own insurer, he was under no obligation, in my view, to continue it and, therefore, the discontinuance of the action is of no importance.

Deschênes, J. stated as follows, at paragraph 23:

23. ... As of March 30, 1994, the Section B benefits were not "available" pursuant to s. 263(2) because they were being denied by Mr. Morris' Section B insurer and Mr. Collette was thus not allowed to benefit from any deductions beyond that date. In my view, although there may be an argument that Mr. Morris might be "entitled" to Section B benefits, such benefits were not "available" for reasons alluded to.

...

The defence argues that *Morris* is distinguishable on the facts, given that it was a decision rendered at trial rather than a motion for advance payment.

I am satisfied that the plaintiff will prove that the defendants are liable for the kind of damages being sought. I find that only payments received pursuant to Chapter B may be offset against an advance payment. As regards payments that the Section B insurer has refused to date to make, even if it can be said that Ms. Cyr is “entitled” to such payments, they have not been received and they are not “available” since the insurer refuses to make them.

...

I dismiss the defendants’ argument that the plaintiff must rely upon her Section B insurer for payment of the benefits to which she is entitled under Section B. Even though it appears in this case that the plaintiff is entitled to Section B benefits, they are not available to her at this time.

As to the issue of who is liable for loss of income and the costs of medication and rehabilitation, it appears that Aviva is in fact liable for the payment of these benefits as the provider of Section B insurance coverage to Ms. Cyr under section 256 of the *Insurance Act*.

As to whether the defendants can raise this ground of defence within a motion for advance payment, I would reply in the negative and I adopt the comments made by Grant, J. in *Hilchie v. Hashey*, 2004 NBQB 318, [2004] N.B.J. No. 325, where he states at para. 11: “In order to succeed on this defence, a defendant must not only show that the plaintiff was ‘entitled’ to the benefits but also that the benefits were ‘available’ to her.”

In my view, the defendants’ interpretation of s. 265.6 of the *Insurance Act* is regressive. One must not “frustrate the intention of the no-fault legislation which is to make compensation available quickly, without regard to fault.” (See para. 19 of the decision of the Court of Appeal in *Morris*).

As Drapeau, J. stated in *Smith*, at para. 64: “Section 265.6 was brought into the mix as a trade-off for the more defendant-friendly companion amendments to the statute. That contextual

reality confirms the appropriateness of a liberal interpretation of section 265.6.” [paras. 29-49]

[Emphasis added.]

[20] As stated several times, a judge cannot order an advance payment unless he or she is satisfied that the defendant’s liability for the damages sought in the motion under s. 265.6 will be established at trial. In *Agnew v. Smith*, the Court explained that a determination under this scheme “rests upon a prediction as to the trial judge’s decision in respect of the defendant’s liability for the special damages specified in the plaintiff’s application for an advance payment” (para. 3). Accordingly, as a general rule, when the plaintiff is receiving Section B benefits for loss of income and it is reasonably foreseeable that such payments will continue for an unspecified length of time, the Court must take into consideration both past and future payments in fashioning its decision under s. 265.6 (see *Agnew v. Smith*, at para. 71).

[21] In the case at bar, even though Aviva terminated loss of income benefits and disputes the respondent’s entitlement to their payment, there is a strong possibility that it will be ordered to pay those benefits retroactive to when payments ceased in December 2002. The Pelletiers argue that if this occurs, the respondent will not have suffered any loss of income attributable to the defendants in the tort action. According to the Pelletiers, it follows from the scenario accepted in the court below that the outcome at trial will be dictated by the extinguishment, pursuant to the release provided by s. 263(2), of any liability on their part. That being so, the Pelletiers argue the motion judge lacked the requisite jurisdiction to make the order under appeal. With respect, I cannot subscribe to that view and in my opinion, the order must be confirmed, though for reasons somewhat different from those expressed by the motion judge.

[22] The Pelletiers’ central thesis rests on the proposition that the May 28, 2008 order brought about the consolidation of the tort action with the Section B action. That is simply not the case and in my respectful view, the motion judge fell into error in concluding otherwise. It bears underscoring that, if the two actions had been consolidated, all of the respondent’s claims would be adjudicated in a single judgment

which, on the motion judge's findings, would likely order Aviva to pay the loss of income benefits claimed by the respondent. That judgment could not overlook s. 263(2) and fail to give effect to the release from liability it provides the Pelletiers with respect to the respondent's special damages for loss of income.

[23] Fortunately for the respondent, the May 28, 2008 order does not contemplate a consolidation of the actions, but only that they be "tried together" in accordance with Rule 6 of the *Rules of Court*. In that event and unlike what occurs when there is consolidation, each action maintains its distinct identity and requires the entry of a separate judgment (see *Doiron and Careau v. Hogan*, 2001 NBCA 97, 243 N.B.R. (2d) 263, at para. 17). In fact, it is my view that a "trial together" order (like the May 28, 2008 order) should indicate whether the actions will be tried at the same time or consecutively. In the latter case, the order might also provide for the sequence of trials even if, at the end of the day, those determinations are subject to the discretion of the trial judge (see Rule 6.01(3)). Obviously, those details are irrelevant when actions have been consolidated.

[24] The respondent's two actions retain their distinct identity and require the entry of separate judgments (see *Gamblin v. O'Donnell and Absher*, 2001 NBCA 110, 244 N.B.R. (2d) 142, at paras. 2-3). Since it is the Pelletiers who contended in the court below that s. 263(2) will operate to release them at trial in relation to any claim for income-related special damages, they bore the burden of establishing all of the conditions precedent to the application of that provision. It goes without saying that, if the first judgment pertained to the initial action, namely the action against the Pelletiers, Section B loss of income benefits would not be "available" at that time and the Pelletiers would not be entitled to the benefit of s. 263(2). That scenario would culminate with a judgment for the full amount of the respondent's income-related special damages: *Morris v. Collette* is the leading case on point and rules out any other outcome. Critically, however, there is nothing in the record to support the conclusion that the first judgment will relate to the action against Aviva for Section B benefits. It follows that the Pelletiers have not established a condition precedent to the application of s. 263(2). That being the case, there is no basis upon which the order under appeal could be "nullified".

[25] Furthermore, I am of the view that the motion judge did not err in the exercise of her discretionary power when she quantified the advance payment without taking into consideration the respondent's resources, including her disability benefits under the Canada Pension Plan. The evidence as well as the admissions of fact contained in the record allowed the judge to assess the loss of income as she did, and nothing required her to take the respondent's resources into consideration in quantifying the advance payment. The Pelletiers' submission to the contrary is at odds with the Court's observations on point in *Agnew v. Smith*:

Finally, the judge may, if necessary, continue the exercise contemplated by s. 265.6(4) by taking into consideration the needs and resources of the plaintiff as well as the means of the defendant. Subsection (e) allows, but does not obligate the judge to take these circumstances into account in calculating the amount of an advance payment. I am of the view that those circumstances should be allowed to influence the outcome only in exceptional cases. After all, neither the plaintiff's needs and resources nor the defendant's means drive the application of s. 265.6. That provision seeks to cause the defendant to transfer, sooner rather than later, moneys that the motions judge is satisfied rightfully belong to the plaintiff. Moreover, any consideration of the circumstances enumerated in s. 265.6(4)(e) necessarily entails invasions of privacy that should, because of their seriousness, be avoided in all but the most exceptional cases. [para. 72]

[Emphasis added.]

[26] Clearly, the case at hand is far from exceptional and the motion judge would have strayed from the beaten path had she taken the respondent's modest resources into consideration to reduce the advance payment that would otherwise have been warranted. In any event, her refusal to factor those resources into the equation was a discretionary decision, and in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, the Court held that such a decision may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in

the assessment of the evidence, or if it is unreasonable in the sense that nothing in the record can justify it. None of those conditions has been met in the present case.

[27] Finally, with regard to the risk of “over-compensation”, an issue raised by the Pelletiers (without much conviction or enthusiasm, it bears noting), I make mine the views expressed by the motion judge:

[TRANSLATION]

As we all know, the defendants are entitled to an offset of payments made pursuant to an order under section 265.6. This applies to both special and general damages. There will no doubt be an award of general damages in this case. Nothing prevents the defendants from recovering their overpayment if the amount awarded to Ms. Cyr at trial is less than the amount of the advance payment ordered. Furthermore, given that the Section B insurer will also be before the Court at the time of trial, any adjustments can be made at that time and this will reduce any risk of over-compensation. [para. 44].

### III. Conclusion and Disposition

[28] For those reasons, I would dismiss the appeal. The parties having abandoned their respective claims to related fees and disbursements, I would order them to bear their own costs.