

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

108-13-CA

BRUCE SHANKS

APPELLANT

- and -

PETER SHAY, KELLY LEYDON, BRAD
DASH, DEBBIE WHITE, TD HOME AND
AUTO INSURANCE COMPANY, ROBERT L.
GAUDET, PLANT HOPE ADJUSTERS LTD.
and CAA INSURANCE COMPANY (ONTARIO)

RESPONDENTS

Shanks v. Shay et al., 2015 NBCA 2

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
October 17, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 23, 2014

Judgment rendered:
January 15, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

BRUCE SHANKS

APPELANT

- et -

PETER SHAY, KELLY LEYDON, BRAD
DASH, DEBBIE WHITE, COMPAGNIE
D'ASSURANCE HABITATION ET AUTO TD,
ROBERT L. GAUDET, PLANT HOPE
ADJUSTERS LTD. et CAA INSURANCE
COMPANY (ONTARIO)

INTIMÉS

Shanks c. Shay et autres, 2015 NBCA 2

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 17 octobre 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 23 octobre 2014

Jugement rendu :
le 15 janvier 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
George A. McAllister, Q.C.

For the respondents Peter Shay, Kelly Leydon,
Brad Dash, Debbie White and TD Home and Auto
Insurance Company:
Philip Chapman

For the respondents Robert L. Gaudet and Plant
Hope Adjusters Ltd:
Dennis P. Gonzalez

For the respondent CAA Insurance Company
(Ontario):
Lucie M. LaBoissonnière

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
George A. McAllister, c.r.

Pour les intimés Peter Shay, Kelly Leydon, Brad
Dash, Debbie White et Compagnie d'assurance
habitation et auto TD :
Philip Chapman

Pour les intimés Robert L. Gaudet et Plant Hope
Adjusters Ltd. :
Dennis P. Gonzalez

Pour l'intimée CAA Insurance Company
(Ontario) :
Lucie M. LaBoissonnière

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] The appellant, Bruce Shanks, was involved in two motor vehicle accidents, the first on September 28, 2007, and the second on November 30, 2007. At the time of the first accident, Mr. Shanks was insured by TD Home and Auto Insurance Company (TD). He sustained various injuries in the accident and applied for loss of income benefits and medical and rehabilitation benefits from TD. Using its in-house staff to adjust his claim (Mr. Shay, Ms. Leydon, Mr. Dash and Ms. White), TD denied the claim.

[2] At the time of the second accident, Mr. Shanks was insured by CAA Insurance Company (Ontario) (CAA). He also suffered injuries in that accident and applied to CAA for medical and rehabilitation benefits. CAA referred the claim to Plant Hope Adjusters Ltd., which assigned the claim to Robert Gaudet. CAA eventually denied the claim.

[3] In September, 2009, Mr. Shanks commenced an action against TD and its staff, alleging induced breach of contract, breach of contract, bad faith and negligence. In the same action, Mr. Shanks made similar claims against Mr. Gaudet, Plant Hope, and CAA. At the time of both accidents, Mr. Shanks was insured pursuant to the S.P.F. No. 1 Standard Automobile Policy for New Brunswick.

[4] TD denied coverage because it alleges Mr. Shanks failed to disclose he used his vehicle for commercial purposes (delivering newspapers), an action that materially changed the risk, thereby allowing TD to retroactively terminate the policy. CAA took the position that all of Mr. Shanks' injuries were caused by the first accident.

[5] On August 8, 2013, Mr. Shay, Ms. Leydon, Mr. Dash, Ms. White and TD filed a motion requesting that the issue of entitlement to benefits be severed from the claims of bad faith, negligence and intentional interference with contractual relations, and

be tried first. It also asked that the claims against TD and its staff be severed from the claims against Mr. Gaudet, Plant Hope Adjusters and CAA. On October 7, 2013, CAA moved for severance of the claims relating to breach of contract and the allegations related to bad faith and negligence, and for division of the claims related to the two accidents into two separate and distinct claims.

[6] On October 17, 2013, a judge of the Court of Queen's Bench heard the motion and ordered that the claim relating to the breach of contract be severed, that it be tried first, and that, until that threshold issue was adjudicated, all other issues raised in the Statement of Claim be considered irrelevant for discovery purposes. She denied the moving parties' request to sever from each other the claims relating to the two accidents.

[7] Mr. Shanks appeals with leave and requests that the inducing breach of contract claims against the adjusters, supervisors and managers be heard at the same time as the breach of contract claims against the insurers in both actions.

I. Grounds of Appeal

[8] The appellant relies on three grounds of appeal, arguing the motion judge erred as follows:

- 1) in interpreting and applying Rule 4.05(2) and Rule 39.01(4) and in admitting as evidence paragraphs 17 and 18 of Marie-Josée Cormier's affidavit or in the alternative failing to rule on their admissibility;
- 2) in interpreting and applying Rule 4.05(2) and in admitting as evidence paragraphs 9 and 10 of Olga Kouritsyna's affidavit or in the alternative failing to rule on their admissibility; and
- 3) in interpreting and applying s. 7(2) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2 and Rules 1.03(2), 5.05 and 47.03(1) of the *Rules of Court*.

II. Standard of Review

[9] An impugned Order which is the result of an exercise of judicial discretion is not completely insulated from review, but may be interfered with on appeal 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: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 43. In *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, Drapeau C.J.N.B. explains:

The impugned Order is quintessentially the product of an exercise of judicial discretion. Like any other discretionary judicial decision, it 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 (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see The Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994) at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064). [para. 4]

[10] More recently, in *Williamson et al. v. Gillis et al.*, 2011 NBCA 53, 374 N.B.R. (2d) 311, Richard J.A. refers to the standard of review applicable to the exercise of judicial discretion as formulated in *The Beaverbrook Canadian Foundation*, and reiterates:

Time and again since the decision in *Beaverbrook*, this Court has, in various contexts, applied this formulation of the standard of review to decisions made in the exercise of judicial discretion: *Clements and Wawanesa Mutual Insurance Company v. Fougère and Morin*, 2007 NBCA 4, 311 N.B.R. (2d) 368, *Turnbull-Burnight v. CIBC World*

Markets Inc., Oland and Spencer, 2007 NBCA 43, 318 N.B.R. (2d) 326, *Spielo Manufacturing and Manship v. Doucet and Dauphinee*, 2007 NBCA 85, [2007] N.B.J. No. 510 (QL), *Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc. v. Canada Post Corp.*, 2008 NBCA 54, 334 N.B.R. (2d) 211, *Seely v. Corrier*, 2009 NBCA 3, 340 N.B.R. (2d) 262, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Privacy Commissioner of Canada and Attorney General of Canada*, 2009 NBCA 5, 341 N.B.R. (2d) 1, *Province of New Brunswick v. Morgentaler*, 2009 NBCA 26, 344 N.B.R. (2d) 39, *Jean v. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 N.B.R. (2d) 300, *St-Coeur, Dozois and Doucet v. Conseil récréatif de Bois Blanc Inc.*, 2010 NBCA 61, 363 N.B.R. (2d) 206, and *Pelletier Plumbing & Heating Ltd. et al. v. Cyr*, 2011 NBCA 13, [2011] N.B.J. No. 36 (QL). [para. 14]

III. Exercise of Discretion

[11] The issue in this case is whether the motion judge erred in severing the breach of contract claims from the inducing breach of contract claims. The appellant attacks the soundness of the motion judge's order to bifurcate an action against insurers where an allegation of bad faith is lumped together with an action on a breach of policy, arguing that the "threshold test" she applied is inherently biased against the plaintiff. That so-called threshold test is set out in *Walsh v. Nicholls and CGU Insurance Company of Canada*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203, at paras. 86-89, where Drapeau C.J.N.B. approves of suitably crafted bifurcation orders in actions against insurers where there is both an allegation of a breach of the policy and of a breach of the covenant of good faith. Whether the policy was breached becomes the threshold issue; the other issues only need be addressed if that question is answered in favour of the insured (para. 67). The appellant argues that a new test should be articulated by this Court with specific enumerated criteria. He laments that the test in *Walsh* is too simplistic and the matter is too complicated to be addressed in two short paragraphs by this Court. He seeks criteria to be applied to assess the complexity of the case including a cost benefit analysis. He argues the motion judge blindly and arbitrarily applied the "threshold test" without doing an analysis.

[12] For the following reasons I disagree and would dismiss the appeal.

[13] There are two pertinent *Rules of Court*. Rule 5.05 states:

5.05 Relief Against Joinder

5.05 Recours contre les jonctions

Where the joinder of multiple claims or parties in the same proceeding may unduly complicate or delay the trial or hearing, or cause undue prejudice to a party, the court may

Lorsque la jonction de plusieurs demandes ou parties dans la même instance risque de compliquer ou de retarder indûment le procès ou l'audition ou de causer un préjudice indu à une partie, la cour peut

(a) order separate trials or hearings,

a) ordonner des procès ou auditions distincts,

(b) require one or more of the claims to be asserted, if at all, in another proceeding,

b) exiger qu'une ou plusieurs demandes soient présentées dans une autre instance ou retirées complètement,

[...]

[...]

[14] Rule 47.03 (1) states:

47.03 Severability of Trials

47.03 Procès séparés

(1) Either before or after an action is set down for trial, the court may order that different issues be tried at different times and may give directions with respect to the conduct of such trials.

(1) En tout temps avant ou après la mise au rôle d'une action, la cour peut ordonner que diverses questions en litige soient instruites séparément et donner des instructions quant à la conduite des procès.

[15] For some time, courts have suggested a liberal approach to the determination of separation of issues in a trial. In *Coenen v. Payne and Another*, [1974] 2 All E.R. 1109 (C.A.), Lord Denning criticized the reticence of Courts to grant separate trials, referring to the appropriate test then used by the courts in England:

In practice this power has hitherto been exercised only in "extraordinary and exceptional cases" or where "the Judge has serious reason to believe that the trial of the issue will put an end to the action".

Winn LJ's committee did not like that practice. They thought "a more robust and less restrictive approach" should be approved. They recommended that a new rule should be made to alter it ... I think the time has come to adopt a new approach. There is no need to order a new rule. The practice can be altered without it. The courts already have power to do it. RSC Ord 33, r 4(2) says:

In any [action begun by writ] different questions or issues may be ordered to be tried at different places or by different modes of trial and one or more questions or issues may be ordered to be tried before the others.

In future the courts should be more ready to grant separate trials than they used to do. The normal practice should still be that liability and damages should be tried together. But the courts should be ready to order separate trials wherever it is just and convenient to do so. [p. 1112]

See also *McManus v. Nova Scotia (Attorney General) et al.* (1991), 119 N.S.R. (2d) 137, [1991] N.S.J. No. 628 (S.C.) (QL), where the Court applied the criteria of "just and convenient" as articulated by Lord Denning to determine an issue of severance.

[16] This is the test that Drapeau J.A. (as he then was) adopted in *Savoie v. Duguay* (1998), 197 N.B.R. (2d) 395, [1998] N.B.J. No. 102 (C.A.) (QL), on a motion for leave to appeal a motion judge's Order under Rule 47.03(1) to sever the issues of liability and damages for an alleged tort. He explains:

The order was clearly made under a discretionary power. Generally speaking, the principles guiding the exercise of discretion within the context of an action in damages for an alleged tort are expressed in very general terms (see *Quinn v. Moncton Hospital* (1989), 101 N.B.R. (2d) 86 (Q.B.) at page 89, para. 5). I believe the exercise of the discretionary power under Rule 47.03(1) should not be too strictly limited, at least not in the context of an action like the case at bar. I therefore adopt the comments of Richard, J. (then Chief Justice) in *Quinn v. Moncton Hospital, supra*, at page 90:

... the court should not reject them [these requests] on criteria which were developed under the old rules and in an era which is long past.

McIntyre, J. had the power, in exercising his discretion, to make an order under Rule 47.03(1) if he thought it is just and convenient to do so. [paras. 2-3]

This approach was “embraced” by Robertson J.A. in *Humble (Litigation guardian of) v. Murphy*, [2011] N.B.J. No. 215 (C.A.) (QL).

[17] In *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, the majority of the Supreme Court of Canada found that a breach of the duty of good faith was a separate, sustainable, right of action that existed apart from any action arising under the contract of insurance. They noted that since a claim for punitive damages may affect the fairness of the liability trial, bifurcated proceedings may be appropriate (para. 122).

[18] In *Walsh v. Nicholls*, Drapeau C.J.N.B. explains further the view of this Court:

The practice of bifurcating actions against insurers where the plaintiff alleges a breach of the covenant of good faith and fair dealing is common in American jurisdictions. It strikes me as equally appropriate in a case, such as the present, that features tort- and contract-based claims for bad faith rejection of insurance benefits.

In my judgment, it would be just to sever the issue of breach of the Policy from all other issues in the Statement of Claim and I would so order. As well, I would order that the issue of breach of the Policy be tried first and that, until that threshold issue is adjudicated, all other issues raised in the Statement of Claim be considered irrelevant for both written and oral discovery purposes. [paras. 88-89]

[19] The test is not that there must be exceptional or special circumstances to permit the severance set out in the above stated Rules. The test is simply whether it is just

and convenient to do so. Nor is the test one in which multiple criteria must be weighed in the balance in order to decide what is just and convenient, though there have been attempts to create lists of factors to be so weighed. The criteria in *Bourne v. Saunby*, [1993] O.J. No. 2606 (C.J.) (QL), at para. 30, provide one example, some of which were repeated in New Brunswick in *Jeux Maritimes Inc. v. Commission des lotteries du Nouveau-Brunswick* (1994), 150 N.B.R. (2d) 46, [1994] N.B.J. No. 304 (Q.B.) (QL), at para. 13, where ten criteria were listed by the motion judge. Although some of the criteria may be pertinent in certain circumstances, they should not be used to restrain judicial discretion.

[20] In other jurisdictions the same is not true. In Alberta, the new Rules of Procedure do away with the old “exceptional case” test in favour of a more lenient analysis. In *Nowicki v. Price*, 2011 ABQB 133, [2011] A.J. No. 227 (QL), Moen J. explains if the threshold is met for severance under Rule 7.1, the case must be looked at as a whole to determine if the Foundational Rules for cost effectiveness and timeliness, among other things, would be met by severance, pursuant to the Alberta *Rules of Court*, Alta Reg 124/2010.

[21] In New Brunswick, trial judges apply the just and convenient test in motions under Rule 47.03 for severance of issues. In *Marco Maritimes Ltd. v. Intact Insurance Co.*, 2012 NBQB 204, 390 N.B.R. (2d) 255, Rideout J. applied the “just and [convenient]” test on a motion by the defendant to divide the plaintiff’s claims for breach of contract and of good faith; there was no affidavit evidence that justified a severance order, and the test favoured the plaintiff (paras. 34-36). In *MacLean v. Diaotati*, 2012 NBQB 33, 396 N.B.R. (2d) 56, on a motion by the defendants for an order directing that two related actions be heard together, but that the issues of liability and damages be severed, McNally J. was satisfied:

... that it is the “just and convenient” test that is to be applied in determining motions for severance under Rule 47.03, rather than a mechanical consideration and application of a checklist of criteria which has not been specified or indeed contemplated in the wording of Rule

47.03 and would not be in keeping with the spirit of the current *Rules of Court* as articulated by Chief Justice Richard in *Quinn*. [para. 30]

[22] From an access to justice perspective, it is always preferable to interpret the Rules to favour resolution of issues in the most efficient, expedient, and least onerous manner possible: see Thomas Lipton, “Severance: Justice For More” (2010) 88:3 Can. Bar Rev. 635, in which the author argues for severance of issues as a general rule, avoidable in exceptional circumstances. His thesis is that the civil justice system could realize significant gains (trials would be faster and cheaper) if determinative issues were tried in sequence.

[23] The test, as this Court has stated, in deciding whether to bifurcate a case of this nature, is whether it is just and convenient to do so. Queen’s Bench judges should address their minds to the criteria relevant to the case at hand in ultimately deciding if severance of issues is just and convenient. It would be unwise, in my view, to formulate a strict test with numerous criteria (as was urged on us by the appellant’s lawyer), because the circumstances in these cases vary so much.

IV. Case at Bar

[24] In my view, in the case at bar the application of the just and convenient test justifies severance. The motion judge was not only aware of the *Walsh* case, but tracked its wording in her Order. I would infer from a reading of the record that the motion judge, in the circumstances of the case, on the whole after a reading of the pleadings, applied a just and convenient test. From the Statement of Claim, it is clear that the first issue is simple: was TD within its rights to void the policy because Mr. Shanks used the vehicle for business? The second issue is more complicated: did the employees of the companies (five in total are named: four from TD and one from Plant Hope) act in bad faith and induce a breach of contract? A determination on the first issue might put an end to the action. This essentially boils down to an issue of common sense, and the

motion judge made a discretionary order to control process which is not open to appellate intervention under the applicable standard of review.

[25] Finally, the appellant complains the motion judge admitted certain paragraphs of two affidavits, or failed to rule on the admissibility of those paragraphs. There is no evidence whatsoever that the motion judge relied on the alleged offending paragraphs in fashioning her Order. Indeed it is evident she did not focus on the impugned paragraphs of the affidavits, but on the pleadings. In any event, there was nothing wrong with the affidavits: they were based on information and belief.

[26] In this case the motion judge considered the applicable law and guiding principles and she applied them on a proper understanding of the facts. The discretionary Order in this case is underpinned by the jurisprudence of this Court. I am left to conclude that the Order the motion judge made, following the direction of this Court in *Walsh*, is the one that ought to have been made.

[27] I would dismiss the appeal. Costs usually follow the event: *Dunphy's Poultry Farm Ltd. v. Merrithew*, 2004 NBCA 25, [2004] N.B.J. No. 146 (QL), at para. 4; *Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, 372 N.B.R. (2d) 1, at para. 124, leave to appeal refused [2011] S.C.C.A. No. 317 (QL). Therefore, I would order costs on appeal to each group of respondents, represented by the three lawyers on appeal, in an amount of \$1,000.

LA JUGE LARLEE

- [1] L'appelant, Bruce Shanks, a eu deux accidents de véhicule à moteur, le premier, le 28 septembre 2007 et le deuxième, le 30 novembre de la même année. Lors du premier accident, M. Shanks était assuré par la Compagnie d'assurance habitation et auto TD (la TD). Il a subi différentes blessures dans l'accident et il a présenté à la TD une demande en vue d'obtenir des prestations pour perte de revenu ainsi que des prestations pour frais médicaux et frais de réadaptation. La TD a affecté son personnel interne (M. Shay, M^{me} Leydon, M. Dash et M^{me} White) au règlement du sinistre et a rejeté la demande d'indemnité.
- [2] Au moment du deuxième accident, M. Shanks était assuré par la CAA Insurance Company (Ontario) (la CAA). Il a de nouveau subi des blessures lors de cet accident et a présenté une demande à la CAA en vue d'obtenir des prestations pour frais médicaux et frais de réadaptation. La CAA a transmis la demande d'indemnité à la société Plant Hope Adjusters Ltd., qui en a confié l'examen à Robert Gaudet. La CAA a finalement rejeté la demande d'indemnité.
- [3] En septembre 2009, M. Shanks a engagé une action contre la TD et son personnel pour incitation à rupture de contrat, rupture de contrat, mauvaise foi et négligence. Dans la même action, M. Shanks a formulé des prétentions semblables à l'endroit de M. Gaudet, de la Plant Hope et de la CAA. Au moment des deux accidents, M. Shanks était assuré en vertu de la F.T.P. n^o 1 – Police type d'assurance automobile du Nouveau-Brunswick.
- [4] La TD a refusé toute indemnisation parce que, prétend-elle, M. Shanks avait omis de révéler qu'il utilisait son véhicule à des fins commerciales (la livraison de journaux), acte qui modifiait essentiellement l'évaluation du risque, ce qui autorisait TD à

résilier rétroactivement la police. La CAA a estimé que toutes les blessures de M. Shanks avaient été causées par le premier accident.

[5] Le 8 août 2013, M. Shay, M^{me} Leydon, M. Dash, M^{me} White et la TD ont déposé une motion dans laquelle ils demandaient que la question du droit à des prestations soit séparée des prétentions de mauvaise foi, de négligence et d'ingérence intentionnelle dans les relations contractuelles et qu'elle soit instruite en premier. Ils demandaient également que les prétentions formulées contre la TD et ses employés soient séparées des prétentions formulées contre M. Gaudet, la Plant Hope Adjusters et la CAA. Le 7 octobre 2013, la CAA a déposé une motion afin que les prétentions se rapportant à la rupture de contrat soient disjointes des allégations relatives à la mauvaise foi et à la négligence et que les prétentions relatives aux deux accidents soient disjointes et constituent deux demandes séparées et distinctes.

[6] Le 17 octobre 2013, une juge de la Cour du Banc de la Reine a entendu la motion et a ordonné que les prétentions se rapportant à la rupture de contrat soient disjointes, qu'elles soient entendues en premier et que, jusqu'à ce que cette question préjudicielle soit tranchée, toutes les autres questions soulevées dans l'exposé de la demande soient considérées non pertinentes aux fins de l'interrogatoire préalable. Elle a rejeté la requête des auteurs des motions afin que les demandes relatives aux deux accidents soient disjointes l'une de l'autre.

[7] M. Shanks interjette appel avec l'autorisation de la Cour et demande que les prétentions fondées sur l'incitation à rupture de contrat formulées contre les experts en sinistres, les superviseurs et les directeurs soient entendues en même temps que les prétentions fondées sur la rupture de contrat formulées contre les assureurs dans les deux actions.

I. Les moyens d'appel

[8] L'appelant se fonde sur trois moyens d'appel, alléguant que la juge saisie de la motion a commis une erreur :

- 1) dans la façon dont elle a interprété et appliqué la règle 4.05(2) et la règle 39.01(4) et en admettant en preuve les paragraphes 17 et 18 de l'affidavit de Marie-Josée Cormier ou, subsidiairement, en ne se prononçant pas sur l'admissibilité de ces paragraphes;
- 2) dans la façon dont elle a interprété et appliqué la règle 4.05(2) et en admettant en preuve les paragraphes 9 et 10 de l'affidavit d'Olga Kouritsyna ou, subsidiairement, en ne se prononçant pas sur l'admissibilité de ces paragraphes;
- 3) dans la façon dont elle a interprété et appliqué le par. 7(2) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, ainsi que les règles 1.03(2), 5.05 et 47.03(1) des *Règles de procédure*.

II. Norme de contrôle

[9] Une ordonnance contestée qui découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire n'est pas entièrement à l'abri de tout contrôle, mais elle peut être modifiée en appel 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, si elle est déraisonnable, c'est-à-dire qu'il n'y a rien dans le dossier qui puisse la justifier : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, au par. 43. Dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, le juge en chef Drapeau explique ce qui suit :

[...] L'ordonnance contestée découle essentiellement de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce 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 (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, au par. 43) ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie (voir les propos de R.P. Kerans dans son ouvrage *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton : Juriliber Limited, 1994), aux pages 36 et 37, et ceux de lord Diplock dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (Ch. des lords), à la page 1064). [par. 4]

[10] Plus récemment, dans l'arrêt *Williamson et autre. c. Gillis et autre*, 2011 NBCA 53, 374 R.N.-B. (2^e) 311, le juge d'appel Richard a rappelé et réaffirmé la norme de contrôle applicable à l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, laquelle a été formulée dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation* :

À maintes reprises depuis l'arrêt *Beaverbrook*, notre Cour, dans diverses situations, a appliqué cette formulation de la norme de contrôle à des décisions rendues dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire : *Clements et Wawanesa Mutual Insurance Company c. Fougère et Morin*, 2007 NBCA 4, 311 R.N.-B. (2^e) 368, *Turnbull-Burnight c. Marchés mondiaux CIBC Inc., Oland et Spencer*, 2007 NBCA 43, 318 R.N.-B. (2^e) 326, *Spielo Manufacturing et Manship c. Doucet et Dauphinee*, 2007 NBCA 85, [2007] A.N.-B. n^o 510 (QL), *Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc. et autres c. Société canadienne des postes et autres*, 2008 NBCA 54, 334 R.N.-B. (2^e) 211, *Seely c. Corrier*, 2009 NBCA 3, 340 R.N.-B. (2^e) 262, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada et Procureur général du Canada*, 2009 NBCA 5, 341 R.N.-B. (2^e) 1, *Province du Nouveau-Brunswick c. Morgentaler*, 2009 NBCA 26, 344 R.N.-B. (2^e) 39, *Jean c. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 R.N.-B. (2^e)

300, *St-Cœur, Dozois et Doucet c. Conseil récréatif de Bois Blanc Inc.*, 2010 NBCA 61, 363 R.N.-B. (2^e) 206, et *Pelletier Plumbing & Heating Ltd. et autres c. Cyr*, 2011 NBCA 13, [2011] A.N.-B. n^o 36 (QL). [par. 14]

III. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

[11] La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si la juge saisie de la motion a commis une erreur en ordonnant que les prétentions fondées sur la rupture de contrat soient disjointes des prétentions fondées sur l'incitation à rupture de contrat. L'appelant conteste le bien-fondé de l'ordonnance de la juge saisie de la motion portant disjonction d'une action contre des assureurs dans une situation où une allégation de mauvaise foi fait partie d'une action fondée sur la violation d'une police et il prétend que le [TRADUCTION] « critère préliminaire » qu'elle a appliqué témoigne, en soi, d'un parti pris contre le demandeur. Ce critère préliminaire, ainsi qu'il est convenu de l'appeler, a été énoncé dans l'arrêt *Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2^e) 203, aux par. 86 à 89, où le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a approuvé le prononcé d'une ordonnance de disjonction convenablement rédigée dans des actions intentées aux assureurs dans les cas où sont formulées à la fois une allégation de violation de la police et une allégation de violation de l'engagement d'agir de bonne foi. La question de savoir s'il y a eu violation de la police devient la question préjudicielle et ce n'est que si cette question est tranchée en faveur de l'assuré qu'il sera nécessaire de se pencher sur les autres questions (par. 67). L'appelant prétend que notre Cour devrait énoncer un nouveau critère comportant des facteurs ou éléments bien précis. Il se plaint que le critère énoncé dans l'arrêt *Walsh* est trop simpliste et que l'affaire est trop compliquée pour être examinée en deux courts paragraphes par notre Cour. Il demande que l'on recoure à certains facteurs ou éléments pour évaluer la complexité de l'affaire, y compris une analyse coût/bénéfice. Il prétend que la juge saisie de la motion a aveuglément et arbitrairement appliqué le [TRADUCTION] « critère préliminaire » sans effectuer d'analyse.

[12] Pour les motifs qui suivent, je ne souscris pas à ces prétentions et je suis d'avis de rejeter l'appel.

[13] Deux règles de procédure sont pertinentes. La règle 5.05 est ainsi rédigée :

5.05 Relief Against Joinder

5.05 Recours contre les jonctions

Where the joinder of multiple claims or parties in the same proceeding may unduly complicate or delay the trial or hearing, or cause undue prejudice to a party, the court may

Lorsque la jonction de plusieurs demandes ou parties dans la même instance risque de compliquer ou de retarder indûment le procès ou l'audition ou de causer un préjudice indu à une partie, la cour peut

(a) order separate trials or hearings,

a) ordonner des procès ou auditions distincts,

(b) require one or more of the claims to be asserted, if at all, in another proceeding,

b) exiger qu'une ou plusieurs demandes soient présentées dans une autre instance ou retirées complètement,

[...]

[...]

[14] La règle 47.03 (1) est ainsi rédigée :

47.03 Severability of Trials

47.03 Procès séparés

(1) Either before or after an action is set down for trial, the court may order that different issues be tried at different times and may give directions with respect to the conduct of such trials.

(1) En tout temps avant ou après la mise au rôle d'une action, la cour peut ordonner que diverses questions en litige soient instruites séparément et donner des instructions quant à la conduite des procès.

[15] Depuis quelque temps, les tribunaux ont proposé une façon libérale d'aborder la décision en matière de séparation des questions à trancher dans le cadre d'un procès. Dans l'arrêt *Coenen c. Payne and another*, [1974] 2 All E.R. 1109 (C.A.), lord Denning a critiqué la réticence des tribunaux à permettre des procès séparés, et il s'est reporté au critère applicable qu'utilisaient alors les tribunaux en Angleterre :

[TRADUCTION]

Dans la pratique, ce pouvoir n'a jusqu'à maintenant été

exercé que dans des [TRADUCTION] « situations extraordinaires et exceptionnelles » ou lorsque [TRADUCTION] « le juge a une sérieuse raison de croire que la solution du point litigieux mettra fin à l'action ».

Le comité présidé par le lord juge Winn n'aimait pas cette façon de procéder. Ses membres estimaient [TRADUCTION] qu'« une démarche plus robuste et moins restrictive » devait être approuvée. Ils ont recommandé l'adoption d'une nouvelle règle pour modifier cette façon de procéder.[...] Je pense que le moment est venu d'adopter une nouvelle façon d'aborder la question. Il n'y a pas lieu d'ordonner l'adoption d'une nouvelle règle. La façon de procéder peut être modifiée sans une nouvelle règle. Les tribunaux ont déjà le pouvoir de le faire. Voici ce qu'on peut lire à la règle 4(2), de l'ordonnance 33 des Règles de la Cour suprême :

[TRADUCTION] Dans une [action introduite par voie de bref] la Cour peut ordonner que des questions ou des points litigieux soient instruits en des lieux différents ou dans le cadre de procès différents et ordonner qu'un ou plusieurs questions ou points litigieux soient instruits avant les autres.

À l'avenir, les tribunaux devraient être plus enclins à accorder la tenue de procès séparés qu'il n'est dans leurs habitudes de le faire. La procédure normale resterait encore d'instruire ensemble la question de la responsabilité et celle des dommages-intérêts, mais les tribunaux devraient être disposés à ordonner la tenue de procès séparés dans tous les cas où il est juste et commode de le faire. [p. 1112]

Voir aussi la décision *McManus c. Nova Scotia (Attorney General) et al.* (1991), 119 N.S.R. (2d) 137, [1991] N.S.J. No. 628 (C.S.) (QL), dans laquelle la Cour a appliqué le critère de l'ordonnance [TRADUCTION] « juste et opportune » énoncé par lord Denning pour trancher une question de disjonction.

[16] C'est là le critère que le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a retenu dans l'arrêt *Doucet c. Savoie* (1998), 197 R.N.-B. (2^e) 395, [1998] A.N.-B. n^o 102 (C.A.) (QL), dans le cadre d'une motion en autorisation d'appel d'une ordonnance rendue par le juge saisi de la motion en vertu de la règle 47.03(1) et portant que la question de la

responsabilité pour un présumé délit devait être instruite séparément de celle des dommages-intérêts. Voici l'explication qu'il a donnée :

L'ordonnance rendue était évidemment le fruit de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Les principes qui doivent guider l'exercice de cette discrétion dans le contexte d'une action pour dommages-intérêts en raison d'un présumé délit ont été, règle générale, exprimés en des termes très généraux (voir *Quinn c. Moncton Hospital* (1989), 101 R.N.-B. (2^e) 86 [...] (C.B.R.) à la p. 89, par. 5). J'estime qu'il est sage de ne pas circonscrire de façon trop limitative le pouvoir discrétionnaire envisagé par la règle 47.03(1), du moins dans le cadre d'une action comme celle en l'espèce. Je souscris donc aux commentaires suivants du juge Richard (alors Juge en chef), dans l'arrêt *Quinn c. Moncton Hospital*, supra, à la p. 90 :

[...] le tribunal ne devrait pas rejeter ces demandes en se fondant sur des critères établis à partir des anciennes règles, à une époque depuis longtemps révolue.

Le juge McIntyre pouvait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, rendre une ordonnance en application de la règle 47.03(1) s'il jugeait qu'une telle ordonnance était juste et commode. [par. 2 et 3]

Le juge d'appel Robertson a « adopté » cette démarche dans l'arrêt *Humble (tuteur d'instance de) c. Murphy*, [2011] A.N.-B. n° 215 (C.A.) (QL).

[17] Dans l'arrêt *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, la Cour suprême du Canada a conclu à la majorité qu'un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi créait un droit d'action distinct, valide, qui existait indépendamment de toute action découlant du contrat d'assurance. La majorité a souligné que puisqu'une demande en dommages-intérêts punitifs peut nuire à l'instruction équitable de la question de la responsabilité, il pourrait être indiqué d'entendre l'affaire en deux temps (par. 122).

[18] Dans l'arrêt *Walsh c. Nicholls*, le juge en chef Drapeau a davantage expliqué l'opinion de notre Cour :

La pratique consistant à disjoindre les actions intentées aux assureurs dans les cas où le demandeur allègue une violation de l'engagement d'agir de bonne foi et équitablement est répandue dans les ressorts américains. Elle me semble également indiquée dans un cas où, comme en l'espèce, il existe des demandes de types délictuel et contractuel découlant d'un rejet d'indemnités d'assurance caractérisé par la mauvaise foi.

À mon avis, il serait juste de séparer la question de la violation de la police de toutes les autres prétentions énoncées dans l'exposé de la demande, et c'est ce que j'ordonnerais. Par ailleurs, j'ordonnerais que la question de la violation de la police soit instruite en premier et que, jusqu'à ce que cette question préliminaire ait été tranchée, toutes les autres questions soulevées dans l'exposé de la demande soient considérées comme non pertinentes aux fins de l'interrogatoire préalable écrit et oral. [par. 88 et 89]

[19] Selon le critère applicable, il n'est pas nécessaire qu'il existe des circonstances exceptionnelles ou particulières pour ordonner la tenue de procès séparés qui est prévue aux règles citées ci-dessus. Le critère applicable consiste tout simplement à savoir s'il est juste et opportun de le faire. Il ne s'agit pas non plus d'un critère qui oblige à mettre plusieurs éléments ou facteurs dans la balance afin de décider ce qui est juste et opportun, bien que des tentatives aient été faites en vue d'établir des listes de facteurs à soupeser. Les critères énoncés dans la décision *Bourne c. Saunby*, [1993] O.J. No. 2606 (C.J.) (QL), au par. 30, sont un exemple d'une telle liste de facteurs, dont dix ont été repris au Nouveau-Brunswick dans la décision *Jeux Maritimes Inc. c. Commission des loteries du Nouveau-Brunswick* (1994), 150 R.N.-B. (2^e) 46, [1994] A.N.-B. n^o 304 (C.B.R.) (QL), au par. 13, par le juge saisi de la motion. Bien que certains de ces facteurs puissent être pertinents dans certaines circonstances, ils ne devraient pas être utilisés pour limiter les pouvoirs judiciaires discrétionnaires.

[20] Dans d'autres ressorts, la situation n'est pas la même. En Alberta, les nouvelles *Rules of Procedure* [règles de procédure] ont abandonné l'ancien critère fondé sur l'existence de « circonstances exceptionnelles » en faveur d'une analyse plus souple. Ainsi, dans la décision *Nowicki c. Price*, 2011 ABQB 133, [2011] A.J. No. 227 (QL), la

juge Moen a expliqué que si le critère préliminaire énoncé à la règle 7.1 pour ce qui concerne la tenue de procès séparés est rempli, il faut examiner l'instance dans son ensemble afin de déterminer si la disjonction satisferait aux règles fondamentales qui ressortissent au rapport coût-efficacité et au règlement en temps opportun, notamment, conformément aux *Rules of Court* de l'Alberta, règlement de l'Alberta n° 124/2010.

[21] Au Nouveau-Brunswick, les juges des procès appliquent le critère de l'ordonnance juste et opportune dans le cas de motions déposées en vertu de la règle 47.03 en vue de l'instruction séparée de certaines questions en litige. Dans la décision *Marco Maritimes Ltd. c. Intact Insurance Co.*, 2012 NBBR 204, 390 R.N.-B. (2^e) 255, le juge Rideout a appliqué le critère de l'ordonnance [TRADUCTION] « juste et opportune » dans le cadre d'une motion déposée par la défenderesse en vue de l'instruction séparée des prétentions de la demanderesse fondées sur la rupture de contrat et sur le manquement à l'obligation d'agir de bonne foi; il n'y avait aucune preuve par affidavit justifiant une ordonnance de disjonction et le critère favorisait la demanderesse (par. 34 à 36). Dans la décision *MacLean c. Diaotati*, 2012 NBBR 33, 396 R.N.-B. (2^e) 56, dans le cadre d'une motion déposée par les défendeurs en vue d'obtenir une ordonnance prescrivant l'instruction conjointe de deux actions connexes, mais l'instruction séparée de la question de la responsabilité et des dommages-intérêts, le juge McNally s'est dit convaincu de ce qui suit :

[TRADUCTION]

[C']est le critère de l'ordonnance [TRADUCTION] « juste et opportune » qu'il faut appliquer pour trancher des motions en vue de la tenue de procès séparés déposées sous le régime de la règle 47.03; il ne faut pas examiner et appliquer machinalement une liste de facteurs qui n'a pas été mentionnée ni même envisagée dans le libellé de la règle 47.03 et qui ne serait pas conforme à l'esprit des *Règles de procédure* dont a fait état le juge en chef Richard dans la décision *Quinn*. [par. 30]

[22] Du point de vue de l'accès à la justice, il vaut toujours mieux interpréter les *Règles* dans le but de favoriser le règlement des questions en litige de la façon la plus efficace, la plus rapide et la moins onéreuse possible : voir l'article de Thomas Lipton,

intitulé « Severance: Justice For More » (2010), 88:3 R. du B. can. 635, dans lequel l'auteur préconise, en règle générale, l'instruction séparée des questions en litige, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Son hypothèse est que le système de justice civile pourrait réaliser des gains importants (la procédure s'en trouverait accélérée et la facture, réduite) si les questions déterminantes étaient instruites d'une façon séquentielle.

[23] Comme notre Cour l'a dit, le critère applicable afin de décider s'il y a lieu d'ordonner la disjonction dans une instance de cette nature consiste à se demander s'il est juste et opportun de le faire. Les juges de la Cour du Banc de la Reine devraient avoir à l'esprit les facteurs ou éléments pertinents pour ce qui concerne l'affaire dont ils sont saisis pour décider si, en dernière analyse, l'instruction séparée des questions en litige est juste et opportune. Il serait peu sage, à mon avis, de formuler un critère strict comportant de nombreux volets (comme nous presse de le faire l'avocat de l'appelant), parce que les circonstances varient tellement dans ce genre d'instances.

IV. L'instance qui nous occupe

[24] J'estime qu'en l'espèce, l'application du critère de l'ordonnance juste et opportune justifie la disjonction. Non seulement la juge saisie de la motion était consciente de l'arrêt *Walsh*, mais elle en a repris le libellé dans son ordonnance. À la lecture du dossier, je déduis que la juge saisie de la motion a, dans les circonstances, dans l'ensemble et après avoir lu les plaidoiries, appliqué le critère de l'ordonnance juste et opportune. Il ressort clairement de l'exposé de la demande que la première question à trancher est simple : la TD était-elle fondée à annuler la police pour le motif que M. Shanks utilisait le véhicule à des fins commerciales? La deuxième question est plus compliquée : les employés des compagnies (cinq au total sont désignés, quatre employés de la TD et un employé de la Plant Hope) ont-ils agi de mauvaise foi et se sont-ils rendus coupables d'incitation à rupture de contrat? Une décision sur la première question pourrait mettre un terme à l'action. Cela se ramène essentiellement à une question de bon sens et la juge saisie de la motion a rendu une ordonnance discrétionnaire afin de

contrôler le déroulement de l'instance, ordonnance qui ne peut donner lieu à une intervention en appel selon la norme de contrôle applicable.

[25] Finalement, l'appelant se plaint de ce que la juge saisie de la motion a admis certains paragraphes de deux affidavits ou ne s'est pas prononcée sur l'admissibilité de ces paragraphes. Il n'existe aucune preuve quelle qu'elle soit établissant que la juge de la motion se serait appuyée sur les paragraphes qui sont présumés irréguliers pour formuler son ordonnance. D'ailleurs, il est évident qu'elle ne s'est pas concentrée sur les paragraphes de l'affidavit qui sont contestés, mais sur les plaidoiries. Quoi qu'il en soit, il n'y a rien à redire aux affidavits : ils étaient fondés sur les faits que leurs auteurs avaient appris ou croyaient être vrais.

[26] En l'espèce, la juge saisie de la motion a examiné le droit et les principes directeurs applicables et elle les a appliqués en s'appuyant sur une interprétation judicieuse des faits. L'ordonnance discrétionnaire rendue en l'espèce trouve appui dans la jurisprudence de notre Cour. Il ne me reste qu'à conclure que l'ordonnance que la juge saisie de la motion a rendue, suivant les orientations que notre Cour a données dans l'arrêt *Walsh*, est celle qui aurait dû être rendue.

[27] Je suis d'avis de rejeter l'appel. Les dépens suivent habituellement l'issue de l'affaire : *Dunphy's Poultry Farm c. Merrithew*, 2004 NBCA 25, [2004] A.N.-B. n° 146 (QL), au par. 4, et *Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, 372 R.N.-B. (2^e) 1, au par. 124, autorisation de pourvoi refusée [2011] C.S.C.R. n° 317 (QL). Par conséquent, je suis d'avis d'accorder à chaque groupe d'intimés, représentés par les trois avocats en appel, des dépens afférents à l'appel de 1 000 \$.