

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

70-24-CA

RANDY REILLY

APPELLANT

- and -

THE ESTATE OF CARL MERRILL

RESPONDENT

Reilly v. The Estate of Carl Merrill, 2025 NBCA 43

CORAM:

The Honourable Justice LaVigne  
The Honourable Justice LeBlond  
The Honourable Justice Robichaud

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:  
June 24, 2024

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
2024 NBCA 112

Appeal heard:  
January 23, 2025

Judgment rendered:  
March 27, 2025

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice LeBlond

Concurred in by:  
The Honourable Justice LaVigne  
The Honourable Justice Robichaud

Counsel at hearing:

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

RANDY REILLY

APPELANT

- et -

LA SUCCESSION DE CARL MERRILL

INTIMÉE

Reilly c. La succession de Carl Merrill,  
2025 NBCA 43

CORAM :

l'honorable juge LaVigne  
l'honorable juge LeBlond  
l'honorable juge Robichaud

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :  
le 24 juin 2024

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
2024 NBCA 112

Appel entendu :  
le 23 janvier 2025

Jugement rendu :  
le 27 mars 2025

Motifs de jugement :  
l'honorable juge LeBlond

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge LaVigne  
l'honorable juge Robichaud

Avocats à l'audience :

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

For the respondent:  
Benoit Arsenault

Pour l'intimée :  
Benoit Arsenault

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$2,000.

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 2 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] Motions for summary judgment have proliferated since the Supreme Court's release of *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, calling for a culture shift in disposing of actions by way of motions for summary judgment as opposed to trial. The treatment of costs awarded by motion judges in these cases has increasingly become an issue of contention. The appellant in this case was successful in securing summary judgment in his favour on the issue of liability, but laments the award of costs made by the motion judge, arguing the amount awarded is too low and not consistent with the culture shift. The appellant argues cost awards for motions of this type should not be treated the same as costs for other types of motions, particularly if delay in advancing the litigation is caused by the respondent (on the motion).

[2] His argument focuses primarily on his assertion that costs need to be awarded to change defence behaviours which, in his view, run contra to the culture shift. He asserts that Rule 22 (*Rules of Court*, N.B. Reg. 82-73 under the *Judicature Act*) is designed to dispense with the conventional procedures leading up to trial such as exchanges of affidavits of documents, examinations for discovery and satisfying discovery undertakings unless the respondent can establish one or more of these steps is necessary to achieve fair adjudication. The argument goes that respondents who, without justification, delay the litigation by refusing to admit liability where it ought to be admitted or who insist on putting applicants through all of the conventional litigation steps ought to be sanctioned with greater cost awards than might typically be awarded so that this sort of behaviour is not repeated.

[3] The appellant was granted leave to appeal the costs awarded by the motion judge.

[4] While there is some merit to the arguments raised by the appellant, in this instance, he must share some of the blame for the procedural history of the case to this point and for failing to put before the motion judge the evidentiary foundation which might have bolstered his position on costs. As a result, for the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

## II. Factual Context

[5] The appellant was the victim of a motor vehicle accident which occurred on February 11, 2018. The timeline of events which followed is important to summarize given the appellant's assertions on the issue of costs. The appellant's action was not filed until February 3, 2020, almost two years post-accident. There is nothing in the record to explain the delay between the date of the accident and the commencement of the action. Although the respondent's insurer began its investigation immediately following the accident, it did not appoint counsel until the late spring of 2023. The record does not disclose a reason for the delay between the time the action was filed, and the date defence counsel was appointed. By that time, Mr. Merrill had passed away for reasons unrelated to the accident and defence counsel had to proceed with the appointment of a litigation administrator. The Statement of Defence was filed on August 22, 2023.

[6] Very shortly after the Statement of Defence was filed, beginning on August 29, 2023, there were communications between counsel relating to the possibility of entering a consent judgment on the issue of liability, leaving the quantum of damages to be dealt with later. I discuss these exchanges in more detail below.

[7] The appellant alleged liability for the accident rested solely with the respondent, Carl Merrill, and it was apparent from the outset of the investigation conducted by the respondent's insurer that liability would very likely rest with him.

[8] The scope of the appellant's damages was unknown and, as a result, the respondent's insurer, in conducting the defence of the action, argued it could not admit liability without exposing the respondent to a portion of the claim which might exceed his motor vehicle liability insurance policy limits. As a result, it filed what can best be described as a boiler plate Statement of Defence in response to the appellant's Statement of Claim in which it denied liability for the accident and alleged a series of positive defences including a failure to wear a seatbelt, using a hand-held communications device and sundry violations of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17, all without any evidentiary foundation in support. I reproduce the allegations pleaded in paras. 7 and 8 of the Statement of Defence below:

7. The Defendant states that if the Plaintiff sustained injuries as a result of the alleged accident, which is not admitted but specifically denied, such injuries were not caused by any negligence for which the Defendant is responsible, but was caused solely by the negligence of the Plaintiff, the particulars of which are as follows:
  - (a) failing to keep a proper or any lookout;
  - (b) carelessly or negligently failing to maintain a proper control over the vehicle which he was driving;
  - (c) driving without due care and attention, contrary to paragraph 346(1)(a) of the *Motor Vehicle Act, supra*;
  - (d) driving a vehicle without reasonable consideration for any other person using the highway, contrary to paragraph 346(1)(b) of the *Motor Vehicle Act, supra*;
  - (e) driving a vehicle on a highway at a speed in excess of the prescribed speed limit, contrary to paragraph 140(1)(b) of the *Motor Vehicle Act, supra*;
  - (f) driving a vehicle on a highway at a speed greater than is reasonable and prudent under the conditions and having regard to the actual and

potential hazards then existing, contrary to subsection 140(2) of the *Motor Vehicle Act, supra*;

- (g) failing to maintain a vehicle in a fit and proper condition suitable for safe operation upon a highway, contrary to subsection 206(1) of the *Motor Vehicle Act, supra*;
  - (h) operating a vehicle on the highway without adequate or effective brakes or signal lights, contrary to sections 210, 211, 221 and 233 of the *Motor Vehicle Act, supra*;
  - (i) failing to yield the right-of-way to the Defendant;
  - (j) failing to apply the brakes and/or steer the vehicle in a timely manner or at all in order to avoid a collision;
  - (k) failing to properly inspect, repair and maintain his vehicle;
  - (l) operating a vehicle while his ability to do so was impaired by fatigue or other causes;
  - (m) operating a vehicle while holding or using a hand-held wireless communication device;
  - (n) placing the Defendant in the agony of collision;
  - (o) failing to take evasive measures to avoid the collision; and
  - (p) such other particulars of negligence as may appear.
8. The Defendant repeats the allegations of negligence set out in paragraph 7 and pleads and relies on the *Contributory Negligence Act, RSNB 2011, c 131*, including sections 2, 3, 4 and 6.

[9] The appellant terms this a “bogus” defence and, as noted, shortly after it was filed, he sent the respondent’s solicitor a draft “Consent to Judgment,” the particulars of which I reproduce below:

- (a) the Plaintiff, Randy Reilly, is granted a summary judgment with respect to liability for the tort of negligence against the Defendant, The Estate of Carl Merrill, pursuant to Rule 22.04(1)(a);
- (b) the Plaintiff is granted a summary judgment striking out and/or dismissing the Defendant’s allegations in paragraphs 7 and 8 of the Defendant’s Statement of Defence, pursuant to Rule 27.09(a), (b) and (c) and Rule 22.04(1)(a);
- (c) the Plaintiff is granted a summary judgment striking out and/or dismissing the Defendant’s allegation in paragraph 10 of the Defendant’s Statement of Defence that any alleged injuries arose solely from pre-existing medical conditions or some prior, subsequent, or wholly unrelated incidents, accidents, illnesses, calamities or injuries for which the Defendant is not liable at law, pursuant to Rule 27.09(a), (b) and (c) and Rule 22.04(1)(a);
- (d) the Plaintiff is granted a summary judgment striking out and/or dismissing the Defendant’s allegation in paragraph 12 of the Defendant’s Statement of Defence that if he had sustained any injuries in the crash that his injuries constituted “minor personal injuries” as set out in s. 265.21 of the *Insurance Act* and *Injury Regulation*, Regulation 2003-20 and that the total amount recoverable by the Plaintiff for non-pecuniary loss for all minor personal injuries of the Plaintiff are subject to the monetary limitations prescribed by the said legislation, pursuant to Rule 27.09(a), (b) and (c) and Rule 22.04(1)(a);
- (e) the Plaintiff is granted a summary judgment striking out and/or dismissing the Defendant’s

allegation in paragraph 14 of the Defendant's Statement of Defence that the Plaintiff may have been contributorily negligent in failing to use an available and functioning seatbelt, pursuant to Rule 27.09(a), (b) and (c) and Rule 22.04(1)(a);

without prejudice to the Defendant's right to otherwise contest the quantum of the Plaintiff's claim for damages.  
[Emphasis added]

[10] It will be noted that, although the proposed Consent to Judgment was without prejudice to the respondent's right to contest the quantum of the appellant's damages, the language of the proposed consent would not have sufficed to prevent exposing the respondent to a quantum which might exceed his policy limits. As a result, defence counsel refused to consent. Rather, he responded by offering to admit liability for the accident in exchange for the appellant's agreement to limit the claim to policy limits. The appellant's counsel responded by email stating "I never take that deal". Several weeks later, defence counsel repeated his offer and, again, appellant's counsel refused it in writing, this time stating, "We see no reason to agree to policy limits when liability is clear." The appellant reiterated his request for the respondent to sign the Consent Order provided, with no changes, failing which he would file his motion for summary judgment. Before us, the appellant argued that, at a minimum, the respondent should have consented to a judgment in which he admitted liability for the accident, to reflect an acknowledgment that the appellant had suffered "some" injury or damages. However, that offer was never made. Moreover, the record does not disclose an assessment of the potential value of the claim was ever provided by the appellant.

[11] In February 2024, the appellant proceeded with the filing of his motion for summary judgment on liability. No examination for discovery of the appellant had been held. The respondent therefore did not have the opportunity to explore or test the appellant's claim in damages.

[12]                 However, on June 3, 2024, well before the motion was heard, counsel for the respondent sent the appellant’s counsel an offer to admit liability for the collision and to withdraw any allegation of contributory negligence against the appellant without any caveat relating to policy limits. The offer attached a proposed amended Statement of Defence. However, the letter and proposed amended defence maintained a denial that any injury was incurred by the appellant. Counsel for the appellant responded in writing on June 4, 2024. The letter begins with the appellant upholding his intent to proceed with the motion. Counsel then writes “we could not possibly agree to the proposed amendments to the Defendant’s Statement of Defence since the Defendant cannot admit liability while denying that the plaintiff suffered any injuries. The two allegations are completely inconsistent at law” (emphasis in original).

[13]                 Counsel then writes: “we also want to proceed with the Motion because we are of the view that the plaintiff will be successful with the balance of his motion.”

### III.     The Motion Hearing and Decision

[14]                 During the hearing of the motion, on the issue of costs, the appellant argued costs should be based on the “potential value of the claim”. When the judge asked the appellant’s counsel what that potential value was, he replied the claim “could be in the hundreds of thousands of dollars”. There was no formal assessment of the claim before the judge, untested as it was. Appellant’s counsel then suggested an arbitrary amount of \$20,000 for costs plus disbursements and taxes. On appeal, the appellant claimed solicitor-client costs “on an at large basis” or an increase in party and party costs. However, in his written submissions before us, he added the appellant had “no wish to be put to the time and expense of a formal taxation.”

[15]                 In his oral decision, the motion judge found that in many respects, the allegations contained in para. 7 of the Statement of Defence “lacked any evidentiary basis at the time the pleading was made”. He struck all of them and, although he did not explicitly state this, it is agreed by the parties that the effect of his decision was to also strike para. 8

of the Statement of Defence. Moreover, the judge's order following the hearing struck out the allegation in which the respondent denied the plaintiff suffered any injuries. However, all other allegations relating to the extent of the injuries remained as pleaded.

[16] The judge then ruled on costs as follows: "Mr. McAllister is seeking costs on a solicitor/client basis, having been substantially successful on the motion [...] and he seeks that order to signal to the defence bar, if I can use that word, that **delay in admitting liability where it is clearly appropriate to have done so, like here, should be met with an award of costs commensurate with the work that went into preparing the present motion**. In my view, the plaintiff is entitled to costs on this motion of \$4,000, plus the photocopy costs and HST" (emphasis added).

#### IV. Grounds of Appeal

[17] The Notice of Appeal raises numerous, and, in many instances, repetitive grounds as follows:

3. The judge erred in fact, in his findings of mixed law and fact and findings of law on the following grounds:

Facts:

- A. the judge failed to make a finding of fact as to whether the Respondent:

- (i) knowingly or recklessly and falsely alleged that the Respondent was not liable for the crash;
- (ii) knowingly or recklessly and falsely alleged that the Appellant had been contributorily negligent and had not been using a seat belt at the time of the crash; and
- (iii) knowingly or recklessly and falsely alleged and argued up to and including the hearing of the Appellant's motion that the Appellant had not **suffered some injuries** or damages in the crash; and

- (iv) knowingly or recklessly and falsely alleged and submitted that it could admit liability for the crash while still alleging and submitting that the Plaintiff had not **suffered some injuries** or damages.
- B. the judge failed to make a finding of fact as to whether the Respondent:
- (i) unduly or unreasonably resisted the Appellant's action and motion for a summary judgment on liability;
  - (ii) unduly or unreasonably resisted the Appellant's action and motion for a summary judgment striking out the Respondent's allegations of contributory negligence and the Respondent's allegation that the Appellant was not using a seat belt at the time of the crash;
  - (iii) unduly or unreasonably resisted the Appellant's action and/or motion for a summary judgment by making an admission of liability contingent on the Appellant agreeing to policy limits; and
  - (iv) unduly or unreasonably resisted the Appellant's action and/or motion for a summary judgment by alleging that the Appellant had not **suffered some injuries** or damages in the crash.
- C. the judge failed to make a finding of fact with respect to the potential value of the Appellant's claim in assessing the Appellant's costs.

Mixed Law and Fact:

- A. The judge failed to find that:
- (i) the Respondent's actions and submissions in denying that the Respondent was liable for the crash were undertaken knowingly or recklessly and falsely; and

- (ii) the Respondent's actions and submissions in denying that the Plaintiff had **suffered some injuries** or damages was undertaken knowingly or recklessly and falsely.

Law:

- A. he failed to consider the test for an award of solicitor-client costs and the test for an increase in an award of party and party costs;
- B. he failed to consider any factor for an award of costs apart from the Respondent's delay in offering to admit liability;
- C. he failed to consider that the Respondent had defended the Appellant's action and resisted the Appellant's motion for a summary judgment in liability, had alleged that the Appellant was contributorily negligent and had not been using a seat belt, and had denied that the Appellant had **suffered some injuries** or damages in the crash when the Respondent knew or should have known that those allegations were false;
- D. he failed to consider that the Respondent denied and continued to deny that the Appellant had **suffered some injuries** or damages in the crash up to and including the hearing of the Appellant's motion when the Respondent knew that it was making false allegations and submissions to the court;
- E. he failed to give consideration or due consideration to the interests of justice including the principles of access to justice, proportionality, efficiency and timeliness;
- F. he failed to give consideration to the Canadian Bar Association's Code of Professional Conduct, Chapter IV and counsel's duty to treat the court with candour and to not misstate the facts or the law;
- G. he failed to consider the Law Society of New Brunswick's Code of Professional Conduct, Chapter 5.1 and the duty to treat the court with candour, not to misstate the facts or the law and not to knowingly

assert as true a fact where its truth cannot reasonably be supported by the evidence;

- H. he failed to consider Rule 59.13 and counsel's disregard for the interests of justice;
- I. he failed to consider that motions for a summary judgment were on a par with a trial;
- J. he failed to consider the amount involved in the action;
- K. he failed to consider that the Appellant's summary judgment against the Respondent was final;
- L. he failed to grant the Appellant an award of costs for disbursements except for the cost of photocopies;
- M. he failed to provide reasons or sufficient reasons for his decision; and
- N. he failed to order that the costs be paid forthwith.  
[Emphasis added]

[18] The analysis will deal with the grounds of appeal globally. In the end, the appeal focuses on the exercise of a judge's discretion in awarding costs when disposing of a motion for summary judgment and whether, in the exercise of that discretion, there is a legal principle in play which would require the judge to take into account factors unique to motions for summary judgment which ought to result in higher costs awards than those typically awarded for other types of motions.

V. Standard of Review

[19] The appellant cites the Court's decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.* (2000), 230 N.B.R. (2d) 332, [2000] N.B.J. No. 450 (QL):

In the present case, the decision of the motions judge is clearly discretionary. As far as the criterion of correctness of

the decision set out in rule 62.03(4)(b) is concerned, leave to appeal should only be granted where the motions judge misdirected himself on the law and did not apply the proper principles or misapprehended the facts such that an injustice would result. (See *Beetham et al. v. Markessini et al.* (1997), 190 N.B.R.(2d) 193; 484 A.P.R. 193 (C.A.); *Repap New Brunswick Inc. v. Pictou et al.* (1996), 182 N.B.R.(2d) 228; 463 A.P.R. 228 (C.A.), and *Doucet v. Savoie* (1998), 197 N.B.R.(2d) 395; 504 A.P.R. 395 (C.A.). [para. 26]

[20] He then asserts appellate courts should limit their deference with respect to discretionary orders if the matter is one where the judge of first instance has failed to act judicially, has acted on a wrong principle or has acted arbitrarily in failing to exercise discretion based on correct legal principles.

[21] The respondent cites the Court's decision in *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. v. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (QL), which held there is no basis for intervening with the exercise of discretion regarding an award of costs unless the exercise was manifestly wrong (para. 34).

[22] In my view, both parties are taking the same position on the applicable standard. The central question in this case is whether the motion judge improperly exercised his discretion in making his cost award because he failed to apply a proper principle of law or was wrong in failing to act judicially.

## VI. Analysis

[23] I begin the analysis with a review of the relevant portions of Rules 22.06 and 59 on the issue of costs. I highlight the following:

**22.06 Costs Sanctions for Improper Use of Rule**

[...]

**22.06 Condamnation aux dépens pour usage abusif de la règle**

[...]

If Affidavit Filed in Bad Faith

- (2) If it appears to the court that an affidavit filed on a motion under this rule was filed in bad faith or solely for the purpose of delay, the court may fix the costs of the opposite party and order the party filing the affidavit to pay those costs without delay.

Affidavit déposé de mauvaise foi

- (2) S'il lui apparaît qu'un affidavit à l'appui d'une motion a été déposé tel que le prévoit la présente règle, mais de mauvaise foi ou uniquement à des fins dilatoires, la cour peut fixer les dépens de la partie adverse et ordonner au dépositaire de l'affidavit de les payer immédiatement.

**Costs of Proceedings Between Parties**

**Dépens entre parties**

**59.01 Authority of the Court**

**59.01 Attributions de la cour**

- (1) Subject to any Act and these rules, the costs of a proceeding or **a step in a proceeding** are in the discretion of the court and the court may determine by whom and to what extent costs shall be paid.
- (2) Nothing in this rule shall be construed so as to interfere with the authority of the court
- (a) to fix the costs of a proceeding, or **a step in a proceeding**, with or without reference to a tariff, instead of requiring assessment of the costs,

- (1) Sous réserve de toute loi et des présentes règles, les dépens afférents à une instance ou à **une étape de l'instance** sont à la discrétion de la cour qui peut déterminer par qui et dans quelle mesure ils seront payés.
- (2) Rien dans la présente règle ne saurait s'interpréter comme portant atteinte au pouvoir de la cour
- a) de fixer les dépens afférents à une instance ou à **une étape de l'instance** en ayant recours ou non à un tarif, plutôt que d'exiger leur calcul,

[...]

[...]

**59.02 Costs of a Proceeding**

**59.02 Dépens afférents à une instance**

In fixing costs the court may consider

Pour la fixation des dépens, la cour peut prendre en considération

[...]

[...]

(i) **the neglect or refusal of any party to make an admission which should have been made,**

[...]

i) **le défaut ou le refus d'une partie de faire un aveu qui aurait dû être fait,**

[...]

### **59.03 Costs on a Contested Motion**

(1) Where, on the hearing of a contested motion, the court is satisfied that the motion ought not to have been brought or opposed, the court shall fix the costs of the motion and may order them to be paid forthwith.

[...]

### **59.03 Dépens afférents à une motion contestée**

(1) Si, lors de l'audition d'une motion contestée, la cour conclut que la motion n'aurait pas dû être présentée ou contestée, elle doit fixer les dépens afférents à la motion et ordonner leur paiement immédiat.

[...]

### **59.08 Fixing and Assessing Costs**

(1) Subject to Rules 59.01 and 59.02, on rendering a decision or making an order

[...]

(b) **on motion for judgment,**

[...]

### **59.08 Fixation et calcul des dépens**

(1) Sous réserve des règles 59.01 et 59.02, lorsque la cour rend une décision ou une ordonnance

[...]

b) **sur une motion pour jugement,**

[...]

the court rendering the decision or making the order **shall fix the costs** relating to fees for solicitors' services **in accordance with Tariff 'A'** and direct by whom and to whom they are to be paid. [Emphasis added]

elle **doit fixer les dépens** afférents aux honoraires des avocats **suivant le tarif « A »** et indiquer qui devra les supporter et à qui ils devront être payés. [Les caractères gras sont de moi.]

[24]

Rule 59.01 is very clear: a judge's discretion in both the decision to award costs and the "extent" to which they shall be paid is very broad. Stratton C.J.N.B.'s, as he then was, pronouncement in *Williams et al. v. Saint John, New Brunswick and Chubb*

*Industries Ltd.* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10, [1985] N.B.J. No. 93 (QL), continues to be relevant and applicable:

[...] [Rule 59.01 is] a statement of the principle that nothing is to interfere with the court's inherent jurisdiction to deal with costs independently of the rules. It specifically permits a judge to fix the costs of a proceeding, or a step therein, without reference to a tariff and to allow costs in respect of a particular issue or part of a proceeding. [...] [ para. 61]

[25] Rule 59.01(2)(a) permits a judge to make the award “with or without reference to a tariff, instead of requiring assessment of the costs.” To act judicially and in a principled fashion, if a judge is disposed to making an enhanced award of costs without reference to a tariff, there would need to be evidence before the court of the cost of the work involved as a distinct factor for consideration. Indeed, as noted, the motion judge makes that point in his disposition on costs. Otherwise, the judge would have no basis upon which to award an amount over and above what would typically be awarded for motions based on consistent jurisprudence. That is the dilemma that confronted the motion judge in this case. There was no such evidence and making an award of \$20,000, as suggested by the appellant, would not have reflected a judicial exercise of discretion but, rather, would have been quite arbitrary or, at the very least, unprincipled. The appellant argued the judge should have made an “accelerated” award of trial costs based on what the potential damages could be. Again, that would smack of arbitrariness and would lead to unprincipled results.

[26] The appellant then argues costs on contested motions of this nature ought to be based on what he describes as the “confidence test” and not the “full appreciation test”, purportedly relying on *Hryniak* for this proposition. A careful reading of the Supreme Court's decision in that case does not support this argument. While the Supreme Court clearly states that “summary judgment rules must be interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims” (para. 5), this is not an invitation for judges to make arbitrary and unprincipled cost awards which would not square with the just adjudication of claims. Arbitrary and unprincipled awards of costs have no place in the judicial exercise of discretion. Indeed, the only

reference to the notion of “confidence” in *Hryniak* is the confidence a motion judge must have to fairly resolve a dispute based on the evidentiary record before the court, coupled with the fact-finding powers afforded by the rule. But that confidence needs to be based on an evidentiary foundation and cannot be arbitrarily summoned. In my view, the same principle applies to fashioning an award of costs. That is why, as earlier noted, some evidence needs to be placed before the judge to support a claim for a higher cost award. For instance, good evidence of this nature would be evidence of the time put into marshalling the motion for summary judgment. Counsel for the appellant advised that many plaintiffs’ lawyers, such as himself, do not track their time as they represent their clients on contingency fee agreements. While that may be the case, they would be well advised to track their time for this limited purpose if they intend to argue for a higher or a discrete costs regime for summary judgment motions.

[27] In making his award in this case, the motion judge took into consideration the most relevant of the Rule 59.02 factors, namely (i), the neglect or refusal of a party to make an admission which should have been made. He was clearly alive to the appellant’s position but, without the benefit of evidence to consider whether he should depart from jurisprudence-supported awards of this nature, he acted accordingly.

[28] If the offer of June 3, 2024, was intended to admit liability in negligence, it did not achieve that purpose because the letter states the respondent continued to deny the appellant had sustained any injury. That was the gist of the appellant’s response in his letter of June 4, 2024, on that particular issue.

[29] As noted by the Supreme Court in *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 3 and our Court’s ruling in *Trider v. Galloway*, 2020 NBCA 64, [2020] N.B.J. No. 225 (QL), at para. 18, liability in negligence requires the appellant establish firstly that the respondent owed the appellant a duty of care and that the duty was breached. These elements of the tort were dealt with by the motion judge in the appellant’s favour when he struck paras. 7 and 8 of the Statement of Defence.

[30] The appellant then had to establish he sustained damages and that they were caused, in fact and in law, by the respondent's breach of the standard of care. Those elements were also established, leading to the summary judgment on liability. The judge struck from the Statement of Defence the allegation that no injury had been sustained.

[31] Given the history of the case leading up to the motion, and the absence of an evidentiary foundation to support the appellant's argument on the issue of costs, the judge chose not to "penalize" the respondent with an enhanced award of costs in his disposition of the motion.

## VII. Admitting Liability if Policy Limits are Potentially Exposed

[32] The issue of admitting liability is often problematic in cases where there is a possibility the claim may exceed policy limits. I pause here to address this. It is, after all, one of the main issues which underlies these proceedings.

[33] The initial refusal by the respondent's counsel to admit liability given the appellant's position is consistent with the ruling in *MacDonald v. Wood*, 2020 NBQB 30, [2020] N.B.J. No. 37 (QL), leave to appeal denied [2020] N.B.J. No. 69 (QL). In that case, Garnett J. was of the view that higher costs to offset the costs of bringing a motion for summary judgment should be assessed against the defendant if the motion was necessitated by the defendant's conduct. In that case, much like the case before us, it was not. In considering the request for higher costs on the plaintiff's motion in *MacDonald*, the judge noted the defendant had been asked to admit liability, but the plaintiff refused to cap her claim to the defendant's policy limits in exchange. Garnett J. agreed the defendant's counsel, acting for her insurer, could not admit liability for the reasons I have noted above. Although the defendant's counsel later admitted liability, before the hearing of the motion, in seeking higher costs on the motion, the plaintiff's counsel argued the admission should have come earlier. Garnett J. dealt with that argument thus:

The cultural change which the courts have described must occur not only in the conduct of defendants but also in the conduct of plaintiffs. **What is often stubborn unwillingness to make admissions is present both in defendants' lawyers and in plaintiffs' lawyers.**

In this case, the defendant's lawyer had a duty not to admit liability unless she was confident the claim was within limits. Given the high limit, counsel for the plaintiff could have and should have honestly assessed the claim potential and responded to the defendant's lawyer. If she believed the quantum was likely to be higher, then she should have said so and the defendant could then re-assess whether an admission of liability (rather than a summary judgment order) was in the interest of her clients.

At the end of argument, I awarded the modest sum of \$200.00 because none of the considerations discussed above were addressed by counsel in bringing the motion. The whole question could have been either solved by the parties or, if that were not possible, solved by an order of the Court. [Emphasis added; paras. 6-8]

[34] I endorse Garnett J.'s analysis and comments. As noted, leave to appeal the award of costs was denied by the Court in that case. In *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801, [1990] S.C.J. No. 33 (QL), the Supreme Court held it is the scope of the duty to indemnify in the insurance contract which triggers the duty to defend, and that duty is limited to claims for damages which are or may be payable under the policy. The insurer's duty to indemnify under the New Brunswick SPF 1 standard auto policy is limited to the stated amount of coverage.

[35] In this case, a proper offer to admit liability, one that reflected all four elements of *Mustafa*, would have obviated the necessity for the motion and permitted the respondent's counsel to challenge quantum accordingly. If as a result of testing quantum, the respondent concluded the claim could exceed limits, then the steps referenced in *MacDonald* could have been undertaken but the admission of liability would not change nor would the respondent's insurer's duty to defend the full amount of the claim.

[36] As an alternative argument to buttress his position, appellant's counsel argued before us that if the respondent's insurer believed the policy limits could be exceeded, the insurer had the obligation to appoint separate counsel for the insured at the insurer's expense to protect the insured's interests. With respect, that is not the law.

[37] The duty to appoint separate counsel at the insurer's expense only arises if there is a conflict between the respective interests of the insured and insurer. A claim which has the potential to exceed policy limits does not, in and of itself, create such a conflict. If, however, it appears, on a balance of probabilities, the insurer will concede liability and admit to damages in excess of policy limits, the insured is entitled to take control of its defence and retain counsel at the insurer's expense. That did not occur in the case before us.

[38] If it is only "possible" that damages might exceed limits, as noted by Garnett J. in *MacDonald*, counsel appointed by the insurer must advise the insured and give them the opportunity to protect themselves from this possibility by obtaining legal counsel if they so choose. However, the insured bears the cost of doing so because its insurer continues to have the duty to defend the action, regardless of the amount of the claim. As a result, no conflict arises between insurer and insured.

[39] In *Theriacult v. ING Insurance Company of Canada*, 2006 NBQB 407, 307 N.B.R. (2d) 99, Creaghan J. considered whether an insurer was obligated to pay for separate counsel for the insured. Citing Hilliker, *Liability Insurance Law in Canada*, 2nd ed., p. 103, he wrote:

“Where a claim is brought that is in excess of the policy limits, the insurer and the insured will have the same interest in securing an outright dismissal of the action. The insurer will have an interest in keeping the claim below the policy limits, if that is possible. The insured, of course, will also have an interest in minimizing the claim. Accordingly, in most cases there will be no basis for the insurer's losing the right to instruct counsel. Where it is clear,

however, that, if successful, the claim will exceed the policy limits then the interests of the insured and insurer will diverge, for the insurer will no longer have any financial interest in the assessment of damages. In these circumstances, a case can be made for the insured having the right to instruct counsel.”

[...]

Should the situation arise where it can be shown, on a reasonable balance of probability, that the insurer through the solicitor it has appointed under the terms of the policy will concede liability and admit damages in excess of the policy limits, then at that point it seems a conflict would arise as between the Applicants and the Respondent.

In such an instance, I am of the view that should an insurer find itself in the position where such a situation will arise, or is reasonably probable, then it must advise its insured that the potential for conflict exists and that its interests could be at variance with those of the insured. At that point, the insured should be able to take control of its defence, by retaining its own counsel, or instructing counsel it has already retained, and from that point the cost of separate counsel representation should be borne by the insurer. [Emphasis added; paras. 13, 24-25]

[40] Creaghan J. found no conflict in *Theriacault* because the insurer, through its appointed counsel, did precisely what the respondent’s counsel did in the case before us. While it initially denied liability but later offered to admit it, it gave no indication it would admit to damages in excess of the policy limits. *Theriacault* was followed in *Brocke Estate v. Crowell*, 2014 NSSC 269, [2014] N.S.J. No. 406 (QL).

[41] The Court of Appeal for Ontario explained the principle in *Brockton (Municipality) v. Frank Cowan Co. Ltd.*, [2002] O.J. No. 20 (QL) (CA):

The issue is the degree of divergence of interest that must exist before the insurer can be required to surrender control of the defence and pay for counsel retained by the insured.

The balance is between the insured's right to a full and fair defence of the civil action against it and the insurer's right to control that defence because of its potential ultimate obligation to indemnify. In my view, that balance is appropriately struck by requiring that there be, in the circumstances of the particular case, a reasonable apprehension of conflict of interest on the part of counsel appointed by the insurer before the insured is entitled to independent counsel at the insurer's expense. The question is whether counsel's mandate from the insurer can reasonably be said to conflict with his mandate to defend the insured in the civil action. Until that point is reached, the insured's right to a defence and the insurer's right to control that defence can satisfactorily co-exist. [Emphasis added; para. 43]

#### VIII. The Scope of Rule 59 in Motions for Summary Judgments

[42] One final note on Rule 59. Rule 59.08(1)(b) deals with fixing costs upon making an order on motion for judgment. They must be fixed in accordance with Tariff 'A'. This would not apply to motions for summary judgment on liability only because these motions do not deal with the assessment of damages which judges are required to do to fix costs in accordance with Tariff 'A'. Although the appellant argued for costs based on Tariff 'A' before the motion judge, again, in response to the judge's question as to what the amount involved should be, there was no definitive answer. It is not up to the judge to guess as to what the amount should be. Evidence needs to be led in that respect: *Hayes v. City of Saint John et al.*, 2023 NBKB 40, [2023] N.B.J. No. 63 (QL), at para. 17. Before us, however, the appellant abandoned the argument favouring the use of Tariff 'A' arguing instead that he "wanted more than that". One can understand his change of position given that the costs amounts set out in Tariff 'A' are woefully out of date.

#### IX. Conclusion

[43] As matters currently stand, the combined effects of Rules 22.06 and 59 give judges the latitude to consider any factor relevant to the award of costs on motions for summary judgment. While I have some appreciation for the appellant's submission seeking a discrete cost regime for these motions, the proper evidentiary foundation in support must

be established if it is to be considered at all. I say that, because of the Supreme Court's instructions in *Hryniak*:

[...] applying rules of court that involve discretion “includes...an underlying principle of proportionality which means taking account of the appropriateness of the procedure, **its costs** and impact on the litigation [...]

[...] counsel must, in accordance with the traditions of their profession, act in a way that facilitates rather than frustrates access to justice [...]

[...]

[...] the new rule [on summary judgment] eliminated the presumption of substantial indemnity costs against a party that brought an unsuccessful motion for summary judgment, in order to avoid deterring the use of the procedure. [Emphasis added; paras. 31-32 and 43]

[44] Before closing, I wish to comment on the ground of appeal relating to the motion judge's refusal to allow disbursements for the costs of two medical reports placed in evidence. As noted in the Court's decision in *Hunter v. Pinette*, 2022 NBCA 27, [2022] N.B.J. No. 124 (QL), disbursements are recoverable if they were reasonable and necessarily incurred by the moving party to establish the causation element of liability. The two reports at issue are intended to inform the quantum of damages, as opposed to causation, and the motion judge was not satisfied they were prepared or necessary for the purpose of the motion for summary judgment. Moreover, invoices to support the disbursements claimed were not before the court, as they were in *Hunter*. Given those circumstances, I agree with the judge's refusal to award these disbursements.

[45] In the end, should the successful party on a motion for summary judgment be entitled to costs based on a discrete regime? With the proper evidentiary foundation, that question will need to be addressed another day.

X. Disposition

[46] I would dismiss the appeal with costs in favour of the respondent in the amount of \$2,000.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] Les motions en jugement sommaire ont proliféré depuis que la Cour suprême a rendu la décision *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, appelant à un virage culturel pour statuer sur les actions en recourant à ce type de motions plutôt qu'à des procès. Le traitement des dépens adjugés par les juges saisis de telles motions est de plus en plus litigieux. L'appelant en l'espèce a réussi à obtenir un jugement sommaire quant à la responsabilité, mais il se plaint de l'adjudication des dépens par le juge saisi de la motion, faisant valoir que le montant qui lui a été adjugé est insuffisant et incompatible avec le virage culturel. L'appelant soutient que les dépens adjugés à l'issue de motions de ce type ne devraient pas être traités comme ceux adjugés pour les autres types de motions, en particulier si le retard accusé dans le déroulement de l'instance est imputable à l'intimé.

[2] Son argument est axé principalement sur son affirmation selon laquelle des dépens doivent être adjugés afin de modifier les comportements de la défense qui, selon lui, sont contraires au virage culturel. Il fait valoir que la règle 22 (*Règles de procédure*, Règl. du N.-B. 82-73 pris en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire*) est conçue pour dispenser des procédures conventionnelles menant à un procès telles que les échanges d'affidavits des documents, les interrogatoires préalables ou le fait de s'acquitter des engagements pris à l'interrogatoire préalable, à moins que l'intimé puisse établir qu'une ou plusieurs de ces étapes est nécessaire pour que le litige soit tranché équitablement. Selon cet argument, l'intimé qui, sans justification, retarde le litige en refusant de reconnaître sa responsabilité lorsqu'elle devrait être reconnue ou qui insiste pour que le requérant subisse toutes les étapes d'une poursuite conventionnelle devrait être sanctionné par la condamnation à des dépens plus élevés que ceux qui sont habituellement adjugés, de manière à décourager ce type de comportement.

[3] L'appelant a été autorisé à interjeter appel de l'adjudication des dépens par le juge saisi de la motion.

[4] Bien que les arguments invoqués par l'appelant soient en partie fondés, en l'espèce, il doit assumer une part de la responsabilité pour l'historique procédural de l'affaire jusqu'à maintenant, et pour avoir omis de présenter au juge saisi de la motion les éléments de preuve qui auraient pu étayer sa position quant aux dépens. En conséquence, pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de rejeter l'appel.

## II. Contexte factuel

[5] L'appelant a été victime d'un accident de la route qui est survenu le 11 février 2018. Il importe de résumer la séquence des événements qui ont suivi étant donné les prétentions de l'appelant quant à la question des dépens. L'action de l'appelant n'a été déposée que le 3 février 2020, soit presque deux ans après l'accident. Rien dans le dossier n'explique pourquoi il s'est écoulé tout ce temps entre la date de l'accident et le moment où l'action a été intentée. Même si l'assureur de la partie intimée a commencé son enquête immédiatement après l'accident, il n'a pas désigné d'avocat avant tard au printemps de 2023. Le dossier ne révèle pas pourquoi ce temps s'est écoulé entre le moment où l'action a été déposée et la date à laquelle l'avocat de la défense a été désigné. À ce moment-là, M. Merrill était décédé de causes n'ayant aucun lien avec l'accident, et l'avocat de la défense a dû procéder à la nomination d'un administrateur d'instance. L'exposé de la défense a été déposé le 22 août 2023.

[6] Très peu de temps après le dépôt de l'exposé de la défense, à partir du 29 août 2023, des communications ont débuté entre les avocats quant à la possibilité d'inscrire un jugement par consentement quant à la responsabilité et de laisser en suspens pour l'instant la question du quantum des dommages-intérêts. Je discuterai de ces échanges plus en détail ultérieurement.

[7] Selon les allégations de l'appelant, la responsabilité pour l'accident reposait exclusivement sur l'intimé, Carl Merrill, et il était évident dès le début de l'enquête menée par l'assureur de ce dernier que la responsabilité reposerait très vraisemblablement sur lui.

[8] L'étendue du préjudice subi par l'appelant était inconnue. En conséquence, l'assureur de la partie intimée, dans la défense opposée à l'action, a soutenu qu'il ne pouvait pas reconnaître la responsabilité sans exposer la partie intimée à une partie de la demande qui pourrait dépasser le plafond de garantie de sa police d'assurance responsabilité automobile. Il a donc déposé ce qui peut au mieux être décrit comme un exposé de la défense type en réponse à l'exposé de la demande de l'appelant, exposé de la défense dans lequel il a nié la responsabilité pour l'accident et allégué une série de moyens de défense positifs, y compris l'omission de l'appelant de porter une ceinture de sécurité, l'utilisation d'un dispositif de communication portatif et diverses infractions à la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17, dans tous les cas sans aucune preuve pour étayer ces allégations. Je reproduis ci-dessous les allégations formulées aux par. 7 et 8 de l'exposé de la défense :

[TRADUCTION]

7. Le défendeur affirme que, si le demandeur a subi des blessures par suite de l'accident allégué, ce qui n'est pas admis, mais expressément nié, ces blessures n'ont pas été causées par quelque négligence que ce soit dont le défendeur est responsable, mais ont été causées uniquement par la négligence du demandeur, dont les détails sont les suivants :

- (a) ne pas avoir été attentif comme il se doit ou ne pas l'avoir été du tout;
- (b) avoir, par imprudence ou par négligence, omis de garder une maîtrise suffisante du véhicule qu'il conduisait;
- (c) avoir conduit sans y apporter le soin et l'attention voulus, soit l'infraction visée à l'al. 346(1)a) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, précitée;

- (d) avoir conduit un véhicule sans tenir raisonnablement compte de toute autre personne utilisant la route, soit l'infraction visée à l'al. 346(1)b) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, précitée;
- (e) avoir conduit un véhicule sur une route à une vitesse supérieure à la vitesse maximale prescrite, en violation de l'al. 140(1)b) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, précitée;
- (f) avoir conduit un véhicule sur une route plus vite qu'il n'est raisonnable et prudent de le faire dans les conditions du moment et compte tenu des risques réels et éventuels existant à ce moment-là, soit l'infraction visée au par. 140(2) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, précitée;
- (g) ne pas avoir maintenu un véhicule dans un état convenable et approprié pour une utilisation en toute sécurité sur une route, en violation du par. 206(1) de la *Loi sur les véhicules à moteur*, précitée;
- (h) avoir conduit sur une route un véhicule qui n'était pas muni de freins ou de feux indicateurs de direction adéquats et efficaces, en violation des art. 210, 211, 221 et 233 de la *Loi sur les véhicules à moteur*, précitée;
- (i) ne pas avoir cédé le droit de passage au défendeur;
- (j) ne pas avoir freiné et/ou dirigé le véhicule en temps utile ou ne pas l'avoir dirigé du tout afin d'éviter une collision;
- (k) ne pas avoir inspecté, réparé et entretenu son véhicule adéquatement;
- (l) avoir conduit un véhicule alors que sa capacité de le faire était affaiblie par la fatigue ou d'autres causes;

- (m) avoir conduit un véhicule alors qu'il tenait ou utilisait un dispositif de communication portatif;
  - (n) avoir placé le défendeur devant l'angoisse d'une collision;
  - (o) ne pas avoir pris de mesures pour éviter la collision;
  - (p) tout autre élément de négligence qui pourra apparaître.
8. Le défendeur réitère les allégations de négligence énoncées au paragraphe 7, il invoque la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 2011, ch. 131, y compris ses art. 2, 3, 4 et 6, et il se fonde sur cette loi et sur ces dispositions.

[9] L'appelant a qualifié cette défense de [TRADUCTION] « bidon » et, comme je l'ai indiqué, peu après qu'elle a été déposée, il a envoyé à l'avocat de la partie intimée une ébauche de [TRADUCTION] « Jugement par consentement » dont je reproduis ici le libellé :

[TRADUCTION]

- (a) un jugement sommaire est rendu, en application de la règle 22.04(1)a), en faveur du demandeur, Randy Reilly, quant à la responsabilité pour le délit de négligence contre la défenderesse, la succession de Carl Merrill;
- (b) un jugement sommaire est rendu, en vertu des règles 27.09a), b) et c) et en application de la règle 22.04(1)a), en faveur du demandeur, radiant ou rejetant les allégations de la défenderesse énoncées aux paragraphes 7 et 8 de son exposé de la défense;
- (c) un jugement sommaire est rendu, en vertu des règles 27.09a), b) et c) et en application de la règle 22.04(1)a), en faveur du demandeur, radiant ou rejetant les allégations de la

défenderesse énoncées au paragraphe 10 de son exposé de la défense selon lesquelles toutes blessures alléguées ont découlé exclusivement de conditions médicales préexistantes ou d'incidents, d'accidents, de maladies, de catastrophes ou de blessures antérieurs ou postérieurs à l'accident ou sans aucun rapport avec l'accident et dont la défenderesse n'est pas responsable en droit;

- (d) un jugement sommaire est rendu, en vertu des règles 27.09a), b) et c) et en application de la règle 22.04(1)a), en faveur du demandeur, radiant ou rejetant l'allégation de la défenderesse énoncée au paragraphe 12 de son exposé de la défense selon laquelle, s'il a subi des blessures lors de l'accident, il s'agissait de « blessures personnelles mineures » au sens de l'art. 265.21 de la *Loi sur les assurances* et de son *Règlement sur les blessures*, Règlement 2003-20, et que le montant total recouvrable par le demandeur au titre de perte non pécuniaire pour toutes les blessures personnelles mineures est assujéti aux limites monétaires prescrites par la législation en question;
- (e) un jugement sommaire est rendu, en vertu des règles 27.09a), b) et c) et en application de la règle 22.04(1)a), en faveur du demandeur, radiant ou rejetant l'allégation de la défenderesse énoncée au paragraphe 14 de son exposé de la défense selon laquelle le demandeur a pu faire preuve de négligence contributoire en omettant d'attacher la ceinture de sécurité qui était à sa disposition et fonctionnelle;

sous réserve du droit de la défenderesse de contester par ailleurs le montant de la demande en dommages-intérêts du demandeur. [Soulignement ajouté.]

[10] Il convient de souligner que, même si le jugement par consentement proposé était présenté sous réserve du droit de la partie intimée de contester le montant de [la demande en] dommages-intérêts présenté[e] par l'appelant, son libellé n'aurait pas suffi

pour mettre la partie intimée à l'abri d'un montant qui pouvait dépasser le plafond de garantie de sa police. L'avocat de la défense a donc refusé d'y consentir. Il a plutôt répondu en offrant de reconnaître la responsabilité pour l'accident en échange du consentement de l'appelant à limiter la demande au plafond de garantie de la police. L'avocat de l'appelant a répondu par courriel en affirmant ce qui suit : [TRADUCTION] « Je n'accepterai jamais ce marché. » Plusieurs semaines plus tard, l'avocat de la défense a renouvelé son offre et, une fois de plus, l'avocat de l'appelant l'a refusée par écrit, affirmant cette fois-là : [TRADUCTION] « Nous ne voyons aucune raison pour consentir au plafond de garantie de la police lorsque la responsabilité est manifeste. » L'appelant a réitéré sa demande que la partie intimée signe l'ordonnance par consentement qu'il avait fournie, sans modification, à défaut de quoi il déposerait sa motion en jugement sommaire. Devant nous, l'appelant a fait valoir que, à tout le moins, la partie intimée aurait dû consentir à un jugement dans lequel elle admettait sa responsabilité pour l'accident pour refléter une reconnaissance que l'appelant avait subi [TRADUCTION] « des » blessures ou un préjudice. Or, cette offre n'a jamais été faite. Qui plus est, selon ce que révèle le dossier, l'appelant n'a jamais fourni d'évaluation de la valeur possible de la demande.

[11] En février 2024, l'appelant a déposé sa motion en jugement sommaire portant sur la responsabilité. Il n'avait pas subi d'interrogatoire préalable. La partie intimée n'avait donc pas eu l'occasion d'explorer la demande en dommages-intérêts de l'appelant ni de l'éprouver.

[12] Cependant, le 3 juin 2024, bien avant que la motion soit entendue, l'avocat de la partie intimée a envoyé à l'avocat de l'appelant une offre de reconnaître la responsabilité pour la collision et de retirer toute allégation de négligence contributive contre l'appelant sans réserve quant au plafond de garantie de la police. Un exposé de la défense modifié proposé était joint à l'offre en question. Or, la lettre et la défense modifiée proposée continuaient de nier que l'appelant avait subi quelque blessure que ce soit. L'avocat de l'appelant a répondu par écrit le 4 juin 2024. La lettre commençait par l'expression de l'intention de l'appelant d'aller de l'avant avec la motion. L'avocat a ensuite écrit : [TRADUCTION] « [N]ous ne pourrions pas consentir aux modifications

proposées à l'exposé de la défense de la partie défenderesse puisque celle-ci ne peut pas reconnaître sa responsabilité tout en niant que le demandeur ait subi quelque blessure que ce soit. Les deux allégations sont totalement contradictoires en droit » (soulignement dans l'original).

[13] L'avocat a ensuite écrit : [TRADUCTION] « Nous voulons en outre procéder avec la motion parce que nous sommes d'avis que le demandeur aura gain de cause quant au reste de sa motion. »

### III. L'audition de la motion et la décision

[14] Durant l'audition de la motion, sur la question des dépens, l'appelant a soutenu que ces derniers devraient être fondés sur la [TRADUCTION] « valeur possible de la demande ». Lorsque le juge a demandé à son avocat à combien correspondait cette valeur possible, celui-ci a répondu que la demande [TRADUCTION] « pourrait se situer dans les centaines de milliers de dollars ». Aucune évaluation formelle de la demande n'a été présentée au juge, celle-ci n'ayant pas été éprouvée. L'avocat de l'appelant a alors proposé un montant arbitraire de 20 000 \$ pour les dépens, débours et taxes en sus. En appel, l'appelant a réclamé les frais entre avocat et client [TRADUCTION] « sur une base globale » ou une majoration aux dépens entre parties. Toutefois, dans le mémoire qu'il nous a soumis, il a ajouté que l'appelant n'avait [TRADUCTION] « aucun désir de consacrer le temps et l'argent nécessaires à une taxation formelle ».

[15] Dans sa décision orale, le juge saisi de la motion a conclu que, à maints égards, les allégations contenues au par. 7 de l'exposé de la défense [TRADUCTION] « étaient dénuées de fondement au moment où la plaidoirie a été déposée ». Il les a toutes radiées et, même s'il ne l'a pas affirmé explicitement, les parties conviennent que sa décision a aussi eu pour effet de radier également le par. 8 de l'exposé de la défense. En outre, l'ordonnance rendue par le juge au terme de l'audience a radié l'allégation dans laquelle la partie intimée niait que le demandeur avait subi des blessures. Cependant, toutes les autres allégations relatives à l'étendue des blessures sont restées inchangées.

[16] Le juge a ensuite statué de la façon suivante quant aux dépens :  
[TRADUCTION] « M<sup>e</sup> McAllister réclame des dépens établis sur la base des frais entre avocat et client, puisqu'il a eu en grande partie gain de cause dans la motion [...] et il sollicite cette ordonnance afin de signaler au barreau de la défense, si je peux utiliser ce terme, que **le retard à reconnaître la responsabilité lorsqu'il est manifestement approprié de le faire, comme en l'espèce, devrait entraîner l'adjudication de dépens proportionnels au travail nécessaire à la préparation de la présente motion.** Selon moi, le demandeur a droit à des dépens afférents à cette motion de 4 000 \$, en plus du coût des photocopies et de la TVH » (gras et soulignement ajoutés).

#### IV. Moyens d'appel

[17] L'avis d'appel soulève de nombreux moyens d'appel, souvent répétitifs. Les voici :

[TRADUCTION]

3. Le juge a commis des erreurs de fait, dans ses conclusions mixtes de droit et de fait, et dans ses conclusions de droit pour les raisons suivantes :

Faits :

A. le juge n'a pas tiré de conclusions de fait quant à savoir si la partie intimée a :

- (i) sciemment ou insouciamment et fausement allégué qu'elle n'était pas responsable de la collision,
- (ii) sciemment ou insouciamment et fausement allégué que l'appelant avait fait preuve de négligence contributive et qu'il ne portait pas de ceinture de sécurité au moment de la collision,
- (iii) sciemment ou insouciamment et fausement allégué et soutenu jusqu'à l'audition de la

motion de l'appelant et durant celle-ci que ce dernier n'avait **pas subi de blessures** ou de préjudice lors de la collision,

- (iv) sciemment ou insouciamment et fausement allégué et soutenu qu'elle pouvait reconnaître sa responsabilité pour l'accident tout en continuant à alléguer et à soutenir que le demandeur n'avait **pas subi de blessures** ou de préjudice;

B. le juge n'a pas tiré de conclusions de fait quant à savoir si la partie intimée a :

- (i) de manière indue ou déraisonnable contesté l'action et la motion en jugement sommaire de l'appelant quant à la responsabilité,
- (ii) de manière indue ou déraisonnable contesté l'action et la motion en jugement sommaire de l'appelant en vue de radier les allégations de négligence contributive formulées par la partie intimée ainsi que son allégation selon laquelle l'appelant ne portait pas de ceinture de sécurité au moment de la collision,
- (iii) de manière indue ou déraisonnable contesté l'action et/ou la motion en jugement sommaire de l'appelant en assujettissant son aveu de responsabilité à la condition que l'appelant consente au plafond de garantie de la police,
- (iv) de manière indue ou déraisonnable contesté l'action et/ou la motion en jugement sommaire de l'appelant en alléguant que l'appelant n'avait **pas subi de blessures** ou de préjudice lors de la collision;

C. le juge a omis de tirer une conclusion de fait quant à la valeur possible de la demande de l'appelant en fixant ses dépens.

Questions mixtes de faits et de droit :

A. Le juge a omis de conclure que :

- (i) les actions et les observations de la partie intimée niant sa responsabilité pour la collision ont été entreprises et formulées sciemment ou insouciamment et faussement;
- (ii) les actions et les observations de la partie intimée niant que le demandeur avait subi **des blessures** ou un préjudice ont été entreprises et formulées sciemment ou insouciamment et faussement.

Droit:

- A. Il n'a tenu compte ni du critère pour l'octroi de dépens établis sur la base des frais entre avocat et client ni de celui pour une majoration à l'octroi de dépens entre parties;
- B. il n'a tenu compte d'aucun facteur pour l'adjudication des dépens mis à part celui du temps mis par la partie intimée pour offrir de reconnaître sa responsabilité;
- C. il n'a pas tenu compte du fait que la partie intimée a présenté une défense à l'action de l'appelant et a contesté la motion en jugement sommaire quant à la responsabilité, a allégué que l'appelant a fait preuve de négligence contributive et n'a pas porté de ceinture de sécurité, a nié que l'appelant a subi **des blessures** ou un préjudice lors de la collision, alors qu'elle savait ou aurait dû savoir que ces allégations étaient fausses;
- D. il n'a pas tenu compte du fait que la partie intimée a nié et continue de nier que l'appelant a **subi des blessures** ou un préjudice lors de la collision, et ce, jusqu'à l'audition de la motion de l'appelant et durant cette audition, alors qu'elle savait qu'elle faisait de fausses allégations et formulait de fausses observations à l'intention de la cour;
- E. il n'a pas pris en considération ou n'a pas dûment pris en considération les intérêts de la justice, y compris les principes d'accès à la justice, de proportionnalité, d'efficacité et de rapidité;

- F. il n'a pas tenu compte du chapitre IV du *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien et de l'obligation de l'avocat de traiter le tribunal avec franchise et de ne pas déformer les faits ou le droit;
- G. il n'a pas pris en considération le chapitre 5.1 du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick et de l'obligation d'être sincère à l'endroit du tribunal, de ne pas déformer les faits ou la loi et de ne pas affirmer sciemment la véracité d'un fait dont la véracité n'est corroborée par aucune preuve;
- H. il n'a pas tenu compte de la règle 59.13 et du fait que l'avocat a agi sans égard aux intérêts de la justice;
- I. il n'a pas tenu compte du fait qu'une motion en jugement sommaire est sur un pied d'égalité avec un procès;
- J. il n'a pas tenu compte du montant clé dans l'action;
- K. il n'a pas tenu compte du fait que le jugement sommaire en faveur de l'appelant contre la partie intimée était définitif;
- L. il n'a pas accordé à l'appelant des dépens au titre des débours, sauf pour le coût de photocopies;
- M. il n'a pas motivé ou suffisamment motivé sa décision;
- N. il n'a pas ordonné que les dépens soient payés sur-le-champ. [Gras ajouté.]

[18] L'analyse traitera des moyens d'appel globalement. En définitive, l'appel est axé sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge quant à l'adjudication des dépens lorsqu'il statue sur une motion en jugement sommaire et sur la question de savoir si, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, un principe juridique intervient qui exigerait qu'il prenne en considération des facteurs propres aux motions en jugement sommaire qui devraient donner lieu à l'adjudication de dépens plus élevés que ceux qui sont habituellement adjugés à l'issue d'autres types de motions.

V. Norme de contrôle

[19] L'appelant cite la décision de la Cour dans *Canadian Broadcasting Corp. c. New Brunswick Broadcasting Co.* (2000), 230 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 332, [2000] A.N.-B. n<sup>o</sup> 450 (QL) :

En l'espèce, la décision du juge des motions relève clairement de son pouvoir discrétionnaire. Pour ce qui est du critère du bien-fondé de la décision prévu à la règle 62.03(4)b), l'autorisation d'appel devrait uniquement être accordée si le juge saisi de la motion s'est mal enquis du droit et n'a pas appliqué les principes voulus, ou s'il a fait une appréciation des faits qui est erronée au point où il en résulterait une injustice. (Voir *Beetham et al. c. Markessini et al.* (1997), 190 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 193; 484 A.P.R. 193 (C.A.); *Repap New Brunswick Inc. c. Pictou et al.* (1996), 182 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 228; 463 A.P.R. 228 (C.A.) et *Doucet c. Savoie* (1998), 197 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 395; 504 A.P.R. 395 (C.A.). [par. 26]

[20] Il affirme ensuite que les tribunaux d'appel ne devraient faire preuve de déférence en ce qui a trait aux ordonnances discrétionnaires que si le juge de première instance n'a pas agi de manière judiciaire, s'est prononcé sur le fondement d'un mauvais principe ou a agi arbitrairement en omettant d'exercer son pouvoir discrétionnaire sur le fondement des bons principes juridiques.

[21] La partie intimée cite la décision de la Cour dans *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. c. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 358, [1998] A.N.-B. n<sup>o</sup> 412 (QL), où elle a conclu à l'absence de fondement pour intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire quant à l'adjudication de dépens, à moins d'erreur manifeste (par. 34).

[22] Selon moi, les deux parties adoptent la même position quant à la norme applicable. La question centrale en l'espèce est celle de savoir si le juge saisi de la motion

a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en adjugeant les dépens du fait qu'il aurait omis d'appliquer le bon principe de droit ou aurait eu tort en omettant d'agir de manière judiciaire.

VI. Analyse

[23] Je commence l'analyse par un examen des parties pertinentes des règles 22.06 et 59 sur la question des dépens :

**22.06 Costs Sanctions for Improper Use of Rule**

[...]

If Affidavit Filed in Bad Faith

- (2) If it appears to the court that an affidavit filed on a motion under this rule was filed in bad faith or solely for the purpose of delay, the court may fix the costs of the opposite party and order the party filing the affidavit to pay those costs without delay.

**Costs of Proceedings Between Parties**

**59.01 Authority of the Court**

- (1) Subject to any Act and these rules, the costs of a proceeding or **a step in a proceeding** are in the discretion of the court and the court may determine by whom and to what extent costs shall be paid.
- (2) Nothing in this rule shall be construed so as to interfere with the authority of the court

**22.06 Condamnation aux dépens pour usage abusif de la règle**

[...]

Affidavit déposé de mauvaise foi

- (2) S'il lui apparaît qu'un affidavit à l'appui d'une motion a été déposé tel que le prévoit la présente règle, mais de mauvaise foi ou uniquement à des fins dilatoires, la cour peut fixer les dépens de la partie adverse et ordonner au dépositaire de l'affidavit de les payer immédiatement.

**Dépens entre parties**

**59.01 Attributions de la cour**

- (1) Sous réserve de toute loi et des présentes règles, les dépens afférents à une instance ou à **une étape de l'instance** sont à la discrétion de la cour qui peut déterminer par qui et dans quelle mesure ils seront payés.
- (2) Rien dans la présente règle ne saurait s'interpréter comme portant atteinte au pouvoir de la cour

- (c) to fix the costs of a proceeding, or **a step in a proceeding**, with or without reference to a tariff, instead of requiring assessment of the costs,

[...]

- c) de fixer les dépens afférents à une instance ou à **une étape de l'instance** en ayant recours ou non à un tarif, plutôt que d'exiger leur calcul,

[...]

### **59.02 Costs of a Proceeding**

In fixing costs the court may consider

[...]

- (i) **the neglect or refusal of any party to make an admission which should have been made,**

[...]

### **59.02 Dépens afférents à une instance**

Pour la fixation des dépens, la cour peut prendre en considération

[...]

- i) **le défaut ou le refus d'une partie de faire un aveu qui aurait dû être fait,**

[...]

### **59.03 Costs on a Contested Motion**

- (1) Where, on the hearing of a contested motion, the court is satisfied that the motion ought not to have been brought or opposed, the court shall fix the costs of the motion and may order them to be paid forthwith.

[...]

### **59.03 Dépens afférents à une motion contestée**

- (1) Si, lors de l'audition d'une motion contestée, la cour conclut que la motion n'aurait pas dû être présentée ou contestée, elle doit fixer les dépens afférents à la motion et ordonner leur paiement immédiat.

[...]

### **59.08 Fixing and Assessing Costs**

- (1) Subject to Rules 59.01 and 59.02, on rendering a decision or making an order

[...]

- (b) **on motion for judgment,**

### **59.08 Fixation et calcul des dépens**

- (1) Sous réserve des règles 59.01 et 59.02, lorsque la cour rend une décision ou une ordonnance

[...]

- b) **sur une motion pour jugement,**

[...]

the court rendering the decision or making the order **shall fix the costs** relating to fees for solicitors' services **in accordance with Tariff 'A'** and direct by whom and to whom they are to be paid. [Emphasis added]

[...]

elle **doit fixer les dépens** afférents aux honoraires des avocats **suivant le tarif « A »** et indiquer qui devra les supporter et à qui ils devront être payés. [Les caractères gras sont de moi.]

- [24] La règle 59.01 est très limpide : le pouvoir discrétionnaire du juge à la fois quant à la décision d'adjuger des dépens et quant à la « mesure » dans laquelle ils seront payés est très étendu. L'affirmation du juge en chef Stratton (tel était alors son titre) dans *Williams et al. c. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 10, [1985] A.N.-B. n<sup>o</sup> 93 (QL), continue d'être pertinente et applicable :

[TRADUCTION]

[...] [La règle 59.01] est, en fait, l'énoncé du principe que rien ne doit porter atteinte au pouvoir inhérent à la Cour de traiter de la question des dépens indépendamment des règles. Cette règle autorise explicitement le juge à fixer les dépens afférents à une instance ou à une étape de l'instance sans avoir recours à un tarif, et à accorder les dépens afférents à une question donnée ou à une partie de l'instance. [...] [par. 61]

- [25] La règle 59.01(2)a) permet au juge de fixer les dépens « en ayant recours ou non à un tarif, plutôt que d'exiger leur calcul ». Pour agir de manière judiciaire et dans le respect des principes, le juge qui est disposé à accorder des dépens majorés sans avoir recours à un tarif doit disposer d'éléments de preuve quant au coût du travail en cause en tant que facteur distinct à prendre en considération. En effet, comme je l'ai indiqué, le juge saisi de la motion traite de ce point dans sa décision sur les dépens. Autrement, le juge n'aurait aucun fondement pour justifier d'accorder un montant supérieur à celui qui est habituellement adjugé dans des motions selon une jurisprudence constante. C'est le dilemme auquel le juge saisi de la motion faisait face en l'espèce. Il n'y avait aucun élément de preuve de ce type et adjuger des dépens de 20 000 \$, comme le proposait l'appelant, n'aurait pas constitué un exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire, mais aurait plutôt

été tout à fait arbitraire ou, à tout le moins, non fondé sur des principes. L'appelant a soutenu que le juge aurait dû adjuger les dépens du procès de [TRADUCTION] « manière accélérée », sur le fondement de ce que pourraient être les dommages-intérêts possibles. Une fois de plus, cela aurait été parfaitement arbitraire et aurait entraîné des résultats non fondés sur des principes.

[26] L'appelant fait ensuite valoir que les dépens afférents à des motions contestées de la nature de celle en cause dans le cas qui nous occupe devraient être fondés sur ce qu'il décrit comme le [TRADUCTION] « test de la confiance », et non sur le [TRADUCTION] « test de l'appréciation exhaustive », se fondant vraisemblablement sur l'arrêt *Hryniak* pour faire cette affirmation. Une lecture attentive de la décision de la Cour suprême dans cette cause n'appuie pas sa prétention. S'il est vrai que la Cour suprême affirme clairement que « les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes » (par. 5), il ne s'agit pas d'une invitation faite aux juges d'adjuger des dépens d'une manière arbitraire et non fondée sur des principes, ce qui serait incompatible avec un règlement juste des demandes. L'adjudication de dépens de manière arbitraire et non fondée sur des principes n'a pas sa place dans l'exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire. En effet, la seule référence à la notion de « confiance » dans l'arrêt *Hryniak* vise celle que doit avoir un juge saisi d'une motion de résoudre le litige équitablement en fonction du dossier de preuve porté à la connaissance de la cour, combiné aux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus par la règle. Or, cette confiance doit reposer sur la preuve et ne peut être invoquée arbitrairement. Selon moi, le même principe s'applique à l'adjudication des dépens. C'est pourquoi, comme je l'ai indiqué précédemment, il est nécessaire de présenter certains éléments de preuve au juge pour appuyer une demande de dépens majorés. À titre d'exemple, une preuve valable de cette nature consisterait en une preuve du temps consacré à la préparation de la motion en jugement sommaire. L'avocat de l'appelant a indiqué que de nombreux avocats en demande, comme lui, ne comptabilisent pas leur temps puisqu'ils représentent leurs clients dans le cadre d'accords d'honoraires conditionnels. Bien que cela puisse être le cas, ils

auraient intérêt à le faire, ne serait-ce que parce qu'ils pourraient souhaiter plaider en faveur d'un régime de dépens majorés ou distincts dans le cas de motions en jugement sommaire.

[27] En adjugeant les dépens en l'espèce, le juge saisi de la motion a pris en considération le facteur le plus pertinent parmi ceux prévus à la règle 59.02, soit (i) le défaut ou le refus d'une partie de faire un aveu qui aurait dû être fait. Il était manifestement conscient de la position de l'appelant, mais, ne disposant pas d'éléments de preuve pour décider s'il devait adjuger des dépens de cette nature, différents de ceux appuyés par la jurisprudence, il a agi en conséquence.

[28] Si l'offre du 3 juin 2024 était destinée à reconnaître la responsabilité pour négligence, elle n'a pas atteint ce but puisque, selon la lettre, la partie intimée continuait de nier que l'appelant avait subi des blessures. C'était là l'essentiel de la réponse de l'appelant dans sa lettre du 4 juin 2024, sur cette question précise.

[29] Comme l'a souligné la Cour suprême dans *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée.*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, au par. 3, et notre Cour dans *Trider c. Galloway*, 2020 NBCA 64, [2020] A.N.-B. n° 225 (QL), au par. 18, pour avoir gain de cause dans une action en responsabilité fondée sur la négligence, l'appelant doit d'abord établir que M. Merrill avait une obligation de diligence envers lui et qu'il y a eu manquement à cette obligation. Le juge saisi de la motion a tranché en faveur de l'appelant quant à ces éléments du délit lorsqu'il a radié les par. 7 et 8 de l'exposé de la défense.

[30] L'appelant devait ensuite établir qu'il a subi un préjudice et que celui-ci a été causé, en fait et en droit, par le manquement de M. Merrill à la norme de diligence. Ces éléments ont aussi été établis, menant au jugement sommaire quant à la responsabilité. Le juge a radié de l'exposé de la défense l'allégation selon laquelle aucune blessure n'avait été subie.

[31] Étant donné l'historique de la cause jusqu'à la motion et l'absence d'un fondement probatoire pour étayer l'argument de l'appelant sur la question des dépens, le

juge a choisi de ne pas [TRADUCTION] « pénaliser » la partie intimée en adjugeant des dépens majorés dans sa décision sur la motion.

VII. L'admission de la responsabilité lorsque le plafond de la garantie est potentiellement à risque

[32] La question de la reconnaissance de responsabilité pose souvent un problème dans les causes où la demande pourrait dépasser le plafond de garantie de la police. Je marque une pause ici pour traiter de cette question. Il s'agit, après tout, d'un des principaux enjeux qui sous-tendent la présente instance.

[33] Le refus initial de l'avocat de la partie intimée de reconnaître la responsabilité compte tenu de la position de l'appelant est compatible avec la décision *MacDonald c. Wood*, 2020 NBBR 30, [2020] A.N.-B. n° 37 (QL), autorisation d'appel rejetée [2020] A.N.-B. n° 69 (QL). Dans cette affaire, la juge Garnett était d'avis que le défendeur devrait être condamné à des dépens majorés pour compenser le coût de la présentation d'une motion en jugement sommaire, si c'est le comportement de ce dernier qui en avait rendu la présentation nécessaire. Dans cette affaire, comme dans celle qui nous occupe, ce n'était pas le cas. En examinant la demande de dépens majorés afférents à la motion de la demanderesse dans l'affaire *MacDonald*, la juge a observé qu'il avait été demandé à la défenderesse de reconnaître sa responsabilité, mais que la demanderesse avait refusé en contrepartie de limiter sa demande au plafond de garantie de la police de la défenderesse. La juge Garnett était d'accord avec l'avocate de la défenderesse, qui agissait pour son assureur, pour dire que celle-ci ne pouvait pas reconnaître sa responsabilité pour les motifs que j'ai donnés précédemment. Bien que l'avocate de la défenderesse ait admis la responsabilité ultérieurement, avant l'audition de la motion, l'avocate de la demanderesse, en demandant des dépens majorés afférents à la motion, a fait valoir que l'aveu aurait dû être fait plus tôt. La juge Garnett a traité ainsi de cet argument :

[TRADUCTION]

Le virage culturel que les tribunaux ont décrit doit se produire non seulement dans la conduite des défendeurs,

mais également dans celle des demandeurs. **Ce qui est souvent un refus entêté de faire des aveux ou des reconnaissances est présent tant chez les avocats des défendeurs que chez les avocats des demandeurs.**

Dans la présente instance, l'avocate de la défenderesse avait l'obligation de ne pas reconnaître la responsabilité de la défenderesse à moins d'être persuadée que le montant de la réclamation ne dépassait pas le plafond. Étant donné que ce plafond était élevé, l'avocate de la demanderesse aurait pu et aurait dû évaluer honnêtement le montant possible de la réclamation et répondre à l'avocate de la défenderesse. Si elle avait cru que le montant serait probablement plus élevé, elle aurait alors dû le dire et l'avocate de la défenderesse aurait pu déterminer si une reconnaissance de responsabilité (plutôt qu'une ordonnance de jugement sommaire) était dans l'intérêt de sa cliente.

Une fois les débats terminés, j'ai adjugé la somme modeste de 200 \$ puisque aucune des deux avocates n'avait traité des facteurs discutés ci-dessus dans le cadre de la motion. Toute la question aurait pu être soit réglée par les parties, soit, si cette option n'était pas possible, tranchée par ordonnance de la Cour. [Gras ajouté; par. 6 à 8]

[34] J'adhère à la décision et aux propos de la juge Garnett. Comme je l'ai mentionné, l'autorisation d'interjeter appel de l'adjudication des dépens a été refusée par la Cour dans cette cause. Dans *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, [1990] A.C.S. n° 33 (QL), la Cour suprême a jugé que c'est la portée de l'obligation d'indemniser prévue au contrat d'assurance qui déclenche l'obligation de défendre, et que cette obligation est restreinte aux demandes en dommages-intérêts qui sont ou qui peuvent être payables en application de la police. L'obligation de l'assureur d'indemniser qui découle de la police d'assurance automobile type F.P.N.-B. n° 1 du Nouveau-Brunswick est plafonnée au montant prévu de garantie.

[35] En l'espèce, une offre adéquate de reconnaissance de responsabilité, qui aurait reflété les quatre éléments énoncés dans l'arrêt *Mustafa*, aurait évité d'avoir à présenter la motion et permis à l'avocat de la partie intimée de contester le montant de la demande en conséquence. Si, après avoir évalué le montant de la demande, la partie intimée

avait conclu que la demande pouvait dépasser le plafond de garantie de la police, les mesures mentionnées dans l'arrêt *MacDonald* auraient pu être prises, mais la reconnaissance de responsabilité n'aurait pas changé, ni l'obligation de défendre qu'avait l'assureur de la partie intimée pour le montant total de la demande.

[36] À titre d'argument subsidiaire pour étayer sa position, l'avocat de l'appelant a soutenu devant nous que si l'assureur de la partie intimée croyait que le plafond de garantie de la police pouvait être dépassé, l'assureur avait l'obligation de désigner un avocat distinct pour l'assuré, aux frais de l'assureur, pour protéger les intérêts de l'assuré. Avec égards, tel n'est pas le droit.

[37] L'obligation de désigner un avocat distinct aux frais de l'assureur n'existe qu'en présence d'un conflit entre les intérêts respectifs de l'assuré et de l'assureur. Une demande qui pourrait dépasser le plafond de garantie de la police ne crée pas, en soi, un tel conflit. Si, en revanche, il appert, selon la prépondérance des probabilités, que l'assureur va reconnaître la responsabilité ainsi que des dommages-intérêts supérieurs au plafond de garantie de la police, l'assuré a le droit d'assumer la direction de sa défense et de retenir les services d'un avocat aux frais de l'assureur. Cela n'est pas survenu dans la cause dont nous sommes saisis.

[38] S'il est seulement [TRADUCTION] « possible » que les dommages-intérêts dépassent le plafond de garantie, comme l'a indiqué la juge Garnett dans la décision *MacDonald*, l'avocat désigné par l'assureur doit en informer l'assuré et lui donner l'occasion de se protéger contre cette possibilité en retenant les services d'un conseiller juridique s'il le souhaite. Cependant, l'assuré en assume les coûts parce que son assureur continue d'avoir l'obligation de défendre contre l'action, quel que soit le montant de la demande. En conséquence, il ne survient aucun conflit d'intérêts entre l'assureur et l'assuré.

[39] Dans *Theriault c. ING Insurance Company of Canada*, 2006 NBQB 407, 307 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 99, le juge Creaghan a examiné si un assureur a l'obligation de payer un

avocat distinct pour l'assuré. Citant Hilliker, *Liability Insurance Law in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., p. 103, il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

« Lorsqu'une demande excède le plafond de garantie d'une police, l'assureur et l'assuré ont autant intérêt l'un que l'autre à ce que l'action soit carrément rejetée. L'assureur a intérêt à ce que la demande reste en deçà du plafond de garantie de la police, si possible. L'assuré, bien entendu, a aussi intérêt à réduire la demande au minimum. En conséquence, dans la plupart des cas, rien ne justifie que l'assureur perde le droit de donner des instructions à l'avocat. En revanche, lorsqu'il est évident que la demande, si elle est accueillie, dépassera le plafond de garantie de la police, les intérêts de l'assuré et de l'assureur divergeront, puisque l'assureur n'aura plus d'intérêt financier dans l'évaluation des dommages-intérêts. Dans ces circonstances, il peut être justifié que l'assuré ait le droit de donner des instructions à un avocat. »

[...]

Si une situation devait survenir dans le cadre de laquelle il peut être établi, selon la prépondérance raisonnable des probabilités, que par l'intermédiaire de l'avocat qu'il a désigné en vertu de la police, l'assureur va reconnaître la responsabilité ainsi que des dommages-intérêts supérieurs à la limite de la police, à ce moment-là, il semble qu'un conflit surviendrait entre les requérants et l'intimé.

Selon moi, si un assureur se retrouve dans une position où une telle situation surviendra ou est raisonnablement probable, il doit informer son assuré de l'existence du conflit possible entre leurs intérêts respectifs. À compter de ce moment-là, l'assuré devrait pouvoir assurer la direction de sa défense, soit en retenant les services de son propre avocat soit en donnant des instructions à l'avocat dont il a déjà retenu les services, et, à compter de ce moment-là, les honoraires de cet avocat distinct devraient être assumés par l'assureur. [Soulignement ajouté; par. 13, 24 et 25]

[40] Le juge Creaghan n'a décelé aucun conflit dans l'affaire *Theriacault*, car l'assureur, par l'intermédiaire de l'avocat qu'il avait désigné, a fait précisément ce qu'a fait l'avocat de la partie intimée dans le cas qui nous occupe. Bien qu'il ait initialement nié toute responsabilité et ensuite offert de la reconnaître, il n'a donné aucune indication qu'il ferait des aveux pour des dommages-intérêts dépassant le plafond de garantie de la police. La décision *Theriacault* a été suivie dans *Brocke Estate c. Crowell*, 2014 NSSC 269, [2014] N.S.J. No. 406 (QL).

[41] La Cour d'appel de l'Ontario a expliqué le principe dans *Brockton (Municipality) c. Frank Cowan Co. Ltd.*, [2002] O.J. No. 20 (QL) (CA) :

[TRADUCTION]

La question est celle du degré de divergence d'intérêts qui doit exister avant que l'assureur puisse être tenu de renoncer à la direction de la défense et de payer un avocat dont les services ont été retenus par l'assuré. L'équilibre à établir est celui entre le droit de l'assuré à une défense pleine et équitable dans le recours civil intenté contre lui et le droit de l'assureur d'assurer la direction de la défense compte tenu de son obligation possible d'indemniser en définitive. Selon moi, l'équilibre est atteint comme il se doit si on exige que, dans les circonstances de la cause donnée, il y ait une crainte raisonnable de conflit d'intérêts de la part de l'avocat désigné par l'assureur avant que l'assuré n'ait droit à un avocat indépendant aux frais de l'assureur. Il s'agit de savoir s'il est raisonnable de prétendre que le mandat de l'avocat que lui a confié l'assureur entre en conflit avec son mandat de défendre l'assuré dans le recours civil. Tant que ce point n'est pas atteint, le droit de l'assuré à une défense et le droit de l'assureur à la direction de cette défense peuvent coexister de manière satisfaisante. [Soulignement ajouté; par. 43]

VIII. La portée de la règle 59 en matière de jugement sommaire

[42] Une dernière remarque quant à la règle 59. La règle 59.08(1)b) traite du calcul des dépens lorsque la cour rend une ordonnance à l'issue d'une motion pour jugement. Ils doivent être calculés suivant le tarif « A ». Cela ne s'appliquerait pas aux

motions en jugement sommaire visant uniquement la responsabilité, puisque ces motions ne traitent pas de l'évaluation des dommages-intérêts que les juges doivent réaliser pour calculer les dépens suivant le tarif « A ». Même si l'appelant a demandé des dépens calculés conformément à ce tarif devant le juge saisi de la motion, je le répète, en réponse à la question de ce dernier quant à ce que devrait être le montant clé, il n'y a pas eu de réponse définitive. Il n'appartient pas au juge de deviner ce que le montant devrait être. Des éléments de preuve doivent être présentés à cet égard : *Hayes c. The City of Saint John et autres*, 2023 NBBR 40, [2023] A.N.-B. n° 63 (QL), au par. 17. Devant nous, cependant, l'appelant a abandonné l'argument en faveur du recours au tarif « A », faisant plutôt valoir qu'il [TRADUCTION] « voulait plus que cela ». On peut comprendre son changement de position puisque les montants des dépens prévus au tarif « A » sont terriblement obsolètes.

#### IX. Conclusion

[43] Dans l'état actuel des choses, les effets combinés des règles 22.06 et 59 confèrent aux juges la latitude nécessaire pour examiner tout facteur pertinent pour l'adjudication des dépens afférents aux motions en jugement sommaire. Bien que je sois sensible à certains égards à l'argument de l'appelant qui sollicite un régime de dépens distinct pour ces motions, il est nécessaire qu'un fondement probatoire adéquat soit établi pour que cet argument puisse même être examiné. Je tiens ces propos compte tenu des directives données par la Cour suprême dans l'arrêt *Hryniak* :

[...] l'application de règles de procédure qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « englobe [...] un principe sous-jacent de proportionnalité, selon lequel il faut tenir compte de l'opportunité de la procédure, de **son coût**, de son incidence sur le litige [...]

[...] les avocats doivent, conformément aux traditions de leur profession, agir de manière à faciliter plutôt qu'à empêcher l'accès à la justice [...]

[...]

[...] la nouvelle règle [sur les jugements sommaires] a eu pour effet de supprimer la présomption suivant laquelle l'auteur de la requête débouté devait être condamné aux dépens d'indemnisation substantielle. [Gras ajouté; par. 31, 32 et 43]

[44] Avant de conclure, je souhaite faire une remarque sur le moyen d'appel se rapportant au refus du juge saisi de la motion d'accorder les débours pour deux rapports médicaux déposés en preuve. Comme la Cour l'a indiqué dans *Hunter c. Pinette*, 2022 NBCA 27, [2022] A.N.-B. n° 124 (QL), les débours peuvent être recouverts s'ils étaient raisonnables et si l'auteur de la motion devait les payer pour établir l'élément de causalité de la responsabilité. Les deux rapports en cause visent à donner des renseignements sur le montant des dommages-intérêts, plutôt que sur le lien de causalité, et le juge saisi de la motion n'était pas convaincu qu'ils avaient été préparés pour les fins de la motion en jugement sommaire. En outre, les factures à l'appui des débours réclamés n'avaient pas été présentées à la cour, comme elles l'avaient été dans l'affaire *Hunter*. Compte tenu de ces circonstances, je souscris au refus du juge d'accorder ces débours.

[45] Au bout du compte, la partie qui a gain de cause dans le cadre d'une motion en jugement sommaire devrait-elle avoir droit à des dépens fondés sur un régime distinct? La question sera abordée un autre jour, en fonction d'un fondement probatoire adéquat.

#### X. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens de 2 000 \$ en faveur de l'intimée.