

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

102-19-CA

B E T W E E N :

MARK COGSWELL

INTENDED APPELLANT

- and -

ROGERS COMMUNICATIONS CANADA INC.
and ROGERS COMMUNICATIONS INC.

INTENDED RESPONDENTS

Motion heard by:
The Honourable Justice Baird

Date of hearing:
November 18, 2019

Date of decision:
January 6, 2020

Counsel at hearing:

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

For the intended respondents:
Rémy Mathieu Boudreau

E N T R E :

MARK COGSWELL

APPELLANT ÉVENTUEL

- et -

ROGERS COMMUNICATIONS CANADA INC.
et ROGERS COMMUNICATIONS INC.

INTIMÉES ÉVENTUELLES

Motion entendue par :
l'honorable juge Baird

Date de l'audience :
le 18 novembre 2019

Date de la décision :
le 6 janvier 2020

Avocats à l'audience :

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

Pour les intimées éventuelles :
Rémy Mathieu Boudreau

DECISION

I. Introduction

[1] Mark Cogswell seeks leave to appeal a motion judge's decision to not order an advance payment under Rule 47 of the *Rules of Court*. He submits I should grant him leave because the decision was incorrect and there are issues of sufficient importance. In *Agnew v. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 N.B.R. (2d) 63, Drapeau J.A. stated: "[...] Rule 62 ought to be interpreted in a commonsensical manner and with a view to promoting the most efficient use of judicial resources" (para. 35).

[2] Mark Cogswell suffered injuries when, on June 25, 2017, his boat struck a cable, which had been left strung across the Rusagonis River by the intended respondents. As a result of this accident, Mr. Cogswell has been unable to work, aside from one day, as a mechanic.

[3] The intended respondents have admitted liability for the accident; however, the issue of the severity of Mr. Cogswell's injuries and their origin remain in dispute. At the time of the hearing before this Court, examinations for discovery had not taken place, but they were scheduled. Since the accident, the intended respondents have gratuitously paid \$25,000 as an advance payment. Mr. Cogswell filed his motion arguing he is not able to work due to the accident, he has suffered a loss of income and he requires substantially more financial assistance.

[4] In his motion, Mr. Cogswell claimed the following:

1. The Plaintiff be granted an advance payment for his past loss of income pursuant to Rule 47.03(3) of the Rules of Court in the amount of \$67,820.00.
2. The Plaintiff be granted an advance payment for his medical and rehabilitation treatment in an amount to be assessed by the Court.
3. The Defendants pay to the Plaintiff costs of this motion pursuant to Rules 59.02(a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (h),

(i), (j), (k) and (l); 59.03 and 59.09(1)(a), (i), (ii), and (iii) of \$2,000.00 plus HST of \$300.00 and disbursements in an amount to be agreed or assessed.

[5] In *Agnew*, Drapeau J.A. writes:

That application is made by way of a motion under Rule 37. To underscore the need for the Notice of Motion to be compliant with Rule 37.03, I can do no better than repeat the Court's observations in *Waugh et al. v. Canadian Broadcasting Corporation et al.* (2000), 224 N.B.R. (2d) 391 (C.A.), at paras. 12-13:

In *Norris v. Lloyd's of London* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29; 523 A.P.R. 29 (C.A.), at para. 10, this court underscored the need for the moving party to comply with the requirements of rule 37.03(b) and urged motion judges to insist on compliance:

Lloyds' notice of motion does not identify which paragraph of subrule 23.01 it relies on, let alone the clause or subclause. Such a practice does not conform with the spirit nor the letter of rule 37.03(b). A motion should, by its terms, direct the court to the specific rule, paragraph, clause or subclause relied on. If the opposing party does not insist upon this, the motion judge should.

More recently, in *The Queen v. Jocelyne Moreau-Bérubé* [(1999), 217 N.B.R. (2d) 230], (9 August 1999) (N.B.C.A., in Chambers) (unreported) at p. 2, the importance of compliance with rule 37.03 was once again underscored:

[TRANSLATION] [The notice of motion] requires the moving party to state the precise order sought, the grounds to be argued, including a reference to the relevant statutory dispositions and rules. As well, it obligates the moving party to list the documentary evidence to be used at the hearing of the motion. Compliance with the rule that dictates the content of Notices of Motion, rule 37.03, compels the moving party to ensure that the court

has the requisite jurisdiction, to ponder the questions he wishes the court to answer, to refine his arguments and to clearly identify the result he wishes to secure.”

Needless to say, the Notice of Motion should clearly identify, by class and amount, the special damages for which an advance payment order is sought. [para. 50]

[Emphasis added.]

[6] The standard of proof for advance payments is on a balance of probabilities and a plaintiff will have met that standard if a motion judge is more than 50 per cent certain the defendant’s liability for the special damages will be established at trial (*Agnew* at para. 66).

[7] In this case, there is no breakdown by class and amount of the special damages for which the advance payment was sought, aside from the claim for past loss of income in the amount of \$67,820.00, and it is unknown whether that amount is net of income tax, or not.

[8] The record before this Court (approximately 1300 pages) included the pleadings, the record in the court below, medical reports, loss of income calculations, as well as correspondence between counsel. It is not disputed that Mr. Cogswell has a history of pre-existing health problems dating back several years. The issue of these pre-existing problems will undoubtedly be the subject of examination by the intended respondents.

[9] Mr. Cogswell’s chief complaint before this Court is that the judge conflated causation with disability, thereby committing an error of law or a palpable and overriding error of fact or mixed fact and law and he failed to properly apply the thin skull principle. He also asserts there were insufficient reasons given by the judge, he reversed the burden of proof and, notably, his application of the material contribution test and the *de minimus* principle, set out by the Supreme Court in *E.D.G. v. Hammer*, 2003 SCC 52, [2003] 2 S.C.R. 459, at paras. 28-32, was wrong.

[10] Rule 47.03(3) allows for an advance payment of special damages, particularly in cases where there is no issue concerning liability. It is a discretionary order. In *The Minister of Transportation and the Province of New Brunswick v. Carter's Country Store (1996) Ltd.*, 2017 NBCA 23, [2017] N.B.J. No. 174 (QL), this Court observed:

In *Leger*, Larlee J.A. concludes:

The use of the word “may” indicates that whether to make the order or not is a discretionary decision. This Court has repeatedly reiterated a discretionary order may be interfered with on appeal only if: the order is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles, or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence; or if the order is unreasonable in the sense that nothing in the record can justify it: *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, at para. 4; *Williamson et al. v. Gillis et al.*, 2011 NBCA 53, 374 N.B.R. (2d) 311, at paras. 13-15; *Shanks v. Shay et al.*, 2015 NBCA 2, [2015] N.B.J. No. 7 (QL), at para. 9; *The Estate of Caroline J. Higgins v. Arseneau*, 2014 NBCA 65, [2014] N.B.J. No. 283 (QL), at para. 40; *Grew v. Milemore Holdings, Fullerton et al.*, 2014 NBCA 33, 421 N.B.R. (2d) 316, at paras. 10-11; *Dr. D. Anthony Wade v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Health*, 2013 NBCA 55, 411 N.B.R. (2d) 207, at para. 19; *Sangster v. Sangster*, 2014 NBCA 14, 416 N.B.R. (2d) 397, at para. 3.

However, the criteria for exercising discretion are legal ones and their misapplication can raise questions of law alone that are subject to appellate review: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 43. [paras. 7-8]

The use of the word “may” in Rule 47, imports a discretionary authority, which will only be disturbed as noted (see also *Flieger v. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 N.B.R. (2d) 322, at para. 8).

[...]

In *Brunswick News Inc.*, Larlee J.A. observes a similar argument was advanced in *Smith* (as noted) where a conservative award pending trial was upheld on appeal. There, the Court acknowledged the assessment of an advance payment is a weighing exercise which requires a motion judge to take into consideration the “substantial possibility” the defence will find favour with the trial judge (para. 18). [paras. 18-19 and 22]

[11] The Court retains a residual discretion to refuse to grant leave. See *Breen v. MacIntosh et al.*, [2001] N.B.R. (2d) Uned. 59, [2001] N.B.J. No. 226 (C.A.) (QL); *Bransfield (S.) Ltd. v. Fletcher et al.* (2003), 258 N.B.R. (2d) 28, [2003] N.B.J. No. 29 (C.A.) (QL); and *D.L.T. v. J.A.M.* (2007), 322 N.B.R. (2d) 383, [2007] N.B.J. No. 347 (C.A.) (QL), at para. 7. Rule 62.03(4) is meant to be read with Rule 1.03(2) in mind. It should be “liberally construed to secure a just and inexpensive determination of the litigation on its merits.” (*Agnew*, at para. 35).

[12] In *Bransfield*, Drapeau J.A. iterates the discretion to grant leave should be exercised where it is the best use of judicial resources and in the best interests of justice. There is no obligation to grant leave, simply on the basis that one or more conditions under Rule 62.03(4) is met (paras. 16 and 22). I agree.

[13] In *Lewycky v. Exp Services Inc./Les Services Exp Inc.* (2014), 419 N.B.R. (2d) 366, [2014] N.B.J. No. 147 (C.A.) (QL), Richard J.A. (as he then was) stated the following: “While I may entertain some doubts as to the correctness of the quantum of the amounts the motion judge ordered [...] the equities of this case convince me that justice is best served by exercising my discretion not to grant leave to appeal. I exercise my discretion in this fashion because I am convinced this will secure the just, least expensive and most expeditious determination of these proceedings on their merits” (para. 6). Even if Mr. Cogswell has convinced me the motion judge’s decision was not correct, I am not convinced it was so flawed that leave to appeal should be granted (Rule 1.03(2)). It is my view the most expeditious and least expensive result is to dismiss the motion for leave, so that this case can be tried on its merits at the first available opportunity. The motion for leave to appeal is therefore dismissed.

[14] The motion judge ordered costs in the cause. Although Mr. Cogswell did not raise this issue in his Motion for Leave to Appeal, I repeat what this Court has often stated: costs should generally follow the event and not be ordered in the cause. See *Carter's Country Store*, at para. 28.

II. Disposition

[15] The motion for leave to appeal is dismissed with costs of \$1,500.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction

[1] Mark Cogswell sollicite l'autorisation d'interjeter appel de la décision du juge saisi de la motion de ne pas ordonner un paiement par anticipation en vertu de la règle 47 des *Règles de procédure*. Il soutient que je devrais lui accorder cette autorisation parce que la décision était incorrecte et soulevait des questions suffisamment importantes. Dans *Agnew c. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 R.N.-B. (2^e) 63, le juge d'appel Drapeau a déclaré que « la règle 62 doit recevoir une interprétation qui est fondée sur le bon sens et qui vise à favoriser l'utilisation la plus efficace possible des ressources judiciaires » (par. 35).

[2] Mark Cogswell a subi des blessures lorsque, le 25 juin 2017, son bateau a percuté un câble qui avait été laissé en travers du ruisseau Rusagonis par les intimées éventuelles. Par suite de l'accident, M. Cogswell a été incapable de travailler comme mécanicien, outre durant une journée.

[3] Les intimées éventuelles ont admis leur responsabilité à l'égard de l'accident; toutefois, la question de la gravité des blessures de M. Cogswell et leur origine demeurent en litige. Au moment de l'audience devant notre Cour, aucun interrogatoire préalable n'avait eu lieu, mais la date d'un interrogatoire préalable avait été fixée. Depuis l'accident, les intimées éventuelles ont gracieusement versé la somme de 25 000 \$ à M. Cogswell à titre de paiement par anticipation. M. Cogswell a déposé sa motion soutenant qu'il est incapable de travailler en raison de l'accident, qu'il a subi une perte de revenus et qu'il requiert une aide financière beaucoup plus substantielle.

[4] Dans sa motion, M. Cogswell formulait les demandes suivantes :

1. qu'un paiement par anticipation de 67 820 \$ soit accordé au demandeur pour sa perte actuelle de revenus en vertu de la règle 47.03(3) des *Règles de procédure*;
2. qu'un paiement par anticipation d'un montant à être déterminé par la Cour soit accordé au demandeur pour ses frais médicaux et ses frais de réadaptation;
3. qu'il soit ordonné aux défenderesses de payer au demandeur les dépens de la présente motion au montant de 2 000 \$, plus la TVH de 300 \$, et les débours au montant à être convenu ou déterminé, en vertu des règles 59.02a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k) et l), 59.03 et 59.09(1)a)(i), (ii) et (iii).

[5]

Dans *Agnew*, le juge d'appel Drapeau a écrit ce qui suit :

Cette demande est présentée par voie de motion conformément à la règle 37. Pour insister sur le fait que l'avis de motion doit nécessairement être conforme à la règle 37.03, je ne puis faire mieux que répéter les observations que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Waugh et al. c. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 391; 574 A.P.R. 391 (C.A.), aux paragraphes 12 et 13 :

Dans l'arrêt *Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 29; 523 A.P.R. 29 (C.A.), au paragraphe 10, notre Cour a insisté sur le fait qu'il est nécessaire que l'auteur de la motion se conforme aux exigences de la règle 37.03b) et a pressé tous les juges saisis d'une motion d'exiger le respect de cette règle :

L'avis de motion de *Lloyd's* ne précise pas quel paragraphe de la règle 23.01 elle invoque, sans parler de l'alinéa ou du sous-alinéa. Une telle façon de faire n'est conforme ni à l'esprit ni à la lettre de la règle 37.03b). La teneur de la motion devrait indiquer précisément au tribunal la règle, le paragraphe, l'alinéa ou le sous-alinéa invoqué. Si la partie adverse ne l'exige pas, le juge saisi de la motion devrait, lui, l'exiger.

Plus récemment, dans l'arrêt *Sa Majesté la Reine c. Jocelyne Moreau-Bérubé* [(1999), 217 N.B.R. (2d)

230], (daté du 9 août 1999) (C.A.N.-B., en cabinet) (inédit), à la page 2, la Cour a encore une fois souligné l'importance de la conformité avec la règle 37.03 :

[L'avis de motion] oblige le requérant à préciser l'ordonnance qu'il demande, les motifs à discuter ainsi que les renvois aux dispositions législatives, y compris les règles de procédure, qui sont pertinentes. Par ailleurs, il contraint le requérant à énumérer les preuves littérales qu'il a l'intention d'utiliser lors de l'audition de la motion. L'observation de la règle qui régit le contenu des Avis de motion, soit la règle 37.03, oblige le requérant à s'assurer de la compétence de la Cour, à réfléchir aux questions qu'il veut lui soumettre, à roder ses arguments et à bien cerner le résultat escompté.

Il va sans dire que l'avis de motion doit clairement mentionner, en en précisant la catégorie et le montant, les dommages-intérêts particuliers au titre desquels on sollicite un paiement anticipé. [par. 50 du R.N.-B.]

[Le soulignement est de moi.]

[6] La prépondérance des probabilités est la norme de preuve pour juger s'il y a lieu d'accorder un paiement par anticipation. Le demandeur aura satisfait à cette norme si le juge qui entend la motion est certain à plus de cinquante pour cent que la responsabilité du défendeur au titre des dommages-intérêts particuliers sera établie au procès (*Agnew*, au par. 66).

[7] En l'espèce, il n'y a aucune ventilation par catégorie et montant des dommages-intérêts particuliers (aussi appelés dommages-intérêts spéciaux) au titre desquels un paiement par anticipation est sollicité, outre la demande pour perte actuelle de revenus de 67 820 \$, et on ne sait pas si ce montant est, ou non, net de l'impôt sur le revenu.

[8] Le dossier dont notre Cour est saisie (environ 1 300 pages) comprend les plaidoiries, le dossier du tribunal d'instance inférieure, les rapports médicaux, des calculs de la perte de revenus, ainsi que la correspondance entre les avocats. Aucune contestation

n'a été soulevée quant au fait que M. Cogswell souffre de problèmes de santé préexistants depuis plusieurs années. La question de ces problèmes préexistants sera sans aucun doute l'objet de l'interrogatoire des intimées éventuelles.

[9] Devant notre Cour, M. Cogswell reproche principalement au juge saisi de la motion d'avoir confondu la causalité et l'incapacité, commettant par là des erreurs de droit manifestes et dominantes, et d'avoir omis d'appliquer correctement le principe de la vulnérabilité de la victime. Il soutient également que le juge n'a pas suffisamment motivé sa décision, qu'il a renversé le fardeau de la preuve, et, notamment, qu'il a erronément appliqué le critère de la contribution appréciable et le principe *de minimis*, énoncé par la Cour suprême dans *E.D.G. c. Hammer*, 2003 CSC 52, [2003] 2 R.C.S. 459, aux par. 28 à 32.

[10] La règle 47.03(3) autorise un paiement par anticipation de dommages-intérêts spéciaux, particulièrement dans les cas où aucune question ne se pose concernant la responsabilité. Il s'agit d'une ordonnance discrétionnaire. Dans *Le ministère des Transports et la Province du Nouveau-Brunswick c. Carter's Country Store (1996) Ltd.*, 2017 NBCA 23, [2017] A.N.-B. n° 174 (QL), notre Cour a formulé les observations suivantes :

Dans l'arrêt *Leger*, la juge d'appel Larlee conclut :

L'emploi du mot « peut » indique que la décision de rendre l'ordonnance ou non relève du pouvoir discrétionnaire [du juge]. Notre Cour a réaffirmé à plusieurs reprises qu'elle ne peut modifier une décision découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve, ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie : *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, au par. 4; *Williamson et autre c. Gillis et autre*, 2011 NBCA 53, 374 R.N.-B. (2^e) 311, aux par. 13 à 15; *Shanks c. Shay et autres*, 2015 NBCA 2, [2015]

A.N.-B. n° 7 (QL), au par. 9; *La succession de Caroline J. Higgins c. Arseneau*, 2014 NBCA 65, [2014] A.N.-B. n° 283 (QL), au par. 40; *Grew c. Milemore Holdings, Fullerton et autres*, 2014 NBCA 33, 421 R.N.-B. (2^e) 316, aux par. 10 et 11; *D^r D. Anthony Wade c. Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministère de la Santé*, 2013 NBCA 55, 411 R.N.-B. (2^e) 207, au par. 19; *Sangster c. Sangster*, 2014 NBCA 14, 416 R.N.-B. (2^e) 397, au par. 3.

Cependant, les critères régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire sont des critères juridiques et une erreur dans leur application peut soulever des questions de droit seulement, susceptibles de révision en appel : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, au par. 43. [par. 7 et 8]

L'emploi du mot « peut » à la règle 47 indique un pouvoir discrétionnaire, qui sera modifié seulement comme on vient de l'indiquer (voir aussi *Flieger c. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 R.N.-B. (2^e) 322, au par. 8).

[...]

Dans l'arrêt *Nouvelles Brunswick Inc.*, la juge d'appel Larlee fait remarquer qu'un argument semblable a été invoqué dans l'affaire *Smith* (arrêt précité), où un montant modeste accordé dans l'attente du procès a été confirmé en appel. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que l'évaluation d'un paiement par anticipation oblige le juge saisi de la motion à soupeser les facteurs en tenant compte du cas où il est « réellement possible » que le juge du procès accueille favorablement ce moyen de défense (par. 18). [par. 18, 19 et 22]

[11] La Cour conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'accorder l'autorisation d'appel. Voir *Breen c. MacIntosh et al.*, [2001] N.B.R. (2d) Uned. 59, [2001] A.N.-B. n° 226 (C.A.) (QL); *Bransfield (S.) Ltd. c. Fletcher et al.* (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 28, [2003] A.N.-B. n° 29 (C.A.) (QL); *D.L.T. c. J.A.M.* (2007), 322 R.N.-B. (2^e) 383, [2007] A.N.-B. n° 347 (C.A.) (QL), au par. 7. La règle 62.03(4) doit être interprétée en gardant à l'esprit la règle 1.03(2). Elle doit recevoir une « interprétation libérale afin

d'assurer la solution équitable et peu coûteuse de l'instance sur le fond » (*Agnew*, au par. 35).

[12] Dans l'arrêt *Bransfield*, le juge d'appel Drapeau a mentionné qu'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel lorsqu'il est utilisé dans l'intérêt supérieur des ressources judiciaires et dans l'intérêt supérieur de la justice. Il n'existe aucune obligation d'accorder l'autorisation d'appel simplement parce que l'une ou plusieurs des conditions énoncées à la règle 62.03(4) sont remplies (par. 16 et 22). Je suis du même avis.

[13] Dans *Lewycky c. Exp Services Inc./Les Services Exp Inc.* (2014), 419 R.N.-B. (2^e) 366, [2014] A.N.-B. n^o 147 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) a mentionné ceci : « Bien que je puisse entretenir certains doutes sur la justesse des montants de paiement anticipé qui ont été ordonnés par la juge saisie de la motion [...] les principes d'équité me convainquent que les intérêts de la justice seraient mieux servis si j'exerçais mon pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder l'autorisation d'appel. J'exerce mon pouvoir discrétionnaire de cette façon parce que je suis convaincu que cela assurera une solution équitable de la présente affaire sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. » (par. 6). Même si M. Cogswell m'a convaincue que la décision du juge saisi de la motion était incorrecte, je ne suis pas convaincue que la décision était à ce point viciée pour accorder l'autorisation d'appel (règle 1.03(2)). Je suis d'avis que la solution la plus expéditive et la moins coûteuse est de rejeter la motion en autorisation d'appel afin que la présente affaire puisse être jugée sur le fond à la première occasion. La motion en autorisation d'appel est par conséquent rejetée.

[14] Le juge saisi de la motion a accordé des dépens suivant l'issue de l'instance. Bien que M. Cogswell n'ait pas soulevé cette question dans sa motion en autorisation d'appel, je répète ce que notre Cour a souvent indiqué : les dépens devraient généralement suivre l'issue de la procédure et ne devraient pas être ordonnés suivant l'issue de l'instance. Voir l'arrêt *Carter's Country Store*, au par. 28.

II. Dispositif

[15] La Cour déboute l'appelant éventuel de son appel et le condamne à des dépens de 1 500 \$.