

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

106-10-CA

WELDON FURLOTTE

APPELLANT

- and -

MARIO ELWARD

RESPONDENT

Furlotte v. Elward, 2011 NBCA 95

CORAM:

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
July 26, 2010

History of Case:

Decision under appeal:  
2010 NBQB 247

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
June 14, 2011

Judgment rendered:  
October 20, 2011

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

Weldon Furlotte  
Appeared in person

WELDON FURLOTTE

APPELANT

- et -

MARIO ELWARD

INTIMÉ

Furlotte c. Elward, 2011 NBCA 95

CORAM :

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

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 26 juillet 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2010 NBBR 247

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
Le 14 juin 2011

Jugement rendu :  
Le 20 octobre 2011

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Weldon Furlotte  
a comparu en personne

For the respondent:  
Charles A. LeBlond, Q.C.

Pour l'intimé  
Charles A. LeBlond, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed. The cross-appeal is allowed with costs of \$3,000.

Rejette l'appel, accueille l'appel reconventionnel et accorde des dépens de 3 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE J.A.

[1] On July 9, 1997, the parties were involved in a motor vehicle accident. It was a minor one. The air bags did not deploy. The police were not called. Damage to both vehicles was minimal. The parties exchanged insurance and other pertinent information and drove away. The appellant, then a practicing lawyer, did not go to the hospital. He had no pain immediately after the accident; it developed a day or two following the accident. Nonetheless, the appellant, now retired from the legal profession, claimed at trial and on appeal he should be awarded damages in excess of \$4,000,000. While the respondent admitted liability, he has contested throughout the extent of the appellant's accident-related injuries and losses.

[2] In his decision, reported at 2010 NBQB 247, 362 N.B.R. (2d) 365, the trial judge, basing his findings on the evidence of various medical experts, granted judgment against the respondent in the amount of \$104,500. The appellant now seeks a new trial to increase the award of non-pecuniary general damages and to provide for additional awards under six other heads of damage, which the trial judge refused to allow. The respondent cross-appeals the trial judge's award for loss of valuable services.

I. The Position of the Parties

[3] The appellant has detailed his claim as follows:

- (1) Special damages: \$22,685.77, plus interest at 3% per annum for a total of \$31,306.36, as well as \$4,131.12 for the Blue Cross subrogation claim;
- (2) Future cost of care: \$301,810.00;
- (3) Past loss of valuable services: (Exhibit Book 2 Tab 5.1 \$30,265.00 x 12.61 years x 24.21% interest) \$474,037.04;

- (4) Future loss of valuable services \$194,695.00;
- (5) Past loss of income to the date of trial: \$1,373,831.00;
- (6) Future loss of income to age 75: \$248,499 x 6.433 – multiplier \$1,598,594.00; and
- (7) Non-pecuniary damages: the trial judge awarded \$30,000.00 in non-pecuniary damages for the whiplash injury suffered by the appellant. The appellant requests \$240,000.00 plus 7% interest from the date the action was filed, reflecting the amount he sought at trial.

[4]

The respondent's position is set out in the Statement of Defence:

As to the whole of the Statement of Claim, the Defendant says that the complaints of pain, if any, are the result of a long pre-existing history of pain involving the affected areas and the Defendant says that he has no liability to indemnify the Plaintiff in damages with respect to any of the said injuries and/or complaints of pain.

The Defendant further denies the Plaintiff has sustained any personal injuries as a result of this accident and says that any injuries alleged to have been sustained in this accident were pre-existing to the date of the accident [...] The Defendant says further that the Plaintiff's pre-existing condition arose from either physical injuries sustained prior to the accident or mental health problems pre-existing the accident or both.

The Defendant denies the Plaintiff is entitled to the remedies claimed [...] or to any other relief and puts the Plaintiff to the proof thereof. Specifically, the Defendant pleads sub-sections 265.3(1), 265.4(1), 265.5(1) of the *Insurance Act* and says further that the Plaintiff has failed to mitigate his damages, if any, by not following appropriate medical advice and treatment. Further, the Defendant says that the Plaintiff's damages, if any, are to be fully offset by any collateral benefits received by the Plaintiff.

## II. Grounds of Appeal and Cross-Appeal

[5] Although the appellant relies on ten grounds of appeal, five of them relate to the admissibility of medical evidence. The appellant alleges the trial judge erred in relying upon and considering the evidence of Dr. Michael G. Forsythe, Dr. Robert A. Forbes and Dr. John J. Milczarek, which the appellant says was neither credible nor reliable. The other grounds of appeal allege the trial judge :

- erred in law in considering that, because the vehicle the appellant was driving had minimal damage (\$2,000.00) and the airbags did not deploy, the appellant could not have suffered the injuries as submitted by witnesses called by the appellant, especially since there was no accident reconstruction evidence or biomechanics evidence given by experts to support such a finding of fact.
- made palpable and overriding errors in the assessment of the evidence by not addressing the pain disability the appellant suffers as a result of the right sacroiliac joint injury sustained in the accident.
- erred in law in making a premature decision by denying the appellant the opportunity to provide all admissible evidence and legal arguments supporting his claim for loss of investments in the middle of the trial.
- made a palpable and overriding error in the assessment of the evidence restricting the appellant's loss of income capacity to the age of 65 on a part-time basis of 7 months per year.

[6] In the cross-appeal, the respondent seeks to strike or reduce the trial judge's award for loss of valuable services.

### III. Standard of Review

[7] The appellant's grounds of appeal relate to findings of fact or inferences drawn from the facts. Therefore, the applicable standard of review is "palpable and overriding error". In *Wallace v. Thibodeau*, 2008 NBCA 78, 337 N.B.R. (2d) 342, Drapeau C.J.N.B. explains why an assessment of damages must stand unless it is palpably incorrect or wholly erroneous:

Absent a significant error of law (e.g. a failure to abide by legislative dictates), a significant principle-related mistake (e.g. a failure to follow settled common law rules) or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, the trial judge's assessment of damages must stand unless it is "palpably incorrect" or "wholly erroneous" (see *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, [2001] S.C.J. No. 56 (QL), 2001 SCC 58, para. 80, *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430, at p. 435, [1980] S.C.J. No. 82 (QL) and *Gerd'son v. Howe et al.* (2006), 308 N.B.R. (2d) 237, [2006] N.B.J. No. 562 (QL), 2006 NBCA 117, paras. 5 and 7). However, where one or more of the flaws mentioned above are established, it is incumbent upon the appeal court to perform or direct the assessment of damages called for by the evidence, the law and the governing principles (see *Belyea v. Hammond* (2000), 231 N.B.R. (2d) 305, [2000] N.B.J. No. 436 (QL), 2000 NBCA 41, para. 7, *Comeau v. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 N.B.R. (2d) 201, [2001] N.B.J. No. 450 (QL), 2001 NBCA 113, para. 85 (per Deschênes, J.A. for the Court) and *Vincent v. Abu-Bakare* (2003), 259 N.B.R. (2d) 66, [2003] N.B.J. No. 198 (QL), 2003 NBCA 42, para. 28). [para. 23]

[8] In *Sinclair v. Dines*, 2005 NBCA 15, 279 N.B.R. (2d) 227, Drapeau C.J.N.B. describes the non-interventionist role of this Court:

The standard of review on an appeal from an assessment of damages dictates non-intervention unless it is shown that there is no evidence to support the conclusion reached at trial, the trial judge misapprehended the pertinent evidence, a significant error in principle has tainted the trial judge's analysis, or the quantum itself is "wholly erroneous" or "palpably incorrect": *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don*

*Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, at para. 80 (per Binnie, J. for the Court) and *Comeau v. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 N.B.R. (2d) 201 (C.A.), at para. 102, (per Deschênes, J.A. for the Court). [para. 28]

[9] If findings of fact or inferences drawn from fact are clearly wrong, they may be set aside on appeal if they can be shown to have affected the result. The test is also met if the findings are unreasonable or unsupported by the evidence (see *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401). One thing is certain: if this Court is invited to retry the case and substitute its opinion for the one of the trial judge, it must decline (see *T.M.S. v. New Brunswick (Department of Social Development)*, 2009 NBCA 50, 347 N.B.R. (2d) 285 at para. 2).

#### IV. The Appeal

[10] The trial judge concluded, after a consideration of the voluminous written medical evidence put before him by consent of the parties and the oral testimony of these experts, the appellant had a pre-existing symptomatic degenerative disc disease of his lumbar spine, a condition which was unrelated to his accident in 1997 and thus made him fit into the “crumbling skull” category. The appellant also had an asymptomatic degenerative disease of the cervical spine. The judge found the accident increased the appellant’s pain for two years after the accident, and awarded damages accordingly.

[11] The trial judge made the following award of damages: \$30,000 for non-pecuniary general damages and \$74,500 for loss of valuable services plus legal interest on the \$74,500 and costs of \$7,375 plus provable disbursements. The underlying core finding is the following: as a result of the accident, the appellant suffered an aggravation of the pain symptoms he had experienced for 10 years, and this aggravation ceased 2 years post-accident. The nub of the decision in first instance is contained in the following paragraphs of the trial judge’s reasons for judgment:

[...] on July 9, 1997 Mr. Furlotte was injured in a minor accident. As a result of the accident, Mr. Furlotte suffered a whiplash injury which I would categorize as a minor whiplash of a category I type. Both Drs. Forsythe and Milczarek categorized Mr. Furlotte's whiplash as category I. Dr. Levesque categorized it as a category 2 but was of the view that normally a category 2 whiplash would resolve in six months to two years. Considering all of the medical evidence, I believe Mr. Furlotte's whiplash injury is closer to a category 1 than a category 2.

[...] prior to the July 9, 1997 accident, Mr. Furlotte suffered from a pre-existing condition -- degenerative disc disease. The whiplash injury was "superimposed on a pre-existing symptomatic degenerative disc disease of his lumbar spine". On a balance of probabilities, I believe the pain from the pre-existing condition was exacerbated by the July 9, 1997 accident. I take from the medical evidence that this pre-existing condition had, before the accident, developed into symptomatic spinal degenerative disease. This is confirmed in Drs. Mockler, Milczarek and Forsythe's reports.

While it is difficult to determine from the medical evidence, I am satisfied the accident of July 9, 1997 increased Mr. Furlotte's pain, I do not believe the evidence establishes that the accident caused any changes to his spine or his present medical condition.

Dr. Mockler states that he would; "at the very most ... attribute no more than 50% of his current problems to the motor vehicle accident ...". Dr. Forbes was of the opinion that 30%-50% of Mr. Furlotte's present problems being attributed to the accident would be generous. Dr. Forsythe was of the opinion that the accident added 30% more pain which had subsided by July 2003. Dr. Milczarek was of the view that the accident may have exacerbated the pain for approximately 2 years but the problems of not being able to work, sit, stand or walk for any reasonable amount of time is typical of spinal degenerative disease. After considering all of this evidence, I believe that the accident caused Mr. Furlotte's additional pain for a period of two years and that is all it caused.

Therefore, to summarize, I accept the medical opinion of Drs. Forbes, Forsythe and Milczarek and accept that Mr.

Furlotte's pre-existing pain condition was exacerbated by the accident. I accept Dr. Mockler's opinion that the accident aggravated Mr. Furlotte's pre-existing condition by elevating his pain for a period of time. I accept Dr. Mockler's opinion that it was not necessary for Mr. Furlotte to give up his legal career and he could have been taught coping skills which would have permitted him to continue to work. Finally, Dr. Levesque confirms that Mr. Furlotte's low back condition "has regressed consistently with residual disabling symptomatology" which I believe is consistent with the other medical evidence.

Finally, as I review the evidence, I believe Mr. Furlotte considered retiring at or before the time of the accident. He had reduced his case load and devolved most of his clients prior to the accident. I accept that following this period he did explore and act upon the part-time situation with his brother in Goose Bay. That being said, with his habit of taking winter vacations, I do not believe Mr. Furlotte intended to continue his legal career for any appreciable period of time. In my opinion the accident did not cause his retirement from the law.

#### CRUMBLING SKULL OR THIN SKULL

It is well accepted that an injured party should not be put in a better position than his original position before the accident. As *Athey v. Leonati* said at paragraphs 32, 34 and 35 (see paragraph 78 of these reasons), the court must assess what Mr. Furlotte's "original position" was and then determine the "injured position". Those paragraphs also define Thin Skull and Crumbling Skull. In *Wallace v. Thibodeau, Drapeau, C.J.* set out the distinction at paragraph 47 (see paragraph 83 of these reasons). In defining thin skull situations, the Chief Justice says; "[t]hat principle pins liability on the wrongdoer for all of the proximate by-products of the injuries and losses he or she caused even if they turn out to be more significant than anticipated due to some abnormal features of the victim's bodily make-up. Later on in the same paragraph, the Chief Justice defines crumbling skull; "it typically finds application where the wrong precipitates the onset of or aggravates problems associated with a degenerating condition that is unrelated to the wrong."

I have set out the medical evidence before the Court and I am satisfied that Mr. Furlotte had a pre-existing degenerating condition which was unrelated to the accident in 1997. This condition was "pre-existing symptomatic degenerative disc disease of his lumbar spine". I am satisfied from the medical evidence that this pre-existing degenerative disc disease did, prior to the accident and would have in the future, continue to worsen resulting in daily chronic low back pain. I am therefore satisfied by the medical opinion evidence that on a balance of probabilities Mr. Furlotte falls within the definition of "Crumbling Skull". I am further satisfied the accident aggravated this condition for a period of time by increasing Mr. Furlotte's pain for two to three years following the accident. Although it is difficult to conclude a precise time period, I accept Dr. Levesque's comments that usually this type of soft tissue injury lasts from six months to two years. Dr. Forsythe was of the view that the pain was over on or before 2003. Dr. Forbes stated his pain levels reduced to pre-accident. Dr. Milczarek was of the opinion that the pain associated with the accident would last less than two years. However, I am also satisfied that Mr. Furlotte would have, at a similar time, suffered the chronic pain he is presently suffering. I acknowledge that there is a nuance between the words aggravate and exacerbate. In my opinion, the accident exacerbated Mr. Furlotte's pain. In any event, I am of the view that the July 1997 accident did not make Mr. Furlotte's degenerative disc disease worse, it only increased his pain for a period of time which I find to be two years. [paras. 86-93]

[12] The following experts were called by the appellant: Dr. Forbes, the appellant's family physician from 1986 to 2009; Dr. Mockler, an expert in chronic pain, who gave opinion evidence in the assessment, treatment and management of chronic pain; Pierre Levesque, an expert in chiropractic sciences and assessment and treatment of the musculoskeletal system; Jamey Monteith, physiotherapist. The respondent called two experts: Dr. Forsythe and Dr. Milczarek. Dr. Forsythe's expertise is in the field of orthopedics with respect to diagnosis, treatment and prognosis of musculoskeletal conditions. He was first retained by the appellant's original lawyer and gave his first report to him on June 1, 2001. Dr. Milczarek's expertise relates to the diagnosis, treatment and prognosis of musculoskeletal injury. A review of the record indicates there

were absolutely no objections at trial on the part of the appellant regarding the qualifications of the expert medical witnesses. Furthermore, there were no objections alleging the medical experts were giving evidence which they were not qualified to give or that exceeded the scope of the evidence they were qualified to give.

[13] In this regard the following passage from Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>rd</sup> ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009) at 822-823 is instructive:

If no objection is raised before the expert testifies in relation to a substantive issue, then any cross-examination as to the expert's qualifications goes only to weight, not to the admissibility of the witness' testimony (see *Prepper v. R.* (1888), 15 S.C.R. 401 at 408; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223 at 224). Once the trial judge rules that a person has the requisite qualifications and expertise to provide opinion evidence in relation to a material issue in dispute, the extent of the expert's accomplishments, experience and recognition by her or his peers, the focus of study within a particular field and the manner of presenting her evidence are matters of weight for the trier of fact (see *R. v. Fisher* [2003] S.J. No. 597, at para. 19 (Sask. C.A.); *McLean (Litigation Guardian of) v. Seisel* (2004), 182 O.A.C. 122, at 102-113 (Ont. C.A.)).

Opposing counsel has an obligation to object if the witness testifies beyond her or his purported area of expertise. If opposing counsel objects, the trial judge has a discretion to permit the party producing the witness an opportunity to further qualify the expert. In the absence of an objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has the expertise in the subject matter does not mean the witness' evidence should be ignored. Failure by counsel to object to the expert's qualifications at an early stage is only a bar to a subsequent objection where the witness stays within her or his purported area of expertise. This situation should be distinguished from the case where an expert testifies beyond her or his field of expertise. If it is shown that the witness does not have the necessary expertise, it is immaterial that no challenge was made at the time that the witness was qualified and the trial judge should direct the fact finder to disregard the expert's opinion. In these circumstances, the admission of opinion evidence outside

the witness' expertise without a proper direction of a trial judge may constitute appealable error: See *MacIntyre v. Cape Breton District Health Authority* [2011] N.S.J. No. 19; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223 at, 250; *R. v. Millar*, [1989] O.J. No. 829 (Ont. C.A.). [para. 87]

[14] To reiterate, in the present case, all the experts and their qualifications were agreed upon by consent of both parties. There was no objection at the outset as to the witnesses' expertise, no assertion during their testimony that they did not possess expertise to testify in the area, and no suggestion that they were testifying outside the scope of their expertise. There was abundant evidence to adequately support the factual background against which the medical experts expressed their opinion. The experts were qualified to give the opinions they gave. Therefore, with respect to the award of pecuniary and non-pecuniary damages, given the heavy onus on the appellant with respect to the standard of review, the deference owed to the trial judge and the available evidence at trial, I am of the opinion there is no basis for intervention in the appellant's favor. There was evidence on which the trial judge could reasonably find as he did and I am not prepared to interfere with his findings, except in one respect, which is targeted by the cross-appeal.

[15] The other grounds of appeal are without merit. This was a minor accident. Since the police were not called, there was no reconstruction of the accident. The trial judge considered all of the evidence in coming to a decision, and the appellant conceded at the hearing before us that there would be no basis for his claim for loss of investments if we were to find the trial judge made no reversible error with respect to the finding that, at best, his claim was for increased pain for a period of two years post-accident.

#### V. The Cross-Appeal

[16] As a general rule, a claim for loss of capacity to perform valuable services should be allowed as special damages (for the pre-trial period) only if the plaintiff establishes on a balance of probabilities: (1) he or she was disabled by an accident-related

condition from performing the task for which a claim is made; (2) but for the accident, the plaintiff would have performed the task in question; and (3) what it would have cost to have a professional service provider perform the task (see *Fobel v. Dean*, [1991] S.J. No. 374 (C.A.) (QL), endorsed by this Court in *Boucher v. Doiron*, 2000 NBCA 18, 230 N.B.R. (2d) 247). Generally speaking, it makes no difference that the task was not performed, or that it was performed *gratis* or at a special discount rate by a family member or a friend. The award is designed to fairly compensate the plaintiff for his or her loss of capacity to perform the task in question.

[17] In the present case, the trial judge did not make an express finding that the two first conditions had been established by the appellant. However, this trial judge is very experienced in this type of case and his decision must be read as a whole. That approach reveals the trial judge understood what the applicable test was and he and the lawyers involved knew the claim for loss of valuable services could only succeed if their performance was prevented by the accident-related increase in pain experienced during the two years post-accident. In my view, the trial judge could find the accident caused the appellant's incapacity to perform certain tasks during the two years following its occurrence.

[18] In fact, the respondent conceded the following point in his post-trial brief:

To be consistent with the entitlement to general damages for any pain associated with symptoms caused by the July 1997 accident, the defendant acknowledges that there would be a concurrent claim for loss of valuable services for no more than two years following the date of the accident.

On this issue, the trial judge considered the evidence of Linda Stanley, declared an expert in the cost of care and valuable services by consent of the parties. She identified the services the appellant was incapable of performing post-accident: housecleaning, grocery shopping, interior house painting, wood stacking or splitting tending to wood stove, repairs/maintenance, snow removal, exterior house painting, lawn mowing, chimney

cleaning, spring/fall clean up, car maintenance and car cleaning. Ms. Stanley quantified the appellant's loss at 2.58 hours a day after consultation with him.

[19] The evidence presented at trial speaks to two scenarios in the evaluation of the loss of valuable services, without expressing support for one over the other. The first quantified the cost of substitute services by reference to annual rates provided by Human Resource Development (Statistics Canada) (\$11,448), while the second was based on the average local business rates (\$30,265). The former represents the average cost of a professional non-corporate service provider. The latter is an average of three quotes provided by local professional corporate service providers. The issue is this: would the plaintiff have performed the tasks that he was incapacitated from performing as a result of the accident? If the answer is yes, then the issue is simply: what evidence did the judge have to settle upon the more expensive of the two options? As mentioned, the plaintiff's loss of capacity to perform those tasks must be compensated on the replacement cost model, and it matters not that he does not have to pay for the services because his family and friends have been good enough to perform those tasks for free. It is not a matter of making an award in trust for the service provider; it is a matter of compensating the plaintiff for his or her loss of capacity.

[20] This modern and model approach is established in *Boucher v. Doiron* where Drapeau J.A., as he then was, stated "the most practical approach is one that views replacement cost as the valuation standard in the absence of evidence making it inappropriate in the particular case before the court" (para. 30) (see *Milliard v. Mescheau et al.*, 2006 NBQB 385, 306 N.B.R. (2d) 201, aff'd 2007 NBCA 37, 315 N.B.R. (2d) 190, where Cyr J. applied *Boucher v. Doiron* and retained hourly wages as the measure of past loss of homemaking capacity).

[21] In *Smith v. Agnew*, 2001 NBCA 83, 240 N.B.R. (2d) 63, this Court explained when special damages may be awarded at trial:

As a general rule, special damages will not be awarded at trial unless particulars have been pleaded or provided in a

Statement of Particulars. Rule 27.06(10) of the Rules of Court provides that particulars of damages must be pleaded to the extent that they are known. It also enjoins the party seeking relief to file and serve particulars of damages forthwith after they become known and, in any event, no later than the date of entry for trial. See *Myshrall v. Vu* (1994), 156 N.B.R. (2d) 241 (Q.B., Stevenson, J.), at para. 39. [para. 5]

If that step is satisfied then the trial judge must go on to decide whether the evidence adduced by the parties establishes the defendant's liability for the special damages on a balance of probabilities (see *Scott v. Renton et al.* (1999), 215 N.B.R. (2d) 263, [1999] N.B.J. No. 306 (C.A.) (QL) at para. 45). I note Professor Cooper-Stephenson's view that "if a commercial housemaid or homemaker's service will have to be used, the compensatory principle requires reference to commercial rates" even though a market replacement cost may have an element of administrative overhead and profit (see Ken Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada*, 2d ed., (Toronto: Carswell, 1996) at 328). There was no evidence in the present case that the services of a corporate service provider were required.

[22] The appellant did not hire a corporate service provider and, therefore, there is no evidence on which the trial judge could move from the lower to the higher rate. It is noteworthy that Jessie Gmeiner, qualified by consent as an expert in the field of actuarial science, used \$10,000 a year as a working hypothesis to calculate the appellant's loss of valuable services. That accords generally with the Human Resource Development (Statistics Canada) rates of \$11,448. It is not clear why the trial judge did not accept that figure in this case. He states:

Ms. Gmeiner used the report of Linda Stanley to make this calculation. Ms. Stanley had arrived at a figure of \$11,448.52 or \$30,265.15 under Category 4. Ms. Gmeiner made adjustments and considered the interest effect on \$10,000.00 from the date of the accident. She applied an interest factor of 24.21% on the amount of past loss. If I use the same method and allow \$30,000.00 per year, as suggested by Ms. Stanley for two years, it results in the

following  $\$60,000.00 + 14,526.00$  ( $60,000.00 \times 24.21\%$ ) =  
 $\$74,526.00$  rounded to  $\$74,500.00$ . [para. 103]

[23] There is not a scintilla of evidence that the lower cost scenario was unrealistic and would somehow have shortchanged the appellant. Quite the contrary, the expert evidence was that the services at issue could have been performed by a non-corporate professional service provider at the cost of \$11,448 or by a corporate service provider at the higher cost of \$30,265. There was no evidence that the latter would have provided a better service than the less expensive non-corporate service provider.

[24] The indisputable fact is that the appellant established the services for which a claim was made could have been competently performed for \$11,448. On the uncontradicted evidence adduced by the appellant, the award in excess of this amount constitutes a windfall, and cannot be sustained even by application of the most deferential standard of review.

[25] Therefore, I am of the view the trial judge fell into error in accepting the higher rate where there was no evidence upon which he could conclude the Human Resource Development rates were not reasonable. I would substitute the lower annual rate of \$11,448 for the higher one he used of \$30,265.15. That would result in an award of  $\$11,448 \times 2$  or  $\$22,896 \times 24.21\% = \$28,439$ , rounded to \$28,500.

## VI. Disposition

[26] I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal. In the result, I would vary the award for loss of valuable services and the award of costs made at trial. The appellant was entitled at trial to damages in the amount of \$58,500. He was also entitled to costs at trial based on an “amount involved” of \$60,000, applying Scale 3, Tariff A, Rule 59, which I would fix at \$5,375.

[27] The respondent is entitled to costs in this Court. There was an overlap of issues on the appeal and cross-appeal so I would award costs of \$3,000 for both. In that

regard, it should be noted that counsel for the respondent conceded it was not more onerous to refute the arguments raised on the appeal whether it was a \$4 million claim or a \$60,000 claim.

LA JUGE D'APPEL LARLEE

[1] Le 9 juillet 1997, les parties ont eu un accident de la route. L'accrochage était sans gravité. Les coussins gonflables ne se sont pas déployés et la police n'a pas été appelée sur les lieux. Les deux véhicules étaient à peine endommagés. Après avoir échangé des preuves d'assurance et les autres renseignements pertinents, les parties ont repris la route. L'appelant, qui exerçait la profession d'avocat à l'époque, ne s'est pas rendu à l'hôpital. Il n'a pas éprouvé de douleur immédiatement après l'accident; elle s'est manifestée un jour ou deux plus tard. Néanmoins, l'appelant, aujourd'hui retraité, a soutenu au procès et lors de l'audience d'appel que des dommages-intérêts de plus de 4 000 000 \$ devaient lui être accordés. Encore que l'intimé admette sa responsabilité, il conteste depuis le début l'importance du préjudice et des pertes de l'appelant imputables à l'accident.

[2] Le juge du procès, dont les conclusions prenaient appui sur la preuve d'experts médicaux divers, a condamné l'intimé à des dommages-intérêts de 104 500 \$ (2010 NBBR 247, 362 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 365). L'appelant demande un nouveau procès par lequel il souhaite obtenir une somme plus élevée au titre des dommages généraux non pécuniaires, ainsi que des indemnités supplémentaires au titre des dommages de six autres catégories, indemnités que le juge du procès lui a refusées. L'intimé conteste par appel reconventionnel les dommages-intérêts octroyés pour perte de services utiles.

I. Thèses des parties

[3] L'appelant articule comme suit les dommages dont il demande réparation :

- (1) Dommages particuliers : 22 685,77 \$ et des intérêts de 3 % par année, soit au total 31 306,36 \$, et 4 131,12 \$ pour la demande d'indemnité en subrogation de la Croix Bleue;

- (2) coût futur des soins : 301 810 \$;
- (3) perte passée de services utiles : 474 037,04 \$ (cahier de pièces 2, onglet 5.1 : 30 265 \$ x 12,61 années, et taux de 24,21 %);
- (4) perte future de services utiles : 194 695 \$;
- (5) perte actuelle de revenus, date du procès : 1 373 831 \$;
- (6) perte future de revenus, jusqu'à soixante-quinze ans : 248 499 \$ x 6,433 = 1 598 594 \$;
- (7) dommages non pécuniaires : le juge du procès a accordé 30 000 \$ à l'appelant pour le coup de fouet cervical qu'il avait subi. L'appelant demande 240 000 \$, ainsi que des intérêts de 7%, courus à compter du dépôt de l'action, ce qui correspond au montant réclamé au procès.

[4] La thèse de l'intimé est énoncée dans l'exposé de la défense :

Face à l'ensemble de l'exposé de la demande, le défendeur soutient que la douleur dont le demandeur peut faire état est la suite de longs antécédents de douleur dans les régions atteintes, et affirme ne pas être responsable d'indemniser le demandeur en dommages-intérêts pour ces lésions ou pour la douleur dont il fait état.

En outre, le défendeur conteste que le demandeur ait subi des lésions corporelles lors de cet accident et affirme que les lésions qui auraient été subies à ce moment-là sont en fait préexistantes [...] Le défendeur ajoute que les ennuis de santé préexistants du demandeur proviennent de lésions physiques ou de problèmes de santé mentale antérieurs à l'accident.

Le défendeur conteste que le demandeur ait droit aux réparations réclamées [...] ou à quelque autre réparation, et somme le demandeur de prouver le bien-fondé de ses prétentions. Plus précisément, le défendeur plaide les par. 265.3(1), 265.4(1) et 265.5(1) de la *Loi sur les assurances* et fait valoir que le demandeur a manqué à

l'atténuation de ses éventuels dommages en ne suivant pas les conseils et les traitements médicaux appropriés. Il ajoute que les dommages-intérêts, s'il en est, doivent être réduits de toute indemnité accessoire reçue par le demandeur.

## II. Moyens de l'appel et de l'appel reconventionnel

[5] Quoique dix moyens d'appel soient formulés, cinq d'entre eux contestent l'admissibilité de preuve médicale. L'appelant soutient que le juge du procès a fait erreur lorsqu'il a pris en considération la preuve des D<sup>rs</sup> Michael G. Forsythe, Robert A. Forbes et John J. Milczarek, et qu'il s'y est fié. Il affirme que cette preuve n'était ni crédible ni fiable. Les autres moyens d'appel avancent que le juge du procès :

- a commis une erreur de droit lorsqu'il a supposé que, puisque les dommages occasionnés au véhicule que conduisait l'appelant avaient été minimes (2 000 \$) et que les coussins gonflables ne s'étaient pas déployés, l'appelant ne pouvait avoir subi les lésions dont ses témoins faisaient état, erreur commise notamment parce qu'aucun expert n'a apporté de preuve par reconstitution d'accident ou de preuve biomécanique à l'appui de cette conclusion de fait;
- a commis des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation de la preuve, du fait qu'il n'a pas tenu compte de l'incapacité due à la douleur dont l'appelant est frappé par suite de la lésion à l'articulation sacro-iliaque droite subie lors de l'accident;
- a commis une erreur de droit en prenant une décision prématurée, du fait de son refus de donner à l'appelant la possibilité de présenter en entier les arguments juridiques et les éléments de preuve admissibles à l'appui de sa demande d'indemnisation pour perte de placements au milieu du procès;

- a commis une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve, du fait qu'il a limité à l'âge de soixante-cinq ans, et à une activité partielle de sept mois par année, la perte de capacité de gagner un revenu de l'appelant.

[6] Par son appel reconventionnel, l'intimé souhaite obtenir l'annulation ou la réduction des dommages-intérêts accordés pour perte de services utiles.

### III. Norme de contrôle

[7] Les moyens d'appel attaquent des conclusions de fait ou des inférences tirées de faits. La norme de contrôle applicable est donc celle de l'« erreur manifeste et dominante ». Dans l'arrêt *Wallace c. Thibodeau*, 2008 NBCA 78, 337 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 342, le juge en chef Drapeau explique pourquoi il n'y a lieu de modifier l'évaluation des dommages-intérêts que si elle est manifestement « incorrecte » ou entachée d'une « erreur sérieuse » :

À défaut d'une erreur de droit grave (par exemple, l'omission de respecter les volontés du législateur), d'une erreur importante liée à un principe (par exemple, l'omission de respecter des règles de common law bien établies) ou d'une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de la preuve, il n'y a lieu de modifier l'évaluation des dommages-intérêts établie par le juge du procès que si elle est « manifestement incorrecte » ou entachée d'une « erreur sérieuse » (voir *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, [2001] A.C.S. n° 56 (QL), 2001 CSC 58, par. 80, *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430, à la p. 435, [1980] A.C.S. n° 82 (QL) et *Gerd'son c. Howe et al.* (2006), 308 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 237, [2006] A.N.-B. n° 562 (QL), 2006 NBCA 117, aux par. 5 et 7). Cependant, lorsque l'existence d'un ou de plusieurs des vices susmentionnés est établie, il incombe au tribunal d'appel d'effectuer lui-même ou d'ordonner l'évaluation des dommages-intérêts que justifient la preuve, le droit et les principes directeurs (voir *Belyea c. Hammond* (2000), 231 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 305, [2000] A.N.-B. n° 436 (QL), 2000 NBCA 41, par. 7, *Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201,

[2001] A.N.-B. n° 450 (QL), 2001 NBCA 113, par. 85 (le juge d'appel Deschênes, au nom de la Cour) et *Vincent c. Abu-Bakare* (2003), 259 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 66, [2003] A.N.-B. n° 198 (QL), 2003 NBCA 42, par. 28). [Par. 23.]

[8] Dans *Sinclair c. Dines*, 2005 NBCA 15, 279 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 227, le juge en chef Drapeau rappelle que le rôle de notre Cour est un rôle de non-intervention :

La norme de contrôle ou de révision en appel d'une évaluation des dommages-intérêts prescrit qu'il ne faut pas intervenir à moins qu'il ne soit démontré qu'il n'existe aucune preuve appuyant la conclusion tirée au procès, que le juge du procès a mal apprécié la preuve pertinente, qu'une importante erreur de principe a vicié l'analyse du juge du procès ou que le montant lui-même est entaché d'une « erreur sérieuse » ou est « manifestement incorrect » : voir *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, au paragraphe 80 (le juge Binnie s'exprimant au nom de la Cour), et *Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201 (C.A.), au paragraphe 102 (le juge Deschênes s'exprimant au nom de la Cour). [Par. 28.]

[9] Des conclusions de fait ou des inférences tirées de faits qui se révèlent manifestement erronées peuvent être invalidées en appel s'il est établi que ces erreurs ont joué dans la décision. Des conclusions déraisonnables ou non étayées par la preuve satisfont au critère également (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401). Une chose est sûre : si notre Cour est priée de juger l'affaire de nouveau et de substituer son opinion à celle du juge de première instance, elle doit s'y refuser (*T.M.S. et J.C. c. Ministère du Développement social (auparavant la Ministre des Services familiaux et communautaires)*, 2009 NBCA 50, 347 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 285, par. 2).

#### IV. L'appel

[10] Le juge du procès a conclu, après avoir examiné la volumineuse preuve médicale écrite qui lui avait été soumise du consentement des parties et pris en compte la preuve orale des experts en question, que l'appelant souffrait de discopathie dégénérative

symptomatique de la colonne lombaire, mal préexistant qui n'était pas lié à son accident de 1997, et qu'il entraînait, de ce fait, dans la catégorie des victimes frappées d'un « état dégénéréscant ». L'appelant présentait aussi une affection dégénérative asymptomatique de la colonne cervicale. Le juge a conclu que l'accident s'était traduit par deux années de douleur accrue et il a accordé des dommages-intérêts en conséquence.

[11] Le juge du procès a accordé les dommages-intérêts suivants : 30 000 \$, pour dommages généraux non pécuniaires, et 74 500 \$ pour perte de services utiles, sommes auxquelles se sont ajoutés l'intérêt légal couru sur les 74 500 \$, des dépens de 7 375 \$ et les débours justifiables. La conclusion fondamentale de son jugement est la suivante : en raison de l'accident, les symptômes de douleur avec lesquels l'appelant composait depuis dix ans se sont aggravés, et cette aggravation a cessé deux ans après l'accident. Les paragraphes suivants des motifs du juge du procès portent l'essentiel du jugement de première instance :

[TRADUCTION]

[L]ors d'un accrochage, le 9 juillet 1997, M<sup>e</sup> Furlotte a été blessé. Il a subi à ce moment-là un coup de fouet cervical que je qualifierais de faible : un coup de fouet cervical de catégorie 1. Les D<sup>rs</sup> Forsythe et Milczarek l'ont tous deux classé dans la catégorie 1. M. Levesque le classe dans la catégorie 2, mais estime qu'il aurait fallu normalement de six mois à deux ans pour qu'un coup de fouet cervical de catégorie 2 disparaisse. Toute la preuve médicale pesée, je crois que le coup de fouet cervical qu'a subi M<sup>e</sup> Furlotte appartient plutôt à la catégorie 1 qu'à la catégorie 2.

[A]vant l'accident du 9 juillet 1997, M<sup>e</sup> Furlotte souffrait d'une discopathie dégénérative. Le coup de fouet cervical est venu s'ajouter [TRADUCTION] « à une discopathie dégénérative symptomatique préexistante de la colonne lombaire ». J'estime, par prépondérance des probabilités, que la douleur attribuable à l'affection préexistante s'est trouvée exacerbée par l'accident du 9 juillet 1997. La preuve médicale me semble indiquer que ce mal préexistant était devenu, avant l'accident, une affection dégénérative symptomatique de la colonne vertébrale. Les rapports des D<sup>rs</sup> Mockler, Milczarek et Forsythe vont dans ce sens.

S'il est difficile d'en juger d'après la preuve médicale, je suis néanmoins convaincu que l'accident du 9 juillet 1997 a eu pour effet d'aviver la douleur de M<sup>e</sup> Furlotte, mais la preuve n'établit pas, à mon avis, qu'une altération de sa colonne vertébrale ou de son état de santé actuel soit attribuable à l'accident.

Le D<sup>r</sup> Mockler attribuerait [TRADUCTION] « tout au plus 50 % [des] problèmes actuels [de M<sup>e</sup> Furlotte] à l'accident de véhicule à moteur ». Le D<sup>r</sup> Forbes estime qu'attribuer une proportion de 30 % à 50 % des problèmes actuels de M<sup>e</sup> Furlotte à l'accident serait généreux. Le D<sup>r</sup> Forsythe juge que l'accident a amené un surcroît de douleur de 30 %, laquelle s'était atténuée en juillet 2003. Le D<sup>r</sup> Milczarek indique que l'accident pourrait avoir exacerbé la douleur quelque deux ans, mais que l'incapacité de travailler, de demeurer assis, de se tenir debout ou de marcher très longtemps caractérise les affections dégénératives de la colonne vertébrale. Toute cette preuve pesée, il m'apparaît que l'accident a causé à M<sup>e</sup> Furlotte une douleur accrue pendant deux ans, et n'a rien causé d'autre.

Pour résumer, donc, je fais mienne l'opinion médicale des D<sup>rs</sup> Forbes, Forsythe et Milczarek, et estime, comme eux, que l'accident est venu exacerber la douleur préexistante de M<sup>e</sup> Furlotte. Comme le D<sup>r</sup> Mockler, j'estime que l'accident a aggravé les ennuis de santé préexistants de M<sup>e</sup> Furlotte en avivant sa douleur un certain temps. Comme le D<sup>r</sup> Mockler, de même, je suis d'avis que M<sup>e</sup> Furlotte n'avait pas à renoncer à sa carrière d'avocat et que des stratégies d'adaptation auraient pu lui être enseignées qui lui auraient permis de continuer à travailler. Par ailleurs, M. Levesque constate que les problèmes lombaires de M<sup>e</sup> Furlotte ont [TRADUCTION] « constamment régressé et [que] des symptômes résiduels invalidants subsistent », ce qui, je crois, s'accorde avec le reste de la preuve médicale.

Enfin, à considérer la preuve, je suis porté à croire que M<sup>e</sup> Furlotte songeait à la retraite à l'époque de l'accident, ou depuis quelque temps déjà. Il avait allégé sa charge de travail et transféré la plupart de ses clients. Je crois vrai que, après cette période, M<sup>e</sup> Furlotte a réfléchi, puis donné suite au projet d'une collaboration à temps partiel avec son frère à Goose Bay. Cela dit, vu les vacances d'hiver qu'il

avait l'habitude de prendre, je ne crois pas que M<sup>e</sup> Furlotte ait eu l'intention de poursuivre sa carrière juridique encore longtemps. À mon avis, il n'a pas abandonné l'exercice du droit à cause de l'accident.

#### ÉTAT DÉGÉNÉRESCENT OU VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME

Il est admis qu'une partie lésée ne doit pas être rétablie dans une situation qui serait meilleure que sa situation originale, que sa situation d'avant l'accident. Suivant les par. 32, 34 et 35 d'*Athey c. Leonati* (voir le par. 78 des présents motifs), il incombe à la Cour d'évaluer ce qu'était la « situation originale » de M<sup>e</sup> Furlotte et de déterminer ensuite quelle est la « situation après le préjudice ». Ces paragraphes énoncent aussi la doctrine de la vulnérabilité de la victime. Au par. 47 de *Wallace c. Thibodeau*, le juge en chef Drapeau a distingué état dégénéscent et vulnérabilité de la victime (voir le par. 83 des présents motifs). À propos du principe de la vulnérabilité de la victime, le juge en chef a indiqué ce qui suit : « Ce principe rend le transgresseur responsable des conséquences immédiates des préjudices ou pertes qu'il a causés, et ce même s'ils se révèlent plus importants que prévu en raison d'une anomalie corporelle de la victime. » Puis, au même paragraphe, le juge en chef explique la règle de l'état dégénéscent de la victime : « [E]lle trouve habituellement son application lorsque la transgression entraîne le déclenchement ou l'aggravation de problèmes associés avec un état *dégénéscent* qui n'est pas lié à la transgression. »

J'ai fait état de la preuve médicale présentée à la Cour. Je suis convaincu que M<sup>e</sup> Furlotte souffrait d'une affection dégénérative préexistante qui n'est pas liée à l'accident de 1997. Il souffrait en l'occurrence d'une [TRADUCTION] « discopathie dégénérative symptomatique préexistante de la colonne lombaire ». La preuve médicale me convainc que cette discopathie dégénérative préexistante avait bel et bien continué d'empirer avant l'accident, qu'elle aurait vraisemblablement continué d'empirer par la suite, et qu'il en serait résulté une lombalgie chronique et une douleur quotidienne. La preuve d'opinion médicale me convainc donc, par prépondérance des probabilités, que le cas de M<sup>e</sup> Furlotte répond à la définition d'« état dégénéscent ». Je suis convaincu, également, que l'accident a entraîné

quelque temps une aggravation des ennuis de santé de M<sup>e</sup> Furlotte, par une accentuation de sa douleur qui a duré deux ou trois ans après l'accident. Bien qu'il soit difficile d'arrêter une durée précise, je me rends aux observations de M. Levesque, qui a indiqué que ce type de lésion aux tissus mous subsiste habituellement de six mois à deux ans. Le D<sup>r</sup> Forsythe estimait que la douleur avait disparu au plus tard en 2003. Le D<sup>r</sup> Forbes a indiqué que la douleur était revenue à ce qu'elle était avant l'accident. Le D<sup>r</sup> Milczarek était d'avis que la douleur liée à l'accident aurait normalement duré moins de deux ans. Je suis aussi convaincu toutefois que, pendant cette période, la douleur chronique que M<sup>e</sup> Furlotte éprouve encore aujourd'hui aurait persisté. J'admets qu'une nuance de sens distingue les verbes aggraver et exacerber. À mon avis, l'accident a exacerbé la douleur de M<sup>e</sup> Furlotte. Quoi qu'il en soit, j'estime que la discopathie dégénérative de M<sup>e</sup> Furlotte n'a pas empiré du fait de l'accident de juillet 1997. L'accident n'a qu'accentué sa douleur un certain temps et je conclus que la période d'accentuation de la douleur a été de deux ans. [Par. 86 à 93.]

[12] L'appelant a convoqué les experts suivants : le D<sup>r</sup> Forbes, son médecin de famille de 1986 à 2009; le D<sup>r</sup> Mockler, expert en douleur chronique, qui a donné un témoignage d'opinion sur l'évaluation, le traitement et la gestion de la douleur chronique; Pierre Levesque, expert en sciences chiropratiques, et dans l'évaluation et le traitement du système musculo-squelettique; Jamey Monteith, physiothérapeute. L'intimé a appelé deux experts : les D<sup>rs</sup> Forsythe et Milczarek. Le D<sup>r</sup> Forsythe jouit d'une expertise dans le domaine de l'orthopédie, plus précisément dans le diagnostic et le traitement des troubles musculo-squelettiques et dans le pronostic de leur évolution. Ses services avaient été retenus par l'avocat d'origine de l'appelant, à qui le D<sup>r</sup> Forsythe a remis son premier rapport le 1<sup>er</sup> juin 2001. Le D<sup>r</sup> Milczarek jouit d'une expertise dans le diagnostic et le traitement des lésions musculo-squelettiques, et dans le pronostic de leur guérison. Il se dégage du dossier que l'appelant n'a nullement contesté, au procès, la compétence des experts médicaux. On n'a pas avancé non plus que le témoignage donné par les experts médicaux n'était pas de leur compétence ou sortait du cadre du témoignage qu'ils étaient habilités à donner.

[13] Sur ce point, les passages suivants de *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (3<sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2009), aux p. 822 et 823, sont instructifs :

[TRADUCTION]

S'il n'est pas soulevé d'objection avant qu'un expert ne témoigne sur une question de fond, un contre-interrogatoire mettant en cause sa compétence ne pourra agir que sur le poids de son témoignage; il n'agira pas sur son admissibilité (*Preeper c. R.* (1888), 15 R.C.S. 401, p. 408; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 224). Une fois qu'il a été jugé qu'une personne dispose de la compétence et de l'expertise nécessaires pour donner un témoignage d'opinion sur un point pertinent, l'importance des réalisations de l'expert, de son expérience et de la reconnaissance reçue de ses pairs, la concentration sur un sujet d'étude, dans un domaine particulier, et la façon de présenter la preuve deviennent, pour l'arbitre des faits, affaire de poids (*R. c. Fisher*, [2003] S.J. No. 597, par. 19 (C.A. Sask.); *McLean et al. c. Seisel et al.* (2004), 182 O.A.C. 122, p. 102 à 113 (C.A. Ont.)).

L'avocat de la partie adverse a l'obligation de soulever une objection si un témoin sort du domaine d'expertise qui lui est reconnu. Si l'avocat soulève une objection, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de donner à la partie qui a produit le témoin la possibilité d'établir de nouveau sa compétence. En l'absence d'objection, l'irrégularité consistant à ne pas avoir établi la compétence d'un témoin qui apparaît nettement doté d'expertise en la matière ne signifie pas qu'il faille écarter sa preuve. L'avocat qui omet de contester la compétence d'un expert dès le départ n'est empêché de soulever une objection ultérieure que si ce témoin s'en tient au domaine d'expertise qui lui est reconnu. Il y a lieu de distinguer cette situation de celle où le témoignage de l'expert sort de son champ d'expertise. S'il est montré que le témoin ne dispose pas de l'expertise nécessaire, il importe peu qu'il n'y ait pas eu contestation au moment où la compétence du témoin a été établie, et le juge du procès doit donner pour directive à l'arbitre des faits de ne tenir aucun compte de l'opinion de l'expert. Dans ces circonstances, admettre une preuve d'opinion qui ne ressortit pas à l'expertise d'un témoin, sans directives appropriées du juge du procès, peut constituer une erreur

susceptible d'étayer un appel (*MacIntyre c. Cape Breton District Health Authority*, [2011] N.S.J. No. 19; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 250; *R. c. Millar (Ont. C.A.)*, [1989] O.J. No. 829. [Par. 87.]

[14] Je rappellerai qu'en l'instance tous les experts ont été admis et déclarés compétents du consentement des parties. On n'a, ni contesté d'entrée de jeu leur expertise, ni soutenu, au cours de leurs témoignages, qu'ils n'avaient pas l'expertise pour témoigner dans le domaine, ni laissé entendre que leurs témoignages passaient les limites de leur expertise. Une preuve abondante étayait suffisamment les faits d'après lesquels les experts médicaux ont formulé leur opinion. Les experts avaient compétence pour formuler les opinions qu'ils ont exprimées. Par conséquent, en ce qui concerne la somme accordée pour dommages pécuniaires et non pécuniaires, je suis d'avis, vu le lourd fardeau qui échoit à l'appelant du fait de la norme de contrôle applicable, la déférence dont l'instance d'appel doit faire montre envers le juge du procès et la preuve présentée au procès, que rien ne justifie une intervention de notre Cour en faveur de l'appelant. Le juge disposait de preuve compte tenu de laquelle il pouvait raisonnablement conclure comme il l'a fait, et je ne suis pas disposée à infirmer ses conclusions, sauf en ce qui concerne l'indemnité contestée par l'appel reconventionnel.

[15] Les autres moyens d'appel sont sans fondement. L'accident était un simple accrochage. Comme la police n'a pas été appelée sur les lieux, il n'y a pas eu reconstitution de l'accident. Le juge du procès a pris en considération la totalité de la preuve pour arriver à sa décision. Enfin, l'appelant a concédé, au cours de l'audience d'appel, que sa demande de dédommagement pour perte de placements ne tiendrait pas si notre Cour concluait que le juge du procès n'a pas commis d'erreur justifiant d'infirmer sa décision, pour ce qui est de la conclusion que la demande ne pouvait s'appuyer, au mieux, que sur un accroissement de la douleur pendant une période de deux ans après l'accident.

V. L'appel reconventionnel

[16] En règle générale, une demande d'indemnisation pour perte de capacité d'accomplir des services utiles ne devrait valoir au demandeur des dommages-intérêts particuliers (pour la période antérieure au procès) que s'il établit par prépondérance des probabilités : (1) qu'une affection imputable à l'accident l'a rendu incapable d'effectuer la tâche qui donne lieu à la demande; (2) que, n'eût été l'accident, le demandeur se serait acquitté de la tâche en question; (3) combien coûterait l'exécution de la tâche par un fournisseur de service professionnel (*Fobel c. Dean (Sask C.A.)*, [1991] S.J. No. 374 (QL), avalisé par notre Cour dans *Boucher c. Doiron*, 2000 NBCA 18, 230 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 247). D'ordinaire, il est sans importance que la tâche n'ait pas été effectuée, ou qu'un membre de la famille ou un ami s'en soit chargé gratuitement ou à petit prix. La somme vise à indemniser équitablement le demandeur pour la perte de sa capacité d'effectuer la tâche en question.

[17] En l'espèce, le juge du procès n'a pas expressément conclu qu'il avait été établi par l'appelant que les deux premières conditions étaient remplies. En revanche, ce juge a une longue expérience des causes du genre et sa décision doit être lue dans son ensemble. À considérer ainsi sa décision, il apparaît que le juge du procès était au fait du critère applicable, et que lui et les avocats savaient que des dommages-intérêts pour perte de services utiles ne pourraient être accordés au demandeur que si l'accomplissement des tâches avait été empêché par la douleur accrue, imputable à l'accident, qu'il avait connue pendant les deux années ayant suivi cet accident. À mon sens, le juge du procès pouvait conclure que l'accident avait été la cause de l'incapacité de l'appelant de s'acquitter de certaines tâches pendant les deux années suivantes.

[18] De fait, l'intimé, dans son mémoire postérieur au procès, a concédé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le défendeur reconnaît que le droit à des dommages-intérêts généraux, pour la douleur qui pourrait être associée aux symptômes causés par l'accident de

juillet 1997, s'accompagnera en toute logique d'un droit de réclamation pour la perte de services utiles subie pendant une période de deux ans, tout au plus, après la date de l'accident.

Sur ce point, le juge du procès a pris en considération la preuve de Linda Stanley, qui avait été déclarée, du consentement des parties, experte dans le coût des soins et des services utiles. Elle a recensé les tâches que l'appelant n'avait plus la capacité d'effectuer après l'accident : ménage, grands ménages printanier et automnal, épicerie, peinture intérieure et extérieure, rangement ou fente du bois, chauffage au poêle à bois, entretien et réparations, déneigement, tonte, nettoyage de cheminée, entretien et lavage de voiture. Après avoir consulté l'appelant, M<sup>me</sup> Stanley a estimé la perte à 2,58 heures par jour.

[19] La preuve présentée au procès donne deux calculs pour l'évaluation de la perte de services utiles, sans qu'une préférence soit exprimée pour l'un ou l'autre. Le premier calcul chiffre le coût des services de remplacement d'après les valeurs annuelles établies par Développement des ressources humaines (Statistique Canada) (11 448 \$), le second repose sur les prix moyens d'entreprises locales (30 265 \$). Le premier montant correspond au coût moyen des services de fournisseurs professionnels autonomes, le second fait la moyenne de trois devis d'entreprises professionnelles locales de fourniture de services. La question qui se pose est la suivante : le demandeur se serait-il acquitté des tâches qu'il s'est trouvé incapable d'accomplir par suite de l'accident? À supposer une réponse affirmative, la question devient simplement celle-ci : sur quelle preuve s'appuyait le choix, par le juge, des services les plus onéreux? Nous l'avons vu, le demandeur doit être indemnisé de la perte de capacité d'accomplir ces tâches d'après le modèle du coût de remplacement; il est sans importance qu'il n'ait pas à payer pour ces services parce que sa famille et ses amis ont la bonté de le décharger des tâches bénévolement. Il s'agit, non pas d'accorder une somme en fiducie au profit du fournisseur de services, mais d'indemniser le demandeur de sa perte de capacité.

[20] Cette méthode à la fois modèle et moderne a été adoptée dans *Boucher c. Doiron*, arrêt où le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a déclaré ce qui suit :

« [L]’approche la plus pratique est celle qui considère le coût de remplacement comme étant la norme d’évaluation lorsque aucun élément de preuve ne fait en sorte qu’elle est contre-indiquée dans l’affaire dont la cour est saisie » (par. 30) (dans *Milliard c. Mescheau.*, 2006 NBBR 385, 306 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201, conf. 2007 NBCA 37, 315 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 190, le juge Cyr a appliqué *Boucher c. Doiron* et a retenu, pour mesure de la perte actuelle de capacité d’effectuer des travaux ménagers, des taux horaires de salaire).

[21] Dans *Smith c. Agnew*, 2001 NBCA 83, 240 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 63, notre Cour a expliqué quels sont les préalables à l’octroi de dommages-intérêts particuliers au procès :

[TRADUCTION]

En règle générale, le juge n’accorde pas de dommages-intérêts particuliers au procès à moins que le détail de ces dommages-intérêts n’ait été plaidé ou fourni dans un exposé des précisions. La règle 27.06(10) des *Règles de procédure* dispose que le détail des dommages-intérêts doit être plaidé dans la mesure où ceux-ci sont connus. Elle enjoint également aux parties qui demandent des mesures de redressement de déposer et de signifier des précisions sur les dommages-intérêts dès qu’elles deviennent disponibles et, dans tous les cas, au plus tard à la date de la mise au rôle. Voir la décision *Myshrall c. Vu* (1994), 156 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 241, 401 A.P.R. 241 (Div. 1<sup>re</sup> inst.) (le juge Stevenson), au par. 39. [Par. 5.]

Cette étape franchie, le juge du procès doit déterminer si la preuve que les parties ont présentée établit, par prépondérance des probabilités, que le défendeur est responsable des dommages particuliers (*Scott c. Renton* (1999), 215 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 263, [1999] A.N.-B. n° 306 (C.A.) (QL), par. 45). Je prends note du point de vue suivant, exprimé par Ken Cooper-Stephenson : [TRADUCTION] « [S]i l’on sait qu’il faudra recourir à un service commercial d’aide et d’entretien ménager, le principe compensatoire exige de se reporter aux tarifs commerciaux », même si le remplacement au prix du marché suppose une part de profit et de frais administratifs généraux (Cooper-Stephenson, Ken, *Personal Injury Damages in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 328). Rien n’indiquait, ici, que les services d’une entreprise de fourniture de services étaient requis.

[22] L'appelant n'a pas fait appel à une entreprise de fourniture de services. Le juge du procès ne disposait donc pas de preuve sur le fondement de laquelle il pouvait passer au montant supérieur. Il convient de noter que Jessie Gmeiner, à qui a été reconnue, du consentement des parties, la qualité d'experte dans le domaine de l'actuariat, a postulé un coût de 10 000 \$ par année pour le calcul de la perte de services utiles. Ce chiffre correspond d'assez près au montant de 11 448 \$ obtenu par application des taux de Développement des ressources humaines (Statistique Canada). Les raisons pour lesquelles le juge du procès n'a pas retenu ce montant-ci ne sont pas claires. Il a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

M<sup>me</sup> Gmeiner s'est servie du rapport de Linda Stanley pour ce calcul. M<sup>me</sup> Stanley était arrivée, pour la catégorie 4, à une somme de 11 448,52 \$ ou de 30 265,15 \$. M<sup>me</sup> Gmeiner a opéré des rajustements et pris en considération l'effet de l'intérêt, à partir de la date de l'accident, sur une somme de 10 000 \$. Elle a appliqué un facteur de capitalisation de 24,21 % au montant de la perte actuelle. Si j'emploie la même méthode et que j'accorde 30 000 \$ par année, chiffre proposé par M<sup>me</sup> Stanley, pendant deux ans, le calcul est le suivant : 60 000 \$ + 14 526 \$ (60 000 \$ x 24,21 %) = 74 526 \$, total arrondi à 74 500 \$. [Par. 103.]

[23] Pas une parcelle de preuve n'indiquait que le coût inférieur calculé était irréaliste et que l'appelant aurait été, à quelque égard, sous-indemnisé. Bien au contraire, il ressortait de la preuve d'expert que les services en question auraient pu être dispensés par un fournisseur professionnel autonome, au prix de 11 448 \$, ou par une entreprise au prix supérieur de 30 265 \$. Rien ne donnait à penser qu'une entreprise aurait mieux servi l'appelant qu'un fournisseur autonome moins onéreux.

[24] Le fait est, indéniablement, que l'appelant a établi qu'il aurait pu obtenir pour 11 448 \$ une prestation compétente des services pour lesquels il avait présenté une demande. Vu la preuve non contestée produite par l'appelant, les dommages-intérêts accordés en excédent constituent un gain fortuit et leur octroi ne saurait tenir, même si notre Cour appliquait la norme de contrôle la plus déférente possible.

[25] En conséquence, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a opté pour le prix le plus élevé, alors qu'il ne disposait d'aucune preuve sur le fondement de laquelle il pouvait conclure que les taux de Développement des ressources humaines n'étaient pas raisonnables. Je compte substituer au montant qu'il a retenu, soit 30 265,15 \$, le prix annuel inférieur de 11 448 \$. Il en résultera des dommages-intérêts de 28 500 \$ ( $11\,448 \$ \times 2$ , ou  $22\,896 \$, \times 24,21 \% = 28\,439 \$$ , total arrondi à 28 500 \$).

#### VI. Dispositif

[26] Je suis d'avis de rejeter l'appel et d'accueillir l'appel reconventionnel. Les dommages-intérêts accordés pour perte de services utiles, ainsi que les dépens du procès, sont donc modifiés. L'appelant avait droit au procès à des dommages-intérêts de 58 500 \$. Il avait également droit aux dépens du procès, que je suis d'avis de fixer à 5 375 \$, par application de l'échelle 3 du tarif A de la règle 59 pour un « montant-clé » de 60 000 \$.

[27] L'intimé a droit aux dépens de l'appel. Comme les questions en litige de l'appel et de l'appel reconventionnel se sont recoupées, je suis d'avis de lui accorder des dépens de 3 000 \$ pour les deux procédures. Il est à noter, sur ce point, que l'avocat de l'intimé a concédé que le travail de réfutation des arguments présentés en appel était le même, que la poursuite soit de 4 000 000 \$ ou de 60 000 \$.