

**Bruce Brine** *Applicant/Respondent on the motion*

v.

**Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.** *Respondent/Applicant*

**INDEXED AS: BRINE v. INDUSTRIAL ALLIANCE INSURANCE AND FINANCIAL SERVICES INC.**

**2016 SCC 9**

File No.: 36809.

2016: February 25.

Present: Côté J.

#### MOTION TO STRIKE

*Civil procedure — Motion to strike affidavit in support of application for leave to appeal — Affidavit opinion evidence lacking proper foundation and therefore inadmissible — Evidence consisting largely of sworn argument addressing ultimate questions in issue on proposed appeal and improperly attacking correctness of Court of Appeal decision below — Affidavit evidence rarely relevant and useful to Court in deciding whether application for leave to appeal raises issues of public importance — Motion granted — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.*

#### Cases Cited

**Applied:** *Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 SCC 33, [2011] 2 S.C.R. 560; **referred to:** *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Ballard Estate v. Ballard Estate*, S.C.C., No. 22499, July 2, 1991 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1991, p. 1998).

#### Statutes and Regulations Cited

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 89.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

MOTION to strike an affidavit in support of the application for leave to appeal and to strike portions

**Bruce Brine** *Demandeur/Intimé à la requête*

c.

**Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.** *Intimée/Requérante*

**RÉPERTORIÉ : BRINE c. INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS INC.**

**2016 CSC 9**

N° du greffe : 36809.

2016 : 25 février.

Présente : La juge Côté.

#### REQUÊTE EN RADIATION

*Procédure civile — Requête en radiation d'un affidavit au soutien d'une demande d'autorisation d'appel — Témoignage d'opinion non fondé et par conséquent inadmissible — Témoignage composé en grande partie d'arguments présentés sous serment sur les questions ultimes visées par le pourvoi projeté et constituant une attaque collatérale de la décision de la Cour d'appel — Preuve par affidavit rarement pertinente et utile pour la Cour pour décider si une demande d'autorisation d'appel soulève des questions importantes pour le public — Requête accordée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.*

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 CSC 33, [2011] 2 R.C.S. 560; **arrêts mentionnés :** *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Ballard Estate c. Ballard Estate*, C.S.C., n° 22499, 2 juillet 1991 (reproduit dans *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1991, p. 1998).

#### Lois et règlements cités

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 89.

REQUÊTE en radiation d'un affidavit déposé au soutien de la demande d'autorisation d'appel et en

of the applicant's memorandum of argument. Motion granted.

Written submissions by *Barry J. Mason, Q.C.*, and *Glenn E. Jones*, for the applicant/respondent on the motion.

Written submissions by *Michelle Awad, Q.C.*, and *Kevin Gibson*, for the respondent/applicant.

The following order was delivered by

[1] CÔTÉ J. — The respondent, Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. (“Industrial”), has brought a motion for an order striking the affidavit of Professor Bruce Feldthusen, which has been filed by the applicant, Bruce Brine, in support of his application for leave to appeal in this Court.

[2] The application seeks leave to appeal from a decision of the Nova Scotia Court of Appeal concerning a dispute over disability insurance between an insured, Mr. Brine, and an insurer, Industrial. The trial judge found Industrial had breached its contractual obligations and duty of good faith, awarding Mr. Brine contractual damages, \$30,000 for mental distress, \$150,000 in aggravated damages and \$500,000 in punitive damages (2014 NSSC 219, 346 N.S.R. (2d) 315). The Court of Appeal allowed Industrial's appeal, in part, reducing the combined mental distress and aggravated damages to \$90,000, and the punitive damages to \$60,000 (2015 NSCA 104).

[3] Mr. Brine contends there is an issue of public importance raised by this case warranting the granting of leave by this Court, namely whether Canadian courts should be awarding higher punitive damage awards in order to adequately deter insurers from acting in bad faith. In particular, he asserts that the Court of Appeal's reduced punitive damages award in this case is grossly inadequate and will do little to deter future misconduct by Industrial or other insurers. He

radiation de certaines parties du mémoire du demandeur. Requête accordée.

Argumentation écrite par *Barry J. Mason, c.r.*, et *Glenn E. Jones*, pour le demandeur/intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Michelle Awad, c.r.*, et *Kevin Gibson*, pour l'intimée/requérante.

Version française de l'ordonnance rendue par

[1] LA JUGE CÔTÉ — L'intimée, Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. (« Industrielle »), a présenté une requête en radiation de l'affidavit souscrit par le professeur Bruce Feldthusen et déposé par le demandeur, Bruce Brine, au soutien de sa demande d'autorisation d'appel devant la Cour.

[2] Le demandeur sollicite l'autorisation d'interjeter appel d'une décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse relative à un litige en matière d'assurance invalidité qui l'oppose à son assureur, Industrielle. Le juge du procès a conclu qu'Industrielle avait manqué à ses obligations contractuelles et son devoir de bonne foi. Il a accordé au demandeur des dommages-intérêts de nature contractuelle, 30 000 \$ à titre de dommages moraux, 150 000 \$ à titre de dommages-intérêts majorés et 500 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs (2014 NSSC 219, 346 N.S.R. (2d) 315). La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel d'Industrielle et réduit le montant total des dommages-intérêts majorés et à titre de dommages moraux à 90 000 \$ et celui à titre de dommages-intérêts punitifs à 60 000 \$ (2015 NSCA 104).

[3] Selon le demandeur, la présente affaire soulève une question d'importance pour le public qui justifie que la Cour autorise l'appel, soit la question de savoir si les tribunaux canadiens devraient condamner les assureurs à payer des dommages-intérêts punitifs plus élevés afin de les dissuader d'agir de mauvaise foi. Plus particulièrement, il soutient que le montant réduit de dommages-intérêts punitifs accordé par la Cour d'appel dans la présente affaire

includes the impugned affidavit of Prof. Feldthusen in his application to support his contentions.

[4] Industrial requests that the affidavit be struck, along with portions of the applicant's memorandum of argument that make reference to it, on the following basis: the affidavit is irrelevant to the issue of whether leave to appeal should be granted pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and the contents of the affidavit are argument and inadmissible evidence contrary to Rule 89 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

[5] Rule 89 sets out the requirements for affidavits filed in support of a proceeding in this Court, including applications for leave to appeal:

**89 (1)** An affidavit shall be filed to substantiate any fact that is not a matter of record in the Court.

(2) An affidavit to be used in a proceeding shall be limited to the statement of facts within the knowledge of the deponent, but statements based on information or belief that state the source of the information or the grounds for the belief may be admitted by the Court, a judge or the Registrar.

[6] In his affidavit, Prof. Feldthusen makes a number of statements about alleged misconduct by insurers that, in his view, is exacerbated by inordinately low punitive damages awards. He lists the names of 12 cases in which he says punitive damages were awarded against insurers since this Court's decision in *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, as well as the amount of punitive damages awarded in those cases. He then concludes on that basis that misconduct is "very common in Canada" and that insurers consider low punitive damages awards to be a "mere license fee and a low cost of doing business". Prof. Feldthusen sets out no further facts or analysis in respect of the

est nettement insuffisant et fera bien peu pour dissuader Industrielle ou d'autres assureurs d'adopter une conduite répréhensible. Au soutien de ses prétentions, le demandeur joint à sa demande l'affidavit contesté du professeur Feldthusen.

[4] Industrielle sollicite la radiation de l'affidavit, de même que des extraits du mémoire du demandeur qui y font référence. Pour justifier sa demande, elle soutient que l'affidavit n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder l'autorisation d'interjeter appel en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, et que son contenu comporte des arguments et constitue une preuve inadmissible aux termes de la règle 89 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

[5] La règle 89 énonce les exigences auxquelles doivent satisfaire les affidavits déposés au soutien d'une procédure devant la Cour, y compris les demandes d'autorisation d'appel :

**89 (1)** Les faits dont la preuve n'est pas au dossier de la Cour doivent être attestés par affidavit.

(2) L'affidavit présenté dans le cadre d'une procédure se limite à l'énoncé des faits dont le déposant a connaissance. Toutefois, la Cour, un juge ou le registraire peut admettre une déclaration fondée sur des renseignements ou une opinion pourvu que le déposant y indique la source des renseignements ou les motifs à l'appui de son opinion.

[6] Dans son affidavit, le professeur Feldthusen fait un certain nombre de déclarations relatives à des actes répréhensibles qu'auraient commis des assureurs et il affirme que le problème est exacerbé du fait de l'octroi par les tribunaux de montants de dommages-intérêts punitifs excessivement bas. Il dresse la liste de 12 causes dans lesquelles des assureurs ont été condamnés à payer des dommages-intérêts punitifs depuis la décision de la Cour dans *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, et il précise le montant de ces dommages-intérêts. Il conclut, sur ce fondement, que les assureurs adoptent [TRADUCTION] « très fréquemment au Canada » une conduite répréhensible

cases cited. Neither does he provide additional statistics or other corroborating evidence to support his belief that bad faith and misconduct by insurers is related to the “modest and conservative” punitive damages awards that have failed to deter insurers “from engaging in ‘malicious’ and ‘high handed’ conduct”. This opinion evidence is inadmissible because it is lacking in proper foundation.

[7] Moreover, the affidavit is not helpful to the Court in deciding whether or not leave to appeal should be granted, per the principles in *Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 SCC 33, [2011] 2 S.C.R. 560. While that decision concerned a motion to adduce fresh evidence and not a motion to strike, Binnie J.’s observations on when affidavits will be useful to the Court in considering whether or not to grant leave have application in the present circumstances:

Generally speaking, our Court takes the view that the question whether a legal issue is of public importance within the meaning of s. 43 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is not a matter on which affidavit evidence is helpful. The practice is not invariable however. In some cases it may not be apparent from the rest of the leave materials why, for example, the decision sought to be appealed is alleged to establish a precedent that is unworkable in practice, or otherwise is likely to have a problematic impact or jurisprudential importance not apparent on its face. Here, however, the issues are straightforward. . . .

. . . The [evidence sought to be filed] does not indicate any conflict in the authorities or suggest that there are good reasons, policy or jurisprudential, not readily apparent from the material already filed, for finding that the application raises a legal issue of public importance. [paras. 4-5]

et qu’ils considèrent les montants modestes de dommages-intérêts punitifs comme « de simples redevances qui constituent un faible prix à payer pour poursuivre leurs activités ». Le professeur Feldthusen ne présente aucun autre fait ou analyse quant aux causes auxquelles il renvoie. Il ne fournit pas non plus d’autres statistiques ou éléments de preuve qui pourraient corroborer sa croyance que la mauvaise foi et la conduite répréhensible des assureurs sont liées aux montants de dommages-intérêts punitifs « modestes et conservateurs » auxquels ils sont condamnés et qui n’ont pas pour effet de les dissuader « d’adopter une conduite “malveillante” et “abusive” ». Ce témoignage d’opinion est inadmissible, car il n’est pas fondé.

[7] En outre, l’affidavit n’est aucunement utile pour permettre à la Cour de décider si l’autorisation devrait ou non être accordée suivant les principes établis dans l’arrêt *Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 CSC 33, [2011] 2 R.C.S. 560. Même si cette décision portait sur une requête pour permission de produire une nouvelle preuve et non sur une requête en radiation, les observations du juge Binnie quant aux situations dans lesquelles les affidavits sont utiles pour permettre à la Cour de trancher une demande d’autorisation d’appel trouvent application en l’espèce :

Règle générale, notre Cour considère que l’importance d’une question de droit pour le public au sens de l’art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, n’est pas une question à l’égard de laquelle une preuve par affidavit peut être utile. Cette règle n’est toutefois pas immuable. Dans certains cas, il se peut que les autres éléments de la demande d’autorisation ne révèlent pas pourquoi, par exemple, la décision visée par la demande d’autorisation d’appel créerait un précédent inapplicable en pratique, ou risquerait d’avoir des répercussions négatives ou des conséquences jurisprudentielles insoupçonnées. Toutefois, dans le présent dossier, les questions en litige sont claires. . .

. . . [La preuve qu’on désire déposer] ne révèle aucune discordance dans la jurisprudence, ni aucun motif de politique générale ou jurisprudentiel valable, qui ne ressorte pas manifestement des documents déjà déposés, démontrant que la demande soulève une question de droit d’importance pour le public. [par. 4-5]

[8] Even assuming the leave application raises the issues as framed by the applicant, which is for the leave panel to decide and about which I make no comment and express no opinion, the affidavit does not assist the Court with whether those issues are of public importance by, for example, pointing to conflicting decisions or otherwise unworkable legal principles resulting from the Court of Appeal decision. Neither does it provide the Court with background material relevant to the general importance of the case which, in some instances, might be helpful. Rather, it consists largely of sworn argument, addressing the ultimate questions the applicant seeks to put in issue on the proposed appeal. As Binnie J. suggested in *Aecon*, only rarely will affidavit evidence on an application for leave be useful to the Court. In the vast majority of cases, as here, that evidence will be irrelevant to deciding the public importance of the case.

[9] Finally, the affidavit amounts to an improper attack on the correctness of the Court of Appeal decision below: see *Ballard Estate v. Ballard Estate*, S.C.C., No. 22499, July 2, 1991 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1991, at p. 1998), in which Cory J. granted the motion to strike, finding “the affidavits filed on this case seek by way of experts’ opinion, to buttress an attack on the decisions from which leave to appeal is sought”.

[10] I note that, as an alternative to granting the motion as requested, the applicant could have been given the opportunity to file an amended affidavit curing the deficiencies set out above, as an alternative to striking the affidavit in its entirety without leave to amend. However, considering that in this case the affidavit evidence is not helpful in assisting the Court on the issue of public importance, that option would not be the appropriate result. The same

[8] Même en tenant pour acquis que la demande d’autorisation soulève les questions que formule le demandeur, ce qu’il appartiendra à la formation de juges chargés de trancher la demande d’autorisation de décider et ce sur quoi je n’exprime aucun commentaire ni aucune opinion, l’affidavit n’est pas non plus utile pour permettre à la Cour de déterminer si ces questions sont d’importance pour le public, par exemple, en soulignant l’existence de décisions contradictoires ou de principes juridiques inapplicables découlant de la décision de la Cour d’appel. L’affidavit ne fournit pas non plus à la Cour de renseignements quant au contexte pertinent pour juger de l’importance générale de la cause, ce qui, dans certains cas, pourrait s’avérer utile. Il s’agit plutôt en grande partie d’arguments faits sous serment et portant sur les questions que le demandeur souhaite ultimement soulever dans le pourvoi projeté. Comme le juge Binnie l’a suggéré dans *Aecon*, rares sont les cas où une preuve par affidavit présentée au soutien d’une demande d’autorisation d’appel sera utile pour la Cour. Dans la très grande majorité des cas, comme en l’espèce, cette preuve n’aura aucune pertinence pour décider de l’importance de la cause pour le public.

[9] Enfin, l’affidavit constitue en quelque sorte une attaque collatérale de la décision de la Cour d’appel en l’espèce : voir *Ballard Estate c. Ballard Estate*, C.S.C., n° 22499, 2 juillet 1991 (reproduit dans *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1991, p. 1998), une décision dans laquelle le juge Cory, qui a accueilli une requête en radiation, a conclu que [TRADUCTION] « les affidavits déposés en l’espèce tentent, en utilisant l’opinion d’experts, d’attaquer les décisions qui font l’objet de la demande d’autorisation d’appel ».

[10] Je souligne qu’une autre possibilité aurait été d’autoriser le demandeur à déposer un affidavit modifié qui aurait corrigé les défauts de celui en cause ici, plutôt que de voir ce dernier totalement radié sans qu’il puisse être modifié. Or, comme il appert en l’espèce que la preuve par affidavit n’est d’aucune utilité pour permettre à la Cour de trancher la question de l’importance pour le public, il n’aurait pas été approprié de conclure ainsi. Il en est de

is true with respect to providing the respondent with the opportunity to cross-examine and file its own insurance expert affidavit to counter the one filed by the applicant.

[11] The motion is therefore granted, with costs to the respondent in any event of the cause. The affidavit of Prof. Feldthusen and the relevant portions in the applicant's memorandum of argument that refer to the affidavit are struck out, without leave to amend. The respondent shall have 30 days from the date of this order to serve and file its response to the application for leave to appeal.

*Motion granted with costs.*

*Solicitors for the applicant/respondent on the motion: Pressé Mason, Bedford, N.S.*

*Solicitors for the respondent/applicant: McInnes Cooper, Halifax.*

même quant à la possibilité d'offrir à l'intimée l'occasion de contre-interroger et de déposer un affidavit de son propre expert en assurance pour contrer celui déposé par le demandeur.

[11] La requête est donc accordée, avec dépens en faveur de l'intimée quelle que soit l'issue de la cause. L'affidavit souscrit par le professeur Feldthusen et les extraits pertinents du mémoire du demandeur qui y réfèrent sont radiés, sans autorisation d'en présenter des versions modifiées. L'intimée a 30 jours à compter de la présente ordonnance pour signifier et déposer sa réponse à la demande d'autorisation d'appel.

*Requête accordée avec dépens.*

*Procureurs du demandeur/intimé à la requête : Pressé Mason, Bedford (N.-É.).*

*Procureurs de l'intimée/requérante : McInnes Cooper, Halifax.*