

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

99/07/CA

SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED
and JON MANSHIP

(Defendants) APPELLANTS

- and -

YVES DOUCET and PETER DAUPHINEE

(Plaintiffs) RESPONDENTS

Spielo Manufacturing and Manship v. Doucet and
Dauphinee, 2007 NBCA 85

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of
the Court of Queen's Bench:
June 29, 2007

History of case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 245

Preliminary or incidental proceedings:
Court of Appeal of New Brunswick
[2007] N.B.J. No. 312

Appeal heard:
November 13, 2007

Judgment rendered:
November 15, 2007

Reasons delivered:
February 28, 2008

Counsel at hearing:

For the appellants:
Catherine Lahey and Clarence L. Bennett

SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED
et JON MANSHIP

(Défendeurs) APPELANTS

- et -

YVES DOUCET et PETER DAUPHINEE

(Demandeurs) INTIMÉS

Spielo Manufacturing et Manship c. Doucet et
Dauphinee, 2007 NBCA 85

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de
la Cour du Banc de la Reine :
Le 29 juin 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 245

Procédures préliminaires ou accessoires :
Cour d'appel du Nouveau-Brunswick
[2007] A.N.-B. n° 312

Appel entendu :
Le 13 novembre 2007

Jugement rendu :
Le 15 novembre 2007

Motifs déposés :
Le 28 février 2008

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Catherine Lahey et Clarence L. Bennett

For the respondents:
Eric LeDrew and Crystal A. Gamble

Pour les intimés :
Eric LeDrew et Crystal A. Gamble

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$3,500.

Rejette l'appel avec dépens de 3 500 \$.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] Spielo Manufacturing Incorporated (“Spielo”) and Jon Manship appeal a decision dated June 29, 2007 and reported at (2007), 319 N.B.R. (2d) 14, [2007] N.B.J. No. 254 (QL), 2007 NBQB 245. On November 15, 2007, we dismissed that appeal with reasons to follow. These are our reasons.

[2] In 2003, Yves Doucet and Peter Dauphinee commenced an action against Spielo and Mr. Manship claiming relief including an accounting, damages and the return of personal property. In the course of the proceedings, the plaintiffs applied to a judge of the Court of Queen’s Bench for an order requiring the defendants to produce further documents. On July 14, 2006, Savoie J. ordered that:

- a) The defendants provide copies of the documents set out in Schedule “A” to this Order at a reasonable cost;
- b) With respect to Spielo’s financial records, the defendants provide access to the source documents for the financial records set out in Schedule “A” to this Order at a reasonable cost upon the plaintiffs’ request;
- c) The defendants provide access to the computer system of the defendant Spielo Manufacturing Incorporated (“Spielo”), including the archives of such system, by the plaintiffs or their agent; and
- d) The defendants pay the plaintiffs costs of this Motion in the amount of \$2,000.00 payable forthwith.

[3] Justice Savoie’s decision, which is reported at (2006), 300 N.B.R. (2d) 169, [2006] N.B.J. No. 299 (QL), 2006 NBQB 249, was not appealed.

[4] On February 14, 2007, Mr. Doucet and Mr. Dauphinee filed a notice of motion seeking to have Spielo and Mr. Manship found in contempt of Savoie J.'s decision. In their motion, Mr. Doucet and Mr. Dauphinee sought either an order that "[t]he Defence on liability be struck and that this action proceed to trial on the question of damages alone", or, alternatively, specific orders for compliance with Savoie J.'s original order. The motion was heard by Lavigne J. At para. 16 of her decision, LaVigne J. explained that she considered herself bound to enforce Savoie J.'s decision:

Justice Savoie ordered the defendants to provide copies of the documents set out in Schedule "A" of his Order at a reasonable cost, and to provide access to the defendant's computer system including the back up files. This Order was not appealed and therefore the defendants must comply with it to the extent they have not already done so. As it pertains to the production of a document, it is no longer a question of whether a specific document relates to a matter in issue. As it pertains to access to the computer system, including the back-up files, it is no longer a question of how onerous the request may be when balanced against its supposed relevance and probative value. These questions were before Justice Savoie and were decided by him and will not be reexamined by me.

[5] Justice Lavigne concluded that "the defendants have not provided access to their computer system or their back up files as ordered in the Order." She noted that Savoie J.'s order was clear and that "the defendants must abide by it; they must provide access." She dismissed the defendants' arguments that the plaintiffs must bear the costs before the defendants could give them access, pointing to the fact that while Savoie J. had made specific provision for the plaintiffs to pay certain costs in his order, the order was silent on the costs of providing access to the computer system or the back-up files. Since Savoie J. was aware of the potential expense of accessing these, he therefore must have intended that the defendants bear those costs. Lavigne J. clarified that the "defendants are to bear the cost of providing access", but indicated that "when this matter resumes, the Court will hear arguments as to whether a part or all of this cost should be reimbursed by the plaintiffs." In the end, she ordered "the defendants to comply with the access provisions of [Savoie J.'s] Order forthwith."

[6] Justice Lavigne then examined whether the defendants had complied with paragraphs (a) and (b) of Savoie J.'s order. She found that it was "near impossible" to determine this on the basis of the information that had been disclosed and, at para. 22, observed as follows:

In order for the Court to determine whether the Order has been complied with, the defendants must specifically address each subcategory by either providing a proper description of the document that was provided under a specific subcategory, or if no document is produced under a subcategory, then the defendants must provide an explanation as to why none is being provided, including what efforts were made to try to obtain the requested information. Furthermore, in order to make sense of all this information and to be able to retrieve the original document if necessary, the defendants are to specify the number of the box in which the document can be found.

[7] As a result, Justice Lavigne ordered "the defendants to file further and better Affidavits of Documents disclosing all documents produced to date, as well as any other document relating to a matter in issue" and granted the plaintiffs leave to cross-examine the deponents on their updated Affidavits of Documents.

[8] In the end, Lavigne J. refused to strike the "defence on liability", giving Spielo and Mr. Manship a further opportunity to comply with Savoie J.'s order. She adjourned the contempt motion, to resume once the "Affidavits of Documents and the response concerning Justice Savoie's Order have been filed with the court."

[9] With leave, Spielo and Mr. Manship appealed Lavigne J.'s decision. All but one of their grounds of appeal relate to the access that was ordered to the computer system and back-up files. The other ground, which relates to the order that the appellants produce a further and better Affidavit of Documents, was not pursued at the hearing of the appeal.

[10] Spielo and Mr. Manship point out that there are relatively few Canadian authorities that address a party's obligation to produce electronically stored documents. Pointing to the Discovery Task Force Sub-Committee, *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario* (online: Ontario Bar Association, http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-DiscoveryGuidelines.pdf), Spielo and Mr. Manship submit that the Court should have fashioned an order that balanced the obligations of the parties with respect to e-discovery, considering factors such as the cost, burden and delay that may be imposed on the parties, as well as the nature and scope of the litigation and the relevance of the electronic documents.

[11] It is true that existing rules of practice, including the New Brunswick *Rules of Court*, may be inadequate to resolve complex issues arising out of the discovery of electronically stored information. This is why, in some provinces, standards have been developed and promulgated as "best practice" guidelines to address some of these issues and assist Courts and counsel: the Ontario *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents* and the *Supreme Court of British Columbia Electronic Evidence Practice Direction* (online: Courts of British Columbia, <http://www.courts.gov.bc.ca/sc/ElectronicEvidenceProject/ElectronicEvidenceProject.asp>). On a national scale, the Sedona Conference® Working Group 7, known as "Sedona Canada", has been developing principles addressing the disclosure and discovery of electronically stored information for use in Canadian civil litigation: *The Sedona Principles: Addressing Electronic Document Production (Canada)*, (online: The Sedona Conference® http://www.thosedonaconference.org/dltForm?did=2_07WG7pubcomment.pdf).

[12] In the present case, it may be that the *Rules of Court* were inadequate to resolve the issues raised by the plaintiff's original motion and that the Savoie J. might have been well advised to fashion some relief inspired by the work referred to above in the area of e-discovery. It may be that he could have done so under the authority of Rule 2.04, which provides that "[i]n any matter of procedure not provided for by these rules or by an Act the court may, on motion, give directions." However, these questions do not arise in this appeal since no one sought leave to appeal Savoie J.'s decision.

[13] In our view, the grounds Spielo and Mr. Manship raise in this appeal concern issues that ought to have been raised in an application for leave to appeal Savoie J.'s order. Since that order was not appealed, it follows that it must be respected. Justice Lavigne's finding that the defendants have not complied with Savoie J.'s order is one that is amply supported by the evidence. The remedies she fashioned to address the contempt motion are within her discretionary powers. In *Beaverbrook Canadian Foundation v. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 N.B.R. (2d) 161, [2006] N.B.J. No. 307 (QL), 2006 NBCA 75, at para. 4, Drapeau C.J.N.B. addressed the standard of review of discretionary decisions in terms that are equally applicable to the present case:

Like any other discretionary judicial decision, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see the Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994) at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064)

[14] Applying this standard, we have not been satisfied that Lavigne J.'s decision was founded upon either an error of law or an error in the application of the governing principles, that it was the result of a palpable and overriding error in her assessment of the evidence, or that it is unreasonable, in the sense that nothing in the record could justify it.

[15] It is for these reasons that, on November 15, 2007, we dismissed the appeal with costs of \$3,500.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Spielo Manufacturing Incorporated (« Spielo ») et Jon Manship interjettent appel d'une décision rendue le 29 juin 2007 et publiée à (2007), 319 R.N.-B. (2^e) 14, [2007] A.N.-B. n° 254 (QL), 2007 NBBR 245. Le 15 novembre 2007, nous avons rejeté l'appel en indiquant que nos motifs suivraient. Les voici.

[2] En 2003, Yves Doucet et Peter Dauphinee ont intenté une action à Spielo et à M. Manship dans laquelle ils réclamaient des mesures réparatoires, notamment une reddition de comptes, des dommages-intérêts et le retour de certains biens personnels. Au cours de l'instance, les demandeurs ont demandé à un juge de la Cour du Banc de la Reine d'ordonner aux défendeurs de produire d'autres documents. Le 14 juillet 2006, le juge Savoie a ordonné :

[TRADUCTION]

- a) que les défendeurs fournissent une copie des documents énumérés à l'annexe A de la présente ordonnance, moyennant des frais raisonnables,
- b) pour ce qui est des documents financiers de Spielo, que les défendeurs donnent aux demandeurs, sur demande, accès aux documents sources des documents financiers visés à l'annexe A de la présente ordonnance, moyennant des frais raisonnables,
- c) que les défendeurs donnent aux demandeurs ou à leur mandataire accès au système informatique de la défenderesse Spielo Manufacturing Incorporated (« Spielo »), notamment aux archives du système,
- d) que les défendeurs paient aux demandeurs des dépens de 2 000 \$ relatifs à la présente motion, payables sur-le-champ.

[3] La décision du juge Savoie, qui est publiée à (2006), 300 R.N.-B. (2^e) 169, [2006] A.N.-B. n^o 299 (QL), 2006 NBBR 249, n'a pas été portée en appel.

[4] Le 14 février 2007, M. Doucet et M. Dauphinee ont déposé un avis de motion en vue de faire déclarer Spielo et M. Manship coupables d'outrage en raison de leur défaut de respecter l'ordonnance rendue par le juge Savoie. Dans leur motion, M. Doucet et M. Dauphinee ont demandé à la cour soit d'ordonner que [TRADUCTION] « la défense sur la question de la responsabilité soit radiée et que l'action soit instruite uniquement sur la question des dommages-intérêts » ou, subsidiairement, d'ordonner explicitement aux défendeurs de se conformer à l'ordonnance initiale rendue par le juge Savoie. La motion a été entendue par la juge LaVigne. Au par. 16 de sa décision, la juge LaVigne a expliqué qu'elle estimait être liée par la décision du juge Savoie :

[TRADUCTION]

Le juge Savoie a ordonné aux défendeurs de fournir des copies des documents énumérés à l'annexe A de son ordonnance, moyennant des frais raisonnables, et de donner aux demandeurs accès au système informatique de la défenderesse, notamment aux fichiers de sauvegarde. Cette ordonnance n'a pas été portée en appel. Les défendeurs doivent par conséquent s'y conformer dans la mesure où ils ne l'ont pas déjà fait. S'agissant de la production d'un document particulier, la question n'est plus de savoir si le document se rapporte à une question en litige. S'agissant de l'accès au système informatique, y compris aux fichiers de sauvegarde, la question n'est plus de savoir à quel point la demande est lourde par rapport à sa pertinence et à sa valeur probante apparentes. Ces questions ont été présentées au juge Savoie et tranchées par lui, et je ne les réexaminerai pas.

[5] La juge LaVigne a conclu que [TRADUCTION] « les défendeurs n'ont pas donné accès à leur système informatique ni à leurs fichiers de sauvegarde, comme l'ordonnance l'exige ». Elle a signalé que l'ordonnance du juge Savoie était claire, et que [TRADUCTION] « les défendeurs doivent s'y conformer; ils doivent permettre l'accès ». Elle a rejeté l'argument des défendeurs, qui ont prétendu que les demandeurs devaient payer les frais afférents à l'accès avant que les défendeurs puissent leur donner accès au

système. Elle a fait remarquer que le juge Savoie avait expressément prévu dans son ordonnance que certains frais devaient être payés par les demandeurs, mais que son ordonnance ne comportait aucune disposition relative au paiement des frais occasionnés pour donner accès au système informatique ou aux fichiers de sauvegarde. Puisque le juge Savoie avait été informé des dépenses susceptibles d'être engagées pour donner accès au système ou aux fichiers de sauvegarde, il doit avoir voulu que les défendeurs supportent ces frais. La juge Lavigne a clarifié : [TRADUCTION] « les défendeurs doivent assumer les frais occasionnés pour donner accès au système ». Elle a toutefois signalé que, [TRADUCTION] « à la reprise de l'audience, la Cour entendra les arguments des parties sur la question de savoir si les demandeurs devraient rembourser les défendeurs de tout ou partie de ces frais ». En bout de ligne, elle a ordonné [TRADUCTION] « aux défendeurs de se conformer immédiatement aux dispositions de l'ordonnance [du juge Savoie] relatives à l'accès ».

[6] La juge LaVigne a ensuite examiné la question de savoir si les défendeurs s'étaient conformés aux points a) et b) de l'ordonnance du juge Savoie. Elle a conclu qu'il était [TRADUCTION] « presque impossible » de trancher la question sur la base des renseignements qui avaient été fournis et, au par. 22, elle s'est exprimée comme suit :

[TRADUCTION]

Pour que la Cour puisse déterminer si l'ordonnance a été respectée, les défendeurs doivent traiter explicitement chacune des sous-catégories en fournissant une description exacte des documents fournis dans une sous-catégorie donnée ou, si aucun document n'a été produit dans une sous-catégorie donnée, en expliquant pourquoi aucun document n'a été fourni et en précisant les efforts qu'ils ont déployés pour tenter d'obtenir les renseignements demandés. En outre, pour en arriver à comprendre tous ces renseignements et pour pouvoir récupérer le document original, au besoin, les défendeurs doivent préciser le numéro de la boîte dans laquelle se trouve le document.

[7] Par conséquent, la juge LaVigne a ordonné [TRADUCTION] « aux défendeurs de déposer des affidavits des documents additionnels et améliorés divulguant

tous les documents produits jusqu'à maintenant ainsi que tout autre document se rapportant à une question en litige » et a accordé aux demandeurs l'autorisation de contre-interroger les déposants des affidavits des documents ainsi mis à jour.

[8] En fin de compte, la juge LaVigne a refusé de radier la [TRADUCTION] « défense sur la question de la responsabilité », choisissant plutôt de donner à Spielo et à M. Manship une deuxième chance de se conformer à l'ordonnance du juge Savoie. Elle a ajourné la motion pour outrage au tribunal, qui reprendra lorsque les [TRADUCTION] « affidavits des documents et les réponses se rapportant à l'ordonnance du juge Savoie auront été déposés auprès de la Cour ».

[9] Avec l'autorisation de la Cour, Spielo et M. Manship ont interjeté appel de la décision de la juge LaVigne. Tous leurs moyens d'appel, sauf un, se rapportent à l'ordre de donner accès au système informatique et aux fichiers de sauvegarde. L'autre moyen d'appel, qui se rapporte à l'ordre de fournir un affidavit des documents additionnel et amélioré, n'a pas été plaidé lors de l'audition de l'appel.

[10] Spielo et M. Manship ont souligné qu'il existe relativement peu de jurisprudence au Canada qui traite la question de l'obligation d'une partie de produire des documents conservés électroniquement. S'appuyant sur les *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario*, lignes directrices rédigées par le sous-comité du groupe de travail sur la communication préalable (en ligne : Association du Barreau de l'Ontario, http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-DiscoveryGuidelines.pdf), Spielo et M. Manship ont prétendu que la Cour aurait dû concevoir une ordonnance qui aurait mis en balance les obligations des parties relatives à la communication de documents électroniques, eu égard à certains facteurs comme le coût et le fardeau qui pourraient être imposés aux parties et le retard qui pourrait être occasionné, ainsi que la nature et l'étendue du litige et la pertinence des documents électroniques visés.

[11] Il est vrai que les règles de procédure actuelles, y compris les *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick, sont peut-être insuffisantes pour répondre aux

questions complexes que soulève la communication de documents conservés électroniquement. C'est pourquoi certaines provinces ont élaboré et adopté des normes comme lignes directrices sur les « meilleures pratiques », pour traiter certaines des questions soulevées et aider les tribunaux et les avocats : voir les documents intitulés *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents* (Ontario) et *Supreme Court of British Columbia Electronic Evidence Practice Direction* (en ligne : Tribunaux de la Colombie-Britannique, <http://www.courts.gov.bc.ca/sc/ElectronicEvidenceProject/ElectronicEvidenceProject.asp>). À l'échelle nationale, le Groupe de travail n° 7, The Sedona Conference® (« Sedona Canada »), a travaillé à l'élaboration de principes relatifs à la communication de renseignements conservés électroniquement en vue de leur utilisation dans des procès civils au Canada : Sedona Canada : *La Production des Documents Électroniques* (en ligne : The Sedona Conference® http://www.thesedonaconference.org/dltForm?did=5_07SedonaCanadaFrancais.pdf).

[12] En l'espèce, il est possible que les *Règles de procédure* soient insuffisantes pour répondre aux questions soulevées par la motion initiale des demandeurs et que le juge Savoie aurait bien fait de s'inspirer des travaux susmentionnés portant sur la communication de documents électroniques pour ordonner certaines mesures réparatoires. Il est également possible qu'il ait pu le faire en vertu de la règle 2.04, qui prévoit que « [l]a cour peut, sur motion, donner des directives concernant toute question de procédure non régie par les présentes règles ou par une loi ». Toutefois, ces questions ne se posent pas en l'espèce, car personne n'a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision du juge Savoie.

[13] À notre avis, les moyens d'appel soulevés en l'espèce par Spielo et M. Manship se rapportent à des questions qui auraient dû être soulevées dans le cadre d'une demande d'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance du juge Savoie. Puisque l'ordonnance n'a pas été portée en appel, il s'ensuit que les parties doivent s'y conformer. La conclusion de la juge LaVigne selon laquelle les défendeurs ne se sont pas conformés à l'ordonnance du juge Savoie est amplement étayée par la preuve. Les mesures réparatoires qu'elle a conçues à l'égard de la motion pour outrage découlent de l'exercice

de son pouvoir discrétionnaire. Dans *Beaverbrook Canadian Foundation c. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 R.N.-B. (2^e) 161, [2006] A.N.-B. n^o 307 (QL), 2006 NBCA 75, au par. 4, le juge en chef Drapeau s'est penché sur la question de la norme de contrôle applicable aux décisions découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et ses propos s'appliquent tout aussi bien en l'espèce :

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

[14] Ayant appliqué cette norme, nous ne sommes pas convaincus que la décision de la juge LaVigne était 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 qu'elle était déraisonnable, c'est-à-dire qu'il n'y avait rien dans le dossier qui la justifiait.

[15] C'est pour les motifs qui précèdent que, le 15 novembre 2007, nous avons rejeté l'appel avec dépens de 3 500 \$.