

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

173/07/CA

BARRY D. MAY

APPELLANT

- and -

COLIN LYTHGOE

RESPONDENT

May v. Lythgoe, 2008 NBCA 53

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:
December 10, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2008] N.B.J. No. 79

Appeal heard:
May 26, 2008

Judgment rendered:
July 24, 2008

Counsel at hearing:

For the appellant:
George A. McAllister

For the respondent:
Donald V. Keenan

THE COURT

The appeal is allowed with costs.

BARRY D. MAY

APPELANT

- et -

COLIN LYTHGOE

INTIMÉ

May c. Lythgoe, 2008 NBCA 53

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 10 décembre 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2008] A.N.-B. n° 79

Appel entendu :
Le 26 mai 2008

Jugement rendu :
Le 24 juillet 2008

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
George A. McAllister

Pour l'intimé :
Donald V. Keenan

LA COUR

L'appel est accueilli avec dépens.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Background

[1] On August 16, 2004, the appellant, Barry D. May, who resides in London, Ontario, was injured in a two-vehicle highway accident near Fredericton, New Brunswick. He subsequently commenced an action in tort in the Court of Queen's Bench of New Brunswick, seeking compensation from the respondent for his injuries and pecuniary losses, including lost income. Significantly, Mr. May alleges he suffered a closed head injury in the accident, one that, he claims, has saddled him with cognitive and emotional deficits. At discovery, Mr. May testified to having experienced a heart attack in 2001 in consequence of which Green Shield Canada paid him insurance benefits until his retirement from General Motors in 2004.

[2] In 2006, Mr. May was assessed by Dr. James E. Sweeney, an Ontario-based clinical neuropsychologist, who provided a report outlining his findings, opinions and conclusions. After reviewing the report, the respondent asked for a copy of Dr. Sweeney's complete file. Mr. May's follow-up request was denied, in part: Dr. Sweeney would not produce his raw clinical test data to anyone other than a registered or certified psychologist. The respondent then pressed Mr. May to instruct Dr. Sweeney to forward the raw clinical test data to his consulting psychologist, Dr. Gary Fecteau of Saint John, New Brunswick. However, Mr. May objected, arguing the proposed solution excluded his counsel from the discovery process provided by the *Rules of Court*, an outcome that, in his view, offended basic due process principles.

[3] The respondent turned to the Court of Queen's Bench of New Brunswick for a production order under Rule 31.11 ("Documents in the Possession of a Person Not a Party") directing Dr. Sweeney to produce a copy of "the entire psychologist's chart, including clinical notes, test results and any raw data from the psychological testing carried out with respect to [Mr. May]" and enjoining Green Shield Canada to do likewise

with “their file related to [Mr. May’s] 2001 claim for disability benefits”. Significantly, the respondent did not seek any production order against Mr. May. The text of Rule 31.11 is set out in Appendix A.

- [4] At the hearing in the court below, Mr. May contested the application judge’s jurisdiction to make the sought-after production order since both Dr. Sweeney and Green Shield Canada were outside New Brunswick. The judge accepted that submission, which is supported by *McGuire v. McGuire and Desordi*, [1953] O.R. 328 (C.A.), [1953] O.J. No. 731 (QL). The debate and the proceedings should immediately have been brought to a close with the dismissal of the respondent’s application against Dr. Sweeney and Green Shield Canada. However, the application judge opted to go further, ordering Mr. May to request: (1) that Dr. Sweeney provide his “entire chart, [including] raw test data” to Dr. Fecteau; and (2) that Green Shield Canada provide “its claim file related to [Mr. May’s] claim for disability benefits” to the respondent. The order specified, as well, that, in making these requests, Mr. May was “providing permission for Dr. Sweeney and Green Shield Canada to release this information”.

II. Analysis and Decision

- [5] Mr. May submits the application judge committed reversible error by, *inter alia*, making an order that is both unauthorized by Rule 31.11(1) (or, for that matter, any other procedural rule) and contrary to basic due process principles in that it effectively by-passes his counsel and excludes him from a key litigation process, namely the discovery of documents in the possession of his own expert. For the reasons that follow, we respectfully agree with both submissions.

- [6] The application judge was without jurisdiction to make the order requiring Mr. May “to request” non-parties to produce documents. In *Reilly v. Paul* (2006), 305 N.B.R. (2d) 146, [2006] N.B.J. No. 380 (QL), 2006 NBCA 84, the Court set aside a similar order for the reasons set out at para. 40:

The short answer to the appellants' motion for production in relation to the Section B file is that the *Rules* do not authorize the courts to make an order requiring a party to request documentation from a stranger to the action. (That such orders are commonplace is undeniable, but they are invariably made on consent). If a document in the possession or "control" of a party relates to a matter in issue in the action and is not privileged, the court may order its production: Rule 31.04(4).

[Emphasis in original.]

[7] Just as clearly, the application judge lacked jurisdiction under Rule 31.11 to order the delivery of material documents from one non-party to another. Rule 31.11, which is part of Discovery (Rules 31-36), provides for production of a document for inspection by the applicant, and only a party to the action can make application for relief under the Rule. Of course, judicially imposed restrictions on use may be appropriate in certain circumstances (see *Fougère et al. v. Clements et al.* (2007), 311 N.B.R. (2d) 368, [2007] N.B.J. No. 18 (QL), 2007 NBCA 4, at para. 54). Be that as it may, once the successful party acquires possession of a document pursuant to an order under Rule 31.11, prompt production to any other requesting party is required (see Rule 31.02(2), which is reproduced in Appendix A).

III. Disposition

[8] For those reasons, we allow the appeal, set aside the order reproduced hereinabove and dismiss the respondent's application under Rule 31.11. We do so without prejudice to any entitlement he might have to prosecute a claim for relief against Mr. May in this Province and/or against Dr. Sweeney and Green Shield Canada in another

jurisdiction. Finally, we order the respondent to pay costs on appeal, which are fixed at \$1,500.

APPENDIX A

31.02 Scope of Documentary Discovery

[...]

Production for Inspection

(2) Every document which relates to a matter in issue in an action and which is in the possession or control of a party to the action, shall be produced for inspection if requested, as provided in this rule, unless privilege is claimed in respect of that document.

[...]

31.11 Documents in the Possession of a Person Not a Party

(1) Where a document is in the possession or control of a person not a party to the action, any party may apply to the court, on notice to such person and to every other party, for an order for the production for inspection of such document if it is not privileged.

(2) The court may order a corporate party to the action to disclose all documents which are in the possession or control of a subsidiary or affiliated corporation, and which relate to a matter in issue, and to produce for inspection all such documents which are not privileged.

(3) No order shall be made under this subrule for the production for inspection of a document unless the court is satisfied that the document relates to a material issue in the action and that it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without having discovery of that document.

31.02 Portée de la communication des documents

[...]

Production pour examen

(2) Tout document qui a trait à une question en litige dans une action et dont une partie a la possession ou le contrôle doit, sur demande, être produit pour examen conformément à la présente règle, à moins qu'il n'y ait revendication de privilège à son égard.

[...]

31.11 Documents en possession d'un tiers

(1) Lorsqu'un document est en la possession ou sous le contrôle d'une personne non partie à l'action, toute partie peut, sur préavis à ce tiers et à chaque autre partie, demander à la cour d'ordonner la production pour examen de tout document non privilégié.

(2) Lorsqu'une partie à l'action est constituée en corporation, la cour peut ordonner à cette partie de divulguer tous les documents qui sont en la possession ou sous le contrôle d'une filiale ou d'une affiliée et qui ont trait au litige, et de produire pour examen tous ceux qui ne sont pas privilégiés.

(3) La cour ne doit ordonner la production pour examen d'un document que si elle est assurée qu'il a trait à une question déterminante dans cette action et qu'il serait injuste d'exiger que le requérant entame le procès sans que le document ne lui ait été communiqué au préalable.

- | | |
|---|---|
| (4) On an application under this subrule, where | (4) Lors d'une requête présentée en application du présent article, dans les cas où |
| (a) privilege is claimed for a document, or | a) un privilège serait revendiqué sur un document ou |
| (b) the court, with respect to a document, is in doubt as to | b) la cour douterait |
| (i) its relevance, or | (i) de la pertinence d'un document ou |
| (ii) the necessity for its discovery, the court may inspect the document. | (ii) de la nécessité de communiquer un document, la cour peut examiner le document. |

LA COUR

I. Contexte

[1] Le 16 août 2004, l'appelant, Barry D. May, de London, en Ontario, a été blessé dans un accident de la route impliquant deux véhicules près de Fredericton, au Nouveau-Brunswick. Il a par la suite intenté une action en responsabilité délictuelle devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, demandant à l'intimé une indemnité pour les blessures et les pertes pécuniaires subies, y compris une perte de revenus. Fait notable, M. May soutient qu'il a subi un traumatisme crânien fermé lors de l'accident, traumatisme qui, selon lui, lui a causé des déficits cognitifs et émotionnels. Le témoignage de M. May à l'enquête préalable démontre qu'il a eu une crise cardiaque en 2001 à la suite de laquelle Green Shield Canada lui a versé des prestations jusqu'à sa retraite de la General Motors en 2004.

[2] En 2006, M. May a été examiné par M. James E. Sweeney, neuropsychologue clinicien pratiquant en Ontario, qui a rédigé un rapport succinct décrivant ses constatations, opinions et conclusions. Après avoir pris connaissance du rapport, l'intimé a demandé une copie complète du dossier. M. May a donné suite à la demande mais le dossier lui a été refusé en partie parce que M. Sweeney n'acceptait pas de remettre les données brutes de ses tests cliniques à qui que ce soit sauf à un psychologue agréé ou certifié. L'intimé a alors insisté auprès de M. May pour qu'il demande à M. Sweeney d'envoyer les données brutes de ses tests cliniques à son psychologue-conseil, M. Gary Fecteau, de Saint John, au Nouveau-Brunswick. Toutefois, M. May s'est opposé à cela pour le motif que la solution proposée excluait son avocat du processus de communication établi par les *Règles de procédure*, résultat qui, selon lui, contrevenait aux principes de base de l'application régulière de la loi.

[3] L'intimé s'est adressé à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick afin qu'elle rende une ordonnance de production en vertu de la

règle 31.11 (Documents en possession d'un tiers) ordonnant à M. Sweeney de produire une copie [TRADUCTION] « de l'ensemble du dossier du psychologue, y compris les notes cliniques, les résultats des tests et toutes les données brutes obtenues de l'évaluation psychologique de [M. May] » et ordonnant à Green Shield Canada de fournir [TRADUCTION] « le dossier de [M. May] pour la réclamation de prestations d'invalidité qu'il a faite en 2001 ». Fait notable, l'intimé n'a pas demandé qu'une ordonnance de production soit rendue à l'encontre de M. May. Le libellé de la règle 31.11 est reproduit à l'annexe A.

- [4] À l'audience du tribunal d'instance inférieure, M. May a contesté la compétence du juge saisi de la requête de rendre l'ordonnance de production étant donné que le lieu de résidence de M. Sweeney et le siège social de Green Shield Canada se trouvaient situés à l'extérieur du Nouveau-Brunswick. Le juge a admis cet argument qui s'appuie sur *McGuire c. McGuire and Desordi*, [1953] O.R. 328 (C.A.), [1953] O.J. No. 731 (QL). Les délibérations et les procédures auraient dû immédiatement prendre fin par le rejet de la requête de l'intimé à l'encontre de M. Sweeney et de Green Shield Canada. Toutefois, le juge saisi de la requête a décidé d'aller de l'avant en ordonnant à M. May de demander : (1) que M. Sweeney fournisse [TRADUCTION] « l'ensemble de son dossier, [y compris] les données brutes obtenues des tests » à M. Fecteau; et (2) que Green Shield Canada fournisse à l'intimé [TRADUCTION] « le dossier de réclamation de prestations d'indemnité de [M. May]. L'ordonnance précisait également que M. May, en faisant ces demandes, [TRADUCTION] « donnait la permission à M. Sweeney et à Green Shield Canada de divulguer l'information. »

II. Analyse et décision

- [5] M. May soutient que le juge saisi de la requête a commis une erreur justifiant l'infirmerie de sa décision, notamment en rendant une ordonnance qui est à la fois contraire à la règle 31.11(1) (et, en passant, à toute autre règle de procédure) et contraire aux principes de base de l'application régulière de la loi, parce qu'elle contourne, en effet, son avocat et exclut une procédure clé de l'instance, savoir la

communication de documents en la possession de son propre expert. Pour les motifs énoncés ci-après, nous souscrivons aux deux arguments.

- [6] Le juge saisi de la requête n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance forçant M. May à [TRADUCTION] « demander » à des tiers de communiquer des documents. Dans *Reilly c. Paul* (2006), 305 R.N.-B. (2^e) 146, [2006] A.N.-B. n° 380 (QL), 2006 NBCA 84, la Cour a infirmé une ordonnance analogue pour les motifs décrits au par. 40 :

Pour répondre laconiquement à la motion des appelants afin d'obtenir la production de documents versés au dossier de la demande au titre du chapitre B, je dirai que les *Règles* n'autorisent pas les tribunaux à ordonner à une partie de demander à un étranger à l'action de fournir une documentation. (Le fait que pareilles ordonnances soient chose courante est indéniable, mais elles sont invariablement rendues par suite d'un consentement.) Si un document se trouvant en la possession ou sous le « contrôle » d'une partie porte sur une question en litige dans l'action et n'est pas privilégié, la cour pourra ordonner sa production : règle 31.04(4).

[Souligné dans l'original.]

- [7] Il est tout aussi clair que le juge saisi de la requête n'avait pas compétence, selon la règle 31.11, pour rendre une ordonnance prescrivant la remise, par un tiers à un autre, de documents juridiquement pertinents. Cette même règle, laquelle fait partie des règles concernant l'enquête préalable (règles 31 à 36), prévoit la communication d'un document pour examen par le requérant et seule une partie à l'action peut faire une demande de redressement en application de la règle. Évidemment, des restrictions imposées par les tribunaux sur l'utilisation des documents peuvent être appropriées dans certaines circonstances (voir *Fougère et al. c. Clements et al.* (2007), 311 R.N.-B. (2^e) 368, [2007] A.N.-B. n° 18 (QL), 2007 NBCA 4, au par. 54). Quoiqu'il en soit, une fois que la partie qui obtient gain de cause est mise en possession d'un document en vertu d'une ordonnance rendue en application de la règle 31.11, elle doit

promptement le communiquer à toute autre partie qui en fait la demande (voir la règle 31.02(2) dont le libellé est reproduit à l'annexe A).

III. Dispositif

[8] Pour ces motifs, nous accueillons l'appel, annulons l'ordonnance susmentionnée et rejetons la demande de l'intimé en application de la règle 31.11 et ce, sans préjudice de tout droit que peut avoir l'intimé de poursuivre sa demande de mesures réparatoires contre M. May, au Nouveau-Brunswick, et (ou) contre M. Sweeney et Green Shield Canada, dans une autre province. Finalement, l'intimé devra payer les dépens de l'appel, qui s'élèvent à 1 500 \$.

APPENDIX A / ANNEXE A

31.02 Scope of Documentary Discovery

[...]

Production for Inspection

(2) Every document which relates to a matter in issue in an action and which is in the possession or control of a party to the action, shall be produced for inspection if requested, as provided in this rule, unless privilege is claimed in respect of that document.

[...]

31.11 Documents in the Possession of a Person Not a Party

(1) Where a document is in the possession or control of a person not a party to the action, any party may apply to the court, on notice to such person and to every other party, for an order for the production for inspection of such document if it is not privileged.

(2) The court may order a corporate party to the action to disclose all documents which are in the possession or control of a subsidiary or affiliated corporation, and which relate to a matter in issue, and to produce for inspection all such documents which are not privileged.

(3) No order shall be made under this subrule for the production for inspection of a document unless the court is satisfied that the document relates to a material issue in the action and that it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without having discovery of that document.

31.02 Portée de la communication des documents

[...]

Production pour examen

(2) Tout document qui a trait à une question en litige dans une action et dont une partie a la possession ou le contrôle doit, sur demande, être produit pour examen conformément à la présente règle, à moins qu'il n'y ait revendication de privilège à son égard.

[...]

31.11 Documents en possession d'un tiers

(1) Lorsqu'un document est en la possession ou sous le contrôle d'une personne non partie à l'action, toute partie peut, sur préavis à ce tiers et à chaque autre partie, demander à la cour d'ordonner la production pour examen de tout document non privilégié.

(2) Lorsqu'une partie à l'action est constituée en corporation, la cour peut ordonner à cette partie de divulguer tous les documents qui sont en la possession ou sous le contrôle d'une filiale ou d'une affiliée et qui ont trait au litige, et de produire pour examen tous ceux qui ne sont pas privilégiés.

(3) La cour ne doit ordonner la production pour examen d'un document que si elle est assurée qu'il a trait à une question déterminante dans cette action et qu'il serait injuste d'exiger que le requérant entame le procès sans que le document ne lui ait été communiqué au préalable.

- | | |
|---|---|
| (4) On an application under this subrule, where | (4) Lors d'une requête présentée en application du présent article, dans les cas où |
| (a) privilege is claimed for a document, or | a) un privilège serait revendiqué sur un document ou |
| (b) the court, with respect to a document, is in doubt as to | b) la cour douterait |
| (i) its relevance, or | (i) de la pertinence d'un document ou |
| (ii) the necessity for its discovery, the court may inspect the document. | (ii) de la nécessité de communiquer un document, la cour peut examiner le document. |