

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

8-08-CA

AARON STONE

APPELLANT

- and -

PAMELA SHARP and DAVID SHARP

RESPONDENTS

Stone v. Sharp, 2008 NBCA 55

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:
January 16, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2008] N.B.J. No. 80

Appeal heard:
May 26, 2008

Judgment rendered:
July 24, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

AARON STONE

APPELANT

- et -

PAMELA SHARP et DAVID SHARP

INTIMÉS

Stone c. Sharp, 2008 NBCA 55

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 16 janvier 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2008] A.N.-B. n° 80

Appel entendu :
Le 26 mai 2008

Jugement rendu :
Le 24 juillet 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
George A. McAllister

Pour l'appelant :
George A. McAllister

For the respondent:
Richard B. Costello, Q.C.

Pour les intimés :
Richard B. Costello, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed, in part, each side to bear its own costs throughout.

L'appel est accueilli en partie, chaque partie devant assumer ses propres dépens afférents à la première instance et à l'appel.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The appellant, Aaron Stone, has been assessed and treated for an accident-related head injury by a local neuropsychologist. He has also been assessed, on his counsel’s referral, by an out-of-province neuropsychologist whose comprehensive report has been served on the respondents. Unfortunately, despite Mr. Stone’s written requests, neither neuropsychologist has produced a copy of all pertinent raw data records, clinical notes and testing documentation in their possession. On motion by the respondents, a judge of the Court of Queen’s Bench ordered: (1) *Mr. Stone* to produce “the raw data, clinical notes, and testing documentation of [the neuropsychologists] within [his] control”; and (2) *the local neuropsychologist* to do likewise for all “clinical notes and testing documentation compiled by her in respect of [Mr. Stone]”.

[2] The judge relied on Rule 31.04(4) of the *Rules of Court* and s. 50 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-11 to make the first order. Under Rule 31.04(4), the court may make an order directing a party to produce for inspection relevant non-privileged documents in his or her possession or “control”. As for s. 50 of the *Evidence Act*, it specifies the considerations that go into a judge’s ruling on the admissibility of an expert’s report. One of those considerations is whether the adverse party has been afforded a reasonable opportunity to inspect and copy the report’s foundational documents in the offering party’s possession or “control”. Although Mr. Stone has formulated several grounds of appeal, only one merits mention in light of the analysis that follows: the motion judge committed reversible error in concluding he had “control” of the neuropsychologists’ raw data, clinical notes and testing documentation. The respondents have answered Mr. Stone’s challenge by, not only contesting the validity of his grounds of appeal, but, as well, by filing a Notice of Contention in which they urge confirmation of the production order against Mr. Stone on the basis of Rule 52. Rule

52.01(4) provides that, where a party has served an expert's signed report with the intention of calling the author as an expert witness at trial, the court may order the production for inspection of any records, documents or other materials on which the report is based (the "foundational documents"). The respondents submit Rule 52.01(4) applies to all foundational documents, whether or not they are in the possession or control of the party intending to call the expert witness.

[3] The judge invoked Rule 31.11 in making the second production order, which, as noted, is directed at Mr. Stone's local treating neuropsychologist. Under Rule 31.11(3), a judge may order a stranger to the action to produce a non-privileged document in his or her possession or control where the document "relates to a material issue in the action" and "it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without having discovery of that document". Mr. Stone contends the record is bereft of evidence establishing the materiality of the documents in question and the inequity of requiring the respondents to proceed to trial without their discovery.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal, in part. First, I would prune the production order directed at Mr. Stone by deleting any reference to the documents in the local neuropsychologist's possession. That part of the order cannot be sustained under: (1) Rule 31.04(4), because Mr. Stone tried and failed to obtain a copy of those documents; (2) s. 50 of the *Evidence Act*, because that provision deals with the admissibility of evidence and does not invest the court with any power to order the production of documents; and (3) Rule 52.01(4), because there is nothing in the record to indicate that Mr. Stone intends to call the local neuropsychologist as an expert witness at trial. However, I am satisfied Mr. Stone intends to call the out-of-province neuropsychologist as an expert witness at trial and I would apply Rule 52.01(4) to uphold the production order in relation to his raw data records, clinical notes and testing documentation. Second, I would vary the Rule 31.11 production order directed at the local neuropsychologist by adding her raw data records to the list of targeted documents. By all accounts, the motion judge's failure to include those records was an oversight.

II. The Background

[5] On May 23, 2005, Mr. Stone suffered personal injuries when his motor vehicle collided with the respondents' motor vehicle in downtown Fredericton, New Brunswick. Several months later, he commenced an action in damages in the Court of Queen's Bench of New Brunswick. In his Statement of Claim, Mr. Stone alleges the respondents are liable in tort for the following conditions and problems, which, he contends, are traceable to the accident:

[...] loss of consciousness or an altered state of consciousness; cognitive deficits including difficulty creating and forming thoughts; a loss of attention; a loss of concentration; amnesia; loss of short term and long term memory; word find problems; difficulty retrieving memories; difficulty understanding instructions; confusion; difficulty organizing his thoughts; difficulty multitasking; a lack of insight; difficulty using judgement; difficulty retrieving information; difficulty holding a thought; difficulty planning; a diminished capacity to process information; a diminished capacity to process information at his customary speed; emotional deficits including anxiety; apathy, a loss of the ability to control his temper, tenseness; irritability; uncontrolled and inappropriate behaviour; feelings of sadness; feeling overwhelmed; impatience; feelings of aggravation; feelings of fatigue; mood swings; impulsiveness; a decrease in libido or sex drive; a lack of motivation; fears; aggression or argumentative behaviour; and feelings of loneliness; headaches, particularly at the back of his head and of the left side of his head; cuts and lacerations to his left ear; dry mouth; pain and discomfort in his neck; a restricted range of motion in his neck; pain and discomfort in his right and left shoulders; pain and discomfort in his left wrist; pain and discomfort in his upper back and lower back; contusions to his chest; left pneumothorax; contusions and lacerations to his liver and spleen; a fractured rib on his right side and four fractured ribs on his left side; a fractured left pelvis; pain and discomfort in his right and left legs; numbness and tingling in his right and left legs; a sprain in his right ankle; altered gait; trembling throughout his body, temperature changes in his body; constipation; a disturbed sleep pattern; fatigue; anxiety; frustration; stress; difficulty

staying warm; hot flashes; nausea; chronic pain; connective tissue injury; chronic pain syndrome; and a general loss of flexibility, strength and endurance.

Mr. Stone claims damages for “pain and suffering and loss of the amenities of life, loss of income, loss of earning capacity, loss of valuable services, loss of homemaking capacity, the cost of care”.

[6] In their Statement of Defence, the respondents deny liability for the accident. They also put in issue the nature and severity of Mr. Stone’s accident-related injuries and losses.

[7] In the accident’s aftermath, Mr. Stone was assessed and treated by Dr. Rebecca Mills, a neuropsychologist at the Stan Cassidy Centre for Rehabilitation in Fredericton. On September 18, 2006, Mr. Stone’s solicitor, George McAllister, wrote Dr. Mills, asking her to “kindly forward [...] a copy of Mr. Stone’s complete medical file” and to “include [her] handwritten notes, x-rays and any consultations which [she] may have”. In an accompanying document, Mr. Stone authorized Dr. Mills “to release any information, and in particular [...] medical information, which you may have to my solicitor” and instructed her “to direct all further communications to my solicitor unless advised otherwise by my solicitor”. The record shows that, at the time of the hearing in the court below, Mr. McAllister’s request of September 18, 2006 remained unsatisfied.

[8] However, Mr. McAllister eventually succeeded in acquiring a copy of his client’s records at the Stan Cassidy Centre and they include reports in which Dr. Mills formulates the diagnosis of a severe traumatic brain injury. A copy of the Stan Cassidy Centre records was sent to counsel for the respondents, Richard Costello, Q.C., on April 16, 2007, without any indication that Mr. Stone intends to call Dr. Mills as an expert witness at trial.

[9] Oral discovery took place on April 23, 2007. The record is mute on the nature of the undertakings, if any, Mr. Stone may have given regarding Dr. Mills’ and Dr.

Hayes' "findings" (see Rule 32.06(3) ("Scope of Examination"), *Beck v. La Haie* (1989), 38 C.P.C. (2d) 67 (H.C.J.), [1989] O.J. No. 1598 (QL), Rule 33.12 ("Penalty for Refusal or Neglect [to fulfill an undertaking]") and *Couto et al. v. Toronto Transit Commission et al.* (1987), 59 O.R. (2d) 406 (H.C.J.), [1987] O.J. No. 2241 (QL)). I note parenthetically that, if a party defaults on his or her undertaking at discovery to request information or documents from a stranger to the action, the court might enforce compliance by way of an order directing that party to do precisely what he or she has undertaken to do. In that context, an order directing a party to "request" information or documents from a non-party is unobjectionable (see *Roberts v. Legere* (1996), 173 N.B.R. (2d) 1 (Q.B.), [1996] N.B.J. No. 63 (QL)).

[10] While under the care of Dr. Mills, Mr. Stone was referred by his solicitor to another neuropsychologist, Dr. Charles Hayes, who practices in Halifax, Nova Scotia. Following his neuropsychological assessment of Mr. Stone in early March, 2007, Dr. Hayes delivered a comprehensive report detailing his findings, opinions and conclusions. In the report, which is dated August 27, 2007, Dr. Hayes offers the following summaries of the "evidence":

Summary of Neuropsychological Evidence

Mr. Stone's cognitive abilities were determined to be clearly within the Average range by estimates of his pre-injury levels of functioning and by all subsequent earned scores during assessment. There was no appreciable improvement over his earned scores on the WAIS-III from the 2006 assessment to his current assessment as far as his intellectual assessment was concerned.

He appears to have ongoing mild problems maintaining adequate attention especially in demanding situations. This was a problem first identified by Dr. Mills.

His single word reading ability and his reading comprehension scores were consistent with his level of formal education. His arithmetic and spelling scores were relatively weaker than his verbal skills and may partially reflect his difficulties in working memory.

No difficulties were identified with his executive functioning abilities, or with his language skills. No deficits in perception were identified.

Mr. Stone continues to complain about ongoing problems with memory. Some ongoing mild deficits were identified. For example, there was a marked inability to learn a list of unrelated words even though he was provided with 12 acquisition trials. This test, the Buschke Verbal Selective Reminding Test is difficult. Mr. Stone's scores indicated impairment.

On the WMS-III he earned standard scores on all of the test indices were within the range predicted from his performance on the WAIS-III. The current data, while continuing to show some mild impairment from assumed pre-injury levels, seems not to be showing on-going improvement. This finding would be consistent with recovery data where the most dramatic recovery takes place within the first year. Thus, there is evidence of ongoing difficulties in maintaining vigilance. This is evidenced in his lowered scores on Working Memory.

Evidence of Chronic Pain

The review of Mr. Stone's medical information clearly outlines the presence of pain that has been a part of his daily existence since the 2005 motor vehicle collision. The evidence in the current psychological assessment is that Mr. Stone is troubled by on-going pain that is a concern to him. He rated his current level of pain as distressing. He appears to be troubled by his on-going pain and focuses on it. There was some evidence that his thinking tends to catastrophize his pain by focusing too narrowly on it.

He interprets the level of his pain as significant. It interferes with all aspects of his daily life. He rates his inability to work as being the one aspect of chronic pain that interferes most with his life.

There is considerable evidence to suggest that chronic pain can disrupt learning and can interfere with both the ability to learn information and to recall such information. It seems reasonable to conclude that his slightly lowered scores on test-re-test may reflect on-going variables associated with his constant pain.

Evidence of Post-Traumatic Stress Disorder

Any traumatic injury may set up the necessary and sufficient conditions for a post-trauma stress reaction. In Mr. Stone's case such an event is unlikely since he has no recollection of the accident. Thus the normal sequelae of intrusive images and thoughts stemming from a recall of the collision are not likely to bother him. His amnesia for the event spares him from this possibility.

- [11] Additionally, Dr. Hayes' report details his diagnostic "impression" and provides some insight into the vocational implications of Mr. Stone's chronic pain and "working memory and memory functioning" deficits:

Diagnostic Impression

Mr. Stone was working and appeared to be healthy and well prior to the May 23, 2005 motor vehicle collision. He was diagnosed with multiple injuries including a severe traumatic brain injury as a result of the 2005 collision.

He was assessed on three different occasions with a battery of neuropsychological tests and inventories: July 11, 2005 – four months following his injuries; July 27, 2006 – one year four months post injury; and the current assessment of March 6, 2007 – two years post-injury.

On the first of these assessments there was no indication for any emotional sequelae. However, by the second assessment he was showing definite signs of emotional difficulties. Consider the following finding from Dr. Mills' report, "... Mr. Stone endorsed items suggestive of clinically significant levels of depression and health related anxiety stemming from concerns regarding somatic symptoms" (p.6). These emotional concerns have remained. Mr. Stone is displaying continuing signs of emotional withdrawal and depression. This pattern of depression now appears to be long-standing one of maladjustment. His feelings of depression are at times severe. While he indicated suicidal ideation without intent, his personality assessment suggested that he could at times become suicidal.

There is a possibility that he could abuse substances. He should be monitored for his use of alcohol and street drugs.

AXIS I	296.22	Major Depressive Disorder, Recurrent, Moderately intense, chronic.
AXIS II	V71.09	No diagnosis. Features of a severe avoidant personality disorder.
AXIS III		Chronic pain stemming from motor vehicle collision of March 23, 2005.
AXIS IV		Financial concerns, not able to work. Uncertain future.
AXIS V	GAF=70	(Current)

Vocational Implications

At this point Mr. Stone cannot work. There are two reasons for this: (1) is the degree of chronic unrelenting pain he experiences and (2) on-going deficits in his working memory and memory functioning. Should his pain become more manageable then he might be able to return to work physically. There would still be ongoing difficulties with his working memory which in some cases directly interferes with his ability to acquire information and to retrieve it. See for example, the section above on the Buschke Verbal Selective Reminding Test in which his recall of unrelated words in repeated trials was over four standard deviations lower than the average for his same aged cohorts.

[Emphasis in original.]

[12] After reviewing Dr. Hayes' report, Mr. Costello asked Mr. McAllister to instruct Dr. Hayes and Dr. Mills to provide their clinical notes and raw data to the psychologist retained by his clients, Dr. Gary Fecteau, of Saint John, New Brunswick. Mr. Costello rationalized his request for direct and exclusive "psychologist to psychologist" transmittal on the basis of the Canadian *Code of Ethics for Psychologists*,

which he interpreted as foreclosing disclosure of raw data and clinical information to anyone other than a licensed psychologist.

[13] By letter dated September 26, 2007, Mr. McAllister advised Dr. Hayes of Dr. Fecteau's retainer "to review [his] chart notes and raw data [records]" and asked that a copy of the documents be sent to him (Mr. McAllister) for review. Mr. McAllister concluded his letter with the following observations:

It is our view that it would be unethical for us to ask you to send [a copy of the documents] to Dr. Fecteau since he is the opposing party's expert. Any exchange of information must be between counsel. It is our view that any other approach would be contrary to our Code of Professional Conduct. We look forward to hearing from you.

[Emphasis added.]

It bears noting that the issue raised in the italicized statements is dealt with in *May v. Lythgoe*, 2008 NBCA 53.

[14] On October 1, 2007, Mr. McAllister responded to Mr. Costello's request for direct and exclusive transmittal of information and documents from Dr. Hayes to Dr. Fecteau:

We are aware of the provisions in the psychologist's Code of Ethics which you have made reference to. Our view is that while there is a public interest in restricting the distribution of the test, etc. in the public domain that the provisions restricting distribution are overly broad. Psychologists should not be restricted by their Code of Ethics from voluntarily providing the tests, etc. to their clients in litigation or their solicitors unless the patient's health would be in danger.

While we are sure that the psychologists put the public interest first, we are also of the view that they have been influenced by the test providers who have a commercial interest in keeping the tests out of the public domain.

In any event, we have written to Dr. Hayes and asked him for his chart notes and test results. We have not heard back.

As lawyers, we have an obligation to diligently and honourably represent our clients. There is no honour in stepping back from the plate and allowing experts to exchange information and documents without the opportunity for counsel to review the same.

You are no doubt aware of the decision by the Court of Appeal in **Clements v. Fougère**, [2007] N.B.J. No. 18. In the event Dr. Hayes will not provide the requested documents, *we invite you to bring a Motion for an order that Dr. Hayes provide the requested documents to us.*

[Emphasis added.]

[15] On December 20, 2007, the respondents filed a Notice of Motion for relief against Mr. Stone, Dr. Hayes and Dr. Mills:

[...] pursuant to Rules 31.11 and 52 of the New Brunswick Rules of Court and Section 50 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. c.E-11, for disclosure and production of the raw data, clinical notes, and testing documentation of Dr. Charles Hayes and Dr. Rebecca Mills for delivery to Dr. Gary Fecteau, Clinical Psychologist, and for costs of this motion.

The reference to “disclosure” is inconsequential, the parties having focused their submissions on documentary production.

[16] On December 28, 2007, Mr. McAllister provided Mr. Costello a copy of the documents sent by Dr. Hayes in response to his September 26, 2007 request for his client’s “complete chart”. Mr. McAllister pointed out that the documents appear to consist of Dr. Hayes’ chart, but not his “tests or Mr. Stone’s test results”.

[17] By letter dated January 7, 2008, Dr. Hayes acknowledged receipt of a copy of the respondents’ Notice of Motion and confirmed Mr. McAllister had been

provided “the content of Mr. Stone’s psychological file except for the test score forms and protocols”. In addition, Dr. Hayes confirmed his willingness to provide the raw data in his file, including test protocols, *to Dr. Fecteau*, if Mr. Stone were to consent in writing. Dr. Hayes offered the following rationale for his unwillingness to deliver the documents in question to Mr. McAllister:

Psychologists are constrained to release raw data, and test protocols to qualified psychologists if a proper authorized consent has been signed by the patient allowing such transfer. In the absence of a signed consent a court order is needed to transmit the raw data.

The consent I have allows me to send such information directly to you, but not to Dr. Gary Fecteau. The raw data in Mr. Stone’s file includes test protocols which I must endeavor to protect.

The regulatory body for the practice of Psychology in Nova Scotia is the Nova Scotia Board of Examiners in Psychology (NSBEP). Registrants with NSBEP are required to adhere to the Canadian Code of Ethics for Psychologists and the NSBEP Standards for Providers and Standards for Professional Conduct.

We are required to protect copyright materials. Releasing test protocols to those not trained in their interpretation and the appropriate meaning of the obtained data is considered a violation.

Publishers of test materials consider such materials as proprietary, copy righted, and confidential commercial information analogous to trade secrets, and treat and protect them accordingly (see <http://www.cpa.ca/PIPEDA> under Test Disclosure Policy).

Studies confirm that if test items and test protocols were readily available, the integrity of the test and scoring model could be compromised and would harm the public. Test publishers expect Psychologists to do all they can to protect material and to protect the items and scoring criteria in response to written requests and/or subpoenas. They state that the Psychologist should secure a Court Order or protective agreement when faced with such

requests/demands and that this should ideally contain the following requirements:

- a.) Restricted access to materials and the testimony regarding materials to the most limited audience possible, preferably only to individuals who satisfy the test publisher's qualification policy;
- b.) Restricted copying of test materials;
- c.) Assurance of the return or destruction of the materials at the conclusion of the hearing and confirmation of such return or destruction;
- d.) The sealing of and/or removing from the record to the extent any portion of such materials are disclosed in pleadings, testimony, or other documents in order to safeguard the integrity of the assessments. It is crucial that test material does not become part of the public record.

Psychologists who do not take action to ensure test materials are treated in the above manner, may be subject to suit from the test manufacturers and may be denied the right to purchase these necessary materials.

[18] On the hearing of the motion in early February, 2008, Mr. Stone objected to the judge's jurisdiction to make an order against Dr. Hayes on the ground that he was outside the territorial jurisdiction of the Court of Queen's Bench, namely the Province of New Brunswick. The motion judge agreed and her ruling on point is consistent with *McGuire v. McGuire and Desordi*, [1953] O.R. 328 (C.A.), [1953] O.J. No. 731 (QL).

[19] After hearing the parties, the motion judge executed the following order:

IT IS ORDERED pursuant to Rule 31 of the Rules of Court and Section 50 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c.E-11 that:

- the raw data, clinical notes, and testing documentation of Dr. Charles Hayes and Dr. Rebecca Mills within the

control of the Plaintiff, Aaron Stone, be produced to the Defendants; and

- pursuant to Rule 31.11 of the Rules of Court, Dr. Rebecca Mills produce to the Defendants clinical notes and testing documentation compiled by her in respect of the Plaintiff, Aaron Stone.

[The underlining is in the original text]

III. Analysis and Decision

[20] As noted, two production orders were rendered in first instance. The first order is directed at Mr. Stone. The second targets his treating neuropsychologist, Dr. Mills of the Stan Cassidy Centre for Rehabilitation.

A. *Production order directed at Mr. Stone*

[21] Under the first order, Mr. Stone is required to produce, for inspection by the respondents, the raw data, clinical notes and testing documentation in the possession of Dr. Hayes and Dr. Mills. The motion judge distilled from Rule 31 and s. 50 of the *Evidence Act* the requisite authority to make that order.

[22] Rule 31.04(4) reads as follows:

31.04(4) A court may, at any time, order production for inspection of documents generally or of any particular documents in the possession or control of a party for which no privilege is claimed. Where privilege is claimed for a document, the court may inspect the document to determine the validity of such claim.	31.04(4) En tout temps, la cour peut ordonner la production pour examen des documents en général ou d'un document en particulier dont une partie a la possession ou le contrôle et sur lesquels aucun privilège n'a été revendiqué. Si un privilège est revendiqué, la cour peut examiner les documents en question afin de décider si la revendication est justifiée.
--	--

[23] Rule 31.04(4) invests the court with jurisdiction to make a production order against a party. Its key features are: (1) the making of a production order is discretionary; (2) the court may make the order “at any time”; (3) the order may target

documents generally, or a particular document; (4) the document must be in the possession or control of a party; and (5) there must be no claim of privilege over the document. Only two of those features are in controversy in the case at bar: (1) are the documents targeted by the order in the control of Mr. Stone?; and (2) assuming they are, did the motion judge exercise her discretion judicially in favour of ordering production?

[24] A document is in a party's "control" if he or she has an enforceable right to its production for inspection (see *Reilly v. Paul* (2006), 305 N.B.R. (2d) 146, [2006] N.B.J. No. 380 (QL), 2006 NBCA 84, para. 41). In *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, [1992] S.C.J. No. 57 (QL), the Court held that a patient is entitled, upon request, to inspect and copy "all information in the patient's medical file, which the physician considered in administering advice or treatment" (para. 39). Although Dr. Mills is not a physician, there is, in my respectful judgment, no principled basis for limiting the *McInerney* principle to patient/physician relationships. Mr. Stone is a patient of Dr. Mills. As such, he has "control" of the raw test records, clinical notes and testing documentation in Dr. Mills' possession since he has an enforceable right to inspect them and to obtain copies. However, the record shows that Dr. Mills has not complied with Mr. McAllister's September 18, 2006 request for a copy of those documents notwithstanding Mr. Stone's written authorization and despite being served with the respondents' Notice of Motion. On any reasonable view, that state of affairs amounts to a constructive rejection of Mr. McAllister's production request.

[25] The record also shows Dr. Hayes has expressly declined to produce his raw data records, clinical notes and testing documentation. Supporting reasons are offered in his letter of January 7, 2008, the salient parts of which are reproduced at paragraph 17 hereinabove.

[26] There are two currents in Canadian jurisprudence regarding the legal obligations of a party to whom production of relevant medical records has been refused, expressly or constructively, by his or her own treating health professional. The first favours the view that, upon refusal, those records cease to be within the patient/party's

“power” or “control”. In the result, the onus lies on the adverse party to seek a production order directed at the uncooperative health professional (see *Price v. Labossiere* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 253 (Q.B.), [1985] A.J. No. 1067 (QL); *Zerr v. Rahn and Rahn* (1987) 63 Sask.R. 74 (Q.B.), [1987] S.J. No. 682 (QL) and *Canada (Attorney General) v. Spencer* (2000), 199 Sask.R. 127, [2000] S.J. No. 514 (QL), 2000 SKCA 96, para. 18). I distill general support for that approach from *Roberts v. Legere*, where Miller, J. made the following observations on a closely related point at paras. 2-5:

The action involves a claim for personal injuries which appear to be of a serious nature. An examination for discovery was held April 25, 1995, and from that arose several alleged undertakings to provide documents and information.

There appears to be a growing tendency for solicitors to demand and to undertake the production of documents and information which are not within the normal custody and control of the parties or their solicitors.

In my opinion, it is improper for a solicitor to demand an undertaking to produce documents such as medical or tax records not in the possession of the parties. It is equally wrong for a solicitor to acquiesce in such a demand. The best that can be done is to require an undertaking to request the production of such documents in the possession of those not a party to the action.

It is unreasonable to demand of a party the production of documents not in his possession or control - it is worse when the Court is asked to impose sanctions such as a dismissal when such an undertaking is not fulfilled.

Significantly, under Rule 31.08(2)(b), dismissal of the action is one of the potential judicial responses to a plaintiff’s failure to comply with a production order under Rule 31.04(4). That such a draconian measure would only be ordered in exceptional circumstances does not detract from its availability as a sanction.

[27] The second jurisprudential current endorses the view that a party’s inability to secure voluntary production from a treating health professional does not end

the former's "control" over the latter's records. Correlatively, it would be the patient/party's responsibility to seek court-ordered production of those records "rather than the opposing party being required to proceed under Rule 30.10 [our Rule 31.11]" (see Garry D. Watson and Justice Craig Perkins, *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, looseleaf (Scarborough, Ont.: Thomson Canada, 1993) vol. 3, p. 3021).

[28] I find it unnecessary to choose between the two approaches. Even where a document in the custody of a stranger to the action is nonetheless, *stricto jure*, in the "control" of the responding party, the court retains a residual discretion allowing it, albeit in exceptional circumstances, to refrain from ordering production under Rule 31.04(4). Put another way, the court is not required, as a matter of law, to order the production of a producible document. That said, as a general rule, the court ought to exercise its discretion against production only where the responding party has taken reasonable, but unsuccessful, steps to bring about the voluntary transmittal to him or her of the document in the non-party's possession or control. In such a case, the party desirous of production should target the non-party and proceed under Rule 31.11. The motion judge's failure to consider this critical aspect of Rule 31.04(4) opens the door to appellate intervention. I now turn to the other legislative provision invoked by the motion judge as authority for the production order against Mr. Stone, s. 50 of the *Evidence Act*.

[29] That provision reads as follows:

<p>50(1) Subject to subsection (2), a written report or finding of facts prepared by an expert not being a party to the cause, nor an employee of a party, except for the purposes of making such report or finding, nor financially interested in the result of the controversy, and containing the conclusions resulting wholly or partly from information furnished by the cooperation of two or more persons acting for a common purpose, is, in so far as the same may be relevant, admissible when testified to by the person, or one of the persons, making</p>	<p>50(1) Sous réserve du paragraphe (2), le rapport écrit ou les constatations de fait d'un expert qui n'est ni partie à la cause, ni l'employé d'une partie, sauf aux fins de préparer ce rapport ou ces constatations, ni intéressé financièrement à l'issue du litige, et comportant les conclusions résultant en tout ou en partie de renseignements obtenus grâce à la coopération de deux ou plusieurs personnes agissant dans un but commun, peuvent, dans la mesure où ces conclusions sont pertinentes, être admis lorsque la personne, ou une des personnes</p>
--	---

such report or finding without calling as witnesses the persons furnishing the information, and without producing the books or other writings on which the report or finding is based, if, in the opinion of the court, no substantial injustice will be done the opposite party.

50(2) Such report or finding is not admissible unless a reasonable time before offering the same in evidence the party offering it has given notice to the adverse party of his intention to offer it in evidence together with a copy of the report or finding, or so much thereof as may relate to the controversy, and has also afforded the adverse party a reasonable opportunity to inspect and copy any records or other documents in the offering party's possession or control, on which the report or finding was based, and also the names of all persons furnishing facts upon which the report or finding was based, except that it may be admitted if the court finds that no substantial injustice would result from the failure to give such notice.

50(3) Any person who has furnished any information on which such report or finding is based may be called as a witness and cross-examined by the adverse party, but the fact that his testimony is not obtainable does not render the report or finding inadmissible, unless the court finds that substantial injustice would be done to the adverse party by its admission.

présentant ce rapport ou ces constatations l'affirme, sans appeler à témoigner les personnes qui ont fourni les renseignements et sans produire les livres ou autres écrits sur lesquels le rapport ou les constatations sont fondés, si la cour estime qu'aucune injustice grave ne sera commise à l'égard de la partie adverse.

50(2) Ce rapport ou ces constatations ne sont pas admissibles à moins que, dans un délai raisonnable avant de les produire, la partie qui entend les produire n'ait donné avis à la partie adverse de son intention de les présenter en preuve, ne lui ait fait parvenir une copie du rapport ou des constatations, ou de la partie de ceux-ci qui peut avoir trait au litige et ne lui ait fourni une occasion raisonnable d'examiner et de copier les registres ou autres documents qui sont en sa possession ou sous sa surveillance et sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations, de même que les noms de toutes les personnes donnant des renseignements sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations; mais ils peuvent être admis si la cour estime qu'aucune injustice grave ne résulterait du défaut de notification.

50(3) Quiconque a fourni des renseignements sur lesquels ce rapport ou ces constatations sont fondés peut être appelé à témoigner et être contre-interrogé par la partie adverse, mais le fait que son témoignage ne peut être obtenu ne rend pas le rapport ou les constatations inadmissibles, sauf si la cour estime que leur admission causerait une injustice grave à la partie adverse.

[30]

As is readily apparent, s. 50 speaks to the admissibility of specified reports and findings of fact. Significantly, it does so without conferring any judicial authority in relation to production of foundational documents or, for that matter, any other document.

It follows that the motion judge erred in drawing from s. 50 the requisite authority to make the impugned production order against Mr. Stone.

[31] As mentioned in the introduction to these reasons, the respondents' Notice of Motion refers to Rule 52 as a source of judicial authority for the production order they were seeking against Mr. Stone and their Notice of Contention features the claim that the order secured in the court below is sustainable under that Rule. Rules 52.01(1) and (4) read as follows:

52.01 Condition Precedent to Calling Expert Witness at Trial

(1) Where a party intends to call an expert witness at trial, he shall serve on every other party a copy of the expert's signed report which shall contain, or be accompanied by, a statement containing the expert's name, address and qualifications and the substance of his proposed testimony. Service shall be made as soon as practicable and no later than the Motions Day at which the trial date is fixed.

[...]

(4) Where a report has been served under paragraph (1) or paragraph (2), on motion the court may order that any records, documents or other materials on which the report is based be produced for inspection and copying.

52.01 Condition préalable à la convocation d'un témoin expert

(1) La partie qui veut appeler un expert à témoigner au procès doit signifier à chacune des autres parties copie du rapport de l'expert signé par lui. Ce rapport doit indiquer ou être accompagné d'une note indiquant les nom, adresse et compétence de l'expert ainsi que l'essentiel du témoignage qu'il entend rendre. La signification doit se faire aussitôt que possible et au plus tard le jour de la séance des motions où la date du procès sera fixée.

[...]

(4) Lorsqu'un rapport a été signifié en application du paragraphe (1) ou du paragraphe (2), la cour peut, sur motion, ordonner pour examen et reproduction, la production des dossiers, documents ou autres articles sur lesquels se fonde le rapport.

[32] Rule 52.01(1) prescribes a condition precedent of general application to any party's entitlement to call an expert witness at trial. He or she is required to serve on every other party a copy of the expert's report as soon as practicable and no later than the motions day at which the trial date is fixed. The report in question must contain or be

accompanied by a statement containing: (1) the expert's name, address and qualifications; and (2) the substance of his or her proposed testimony.

[33] The record is mute on whether Mr. Stone intends to call Dr. Mills as a witness at trial and one cannot infer such an intention from the record at our disposal. It being unclear, at this time, whether Mr. Stone intends to call Dr. Mills as an expert witness at trial, Rule 52.01 is not engaged.

[34] There being no basis in law, whether under the *Rules of Court* or the *Evidence Act*, for the order directing Mr. Stone to produce Dr. Mills' raw data, clinical notes and testing documentation, I would set it aside. I will now focus on the other facet of the first order, namely the requirement that Mr. Stone produce Dr. Hayes' raw data, clinical notes and testing documentation.

[35] While it is true that Mr. Stone has not given formal notice of his intention to call Dr. Hayes as an expert witness at trial, there is every indication he intends to do so. The following indicators, assessed contextually and cumulatively, point in no other direction: (1) Dr. Hayes is not Mr. Stone's treating neuropsychologist; (2) Mr. Stone was referred by his solicitor to Dr. Hayes for assessment; (3) a copy of Dr. Hayes' signed report was served on the respondents; (4) that report meets the requirements of Rule 52.01(1); (5) the report is largely supportive of Mr. Stone's case; and (6) Mr. Stone's sole argument in the court below against the applicability of Rule 52 was that he did not have possession or control of the foundational documents. In the circumstances, I can only conclude Rule 52 is in play.

[36] Rule 52.01(4), unlike Rules 31.04(4) and 31.11, makes no reference to "possession or control". Rule 52.01(4) provides that where, as here, an expert's signed report has been served on the opposite parties the Court may, on motion, order the production of "*any* records, documents or other materials on which the report is based". In avoiding any reference to the concepts of possession and control, the drafters of Rule 52.01(4) made a conscious choice: if the party intending to call an expert witness at trial

is unable to comply with a production order under Rule 52.01(4), he or she may suffer the consequences, which may include the exclusion of that expert's report and testimony (see *Spencer v. Quadco Equipment Inc. et al.* (2005), 286 N.B.R. (2d) 314, [2005] N.B.J. No. 5 (QL), 2005 NBQB 2 (per Grant J.). Needless to say, courts are duty-bound to consider the interests of all parties in rendering justice according to law and, where a party's inability to produce court-ordered foundational documents significantly hobbles another's ability to challenge the opinions of the expert concerned, one would expect the court to give due consideration to evidential exclusion.

[37] It is beyond debate that Dr. Hayes' report is based on the raw data, clinical notes and testing documentation targeted by the production order against Mr. Stone. That order is, therefore, sustainable under Rule 52.01(4). As mentioned at the hearing, the order's reference to Mr. Stone's "control" serves no useful purpose and needs to be struck. In the result, the first order should read as follows:

Pursuant to Rule 52.01(4), the plaintiff, Aaron Stone, shall produce (for inspection and copying by the defendants) Dr. Hayes' assessment-related raw data records, clinical notes and testing documentation.

B. *Production order directed at Mr. Stone's treating neuropsychologist*

[38] As noted, the motion judge relied upon Rule 31.11 to make the production order directed at Dr. Mills. Rules 31.11(1) and (3) read as follows:

31.11 Documents in the Possession of a Person Not a Party 31.11 Documents en possession d'un tiers

(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 (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

privileged.

non privilégié.

[...]

[...]

(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.

(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.

[39] Rules 31.11(1) and (4) articulate four criteria for the issuance of a production order directed at a non-party: (1) the document in question must be in the possession or control of the non-party; (2) the document must not be privileged; (3) the document must relate to a material issue in the action; and (4) it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without having discovery of the document.

[40] No privilege is claimed over Dr. Mills' raw data records, clinical notes and testing documentation and those documents, unarguably, relate to material issues in the action. It should go without saying that those issues include: the existence of a causal link between, on the one hand, the accident and, on the other, Mr. Stone's alleged injuries; and the severity of any documented accident-related problems.

[41] Moreover, there is no doubt that it would be inequitable to require the respondents to proceed to trial without having discovery of Dr. Mills' raw data records, clinical notes and testing documentation. In that regard, I can do no better than reiterate what was said in *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. 40:

As a general rule, in personal injury actions, all non-privileged documents that bear upon the material issues must be voluntarily produced at the earliest reasonable opportunity. The notes of all treating caregivers, whether labeled as "chart" notes, "progress" notes, "file" notes or "clinical" notes, are almost invariably critical in determining issues such as causality and the seriousness of

the compensable injuries. Courts should not easily accept the view that it would be fair to force the defendant to proceed to trial without the benefit of discovery of those notes.

If Mr. Stone has suffered, as Dr. Mills and Dr. Hayes suggest in their respective reports, a relatively significant traumatic brain injury, the respondents' financial exposure may be dramatic indeed and they have the right to make full answer and defence to the underlying claims.

[42] As mentioned in the introduction to these reasons, the motion judge appears to have inadvertently omitted to include Dr. Mills' raw data records in the list of documents she is required to produce. I would correct that oversight and vary the order under Rule 31.11 to read as follows:

Pursuant to Rule 31.11, Dr. Rebecca Mills shall produce (for inspection and copying by the defendants) her assessment-related raw data records, clinical notes and testing documentation.

IV. Conclusion and Disposition

[43] For the reasons outlined above, I would allow the appeal, in part, by varying the orders granted in the Court of Queen's Bench to read as follows: (1) Pursuant to Rule 52.01(4), the plaintiff, Aaron Stone, shall produce (for inspection and copying by the defendants) Dr. Hayes' assessment-related raw data records, clinical notes and testing documentation; and (2) Pursuant to Rule 31.11, Dr. Rebecca Mills shall produce (for inspection and copying by the defendants) her assessment-related raw data records, clinical notes and testing documentation.

[44] Success at all levels being more or less evenly divided, I would order each side to bear its own costs throughout.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Une neuropsychologue du Nouveau-Brunswick a évalué et traité l'appelant, Aaron Stone, pour un traumatisme crânien qu'il a subi par suite d'un accident. L'appelant a également été évalué par un neuropsychologue de l'extérieur de la province à qui son avocat l'avait adressé et dont le rapport détaillé a été signifié aux intimés. Malheureusement, malgré les demandes que M. Stone leur a adressées par écrit, ni l'un ni l'autre neuropsychologues n'ont produit de copie de tous les dossiers contenant les données brutes pertinentes, de leurs observations cliniques ou de la documentation relative aux tests se trouvant en leur possession. À la suite d'une motion déposée par les intimés, une juge de la Cour du Banc de la Reine a ordonné, premièrement, à M. Stone de produire [TRADUCTION] « les données brutes des [neuropsychologues], leurs observations cliniques et leur documentation relative aux tests dont [il] a le contrôle » et deuxièmement, à la neuropsychologue locale, de faire de même en ce qui concerne l'ensemble des [TRADUCTION] « observations cliniques et [de] la documentation relative aux tests qu'elle a réunies en ce qui concerne [M. Stone] ».

[2] La juge s'est appuyée sur la règle 31.04(4) des *Règles de procédure* et sur l'art. 50 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11 pour rendre la première ordonnance. En vertu de la règle 31.04(4), la Cour peut rendre une ordonnance enjoignant à une partie de produire pour examen des documents pertinents non privilégiés dont elle a la possession ou le « contrôle ». En ce qui concerne l'art. 50 de la *Loi sur la preuve*, il précise les considérations dont le juge tient compte pour statuer sur l'admissibilité d'un rapport d'expert. L'une de ces considérations consiste à savoir si l'on a fourni à la partie adverse une occasion raisonnable d'examiner et de copier les documents sur lesquels se fonde le rapport et qui sont en la possession ou sous la « surveillance » de la partie qui entend le produire. Bien que M. Stone ait formulé plusieurs moyens d'appel, un seul

mérite d'être mentionné à la lumière de l'analyse qui suit : la juge saisie de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant que les données brutes des neuropsychologues, leurs observations cliniques et leur documentation relative aux tests étaient sous son « contrôle » ou sous sa « surveillance ». En réponse à la contestation de la part de M. Stone, les intimés ont non seulement contesté la validité de ses moyens d'appel mais aussi déposé un Avis de désaccord dans lequel ils demandent instamment la confirmation de l'ordonnance de production rendue contre M. Stone en invoquant la règle 52. La règle 52.01(4) dispose que lorsqu'une partie a signifié le rapport d'un expert, signé par ce dernier, dans l'intention d'appeler l'auteur à témoigner au procès, la cour peut ordonner pour examen la production des dossiers, documents ou autres articles sur lesquels se fonde le rapport (les « documents fondamentaux »). Les intimés prétendent que la règle 52.01(4) s'applique à tous les documents fondamentaux, que ceux-ci soient ou non en la possession ou sous le contrôle ou la surveillance de la partie qui a l'intention de citer le témoin expert.

[3] La juge a invoqué la règle 31.11 pour rendre la deuxième ordonnance de production, laquelle, comme nous l'avons vu, vise la neuropsychologue traitante de M. Stone qui exerce au Nouveau-Brunswick. En vertu de la règle 31.11(3), un juge peut ordonner à une personne étrangère à l'action de produire un document non privilégié se trouvant en sa possession ou sous son contrôle lorsque le document en question « 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 ». M. Stone prétend que le dossier ne contient aucun élément de preuve établissant le caractère déterminant des documents en question et le fait qu'il serait injuste d'exiger que les intimés entament le procès sans que ces documents ne leur aient été communiqués au préalable.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie. Premièrement, j'élargirais l'ordonnance de production visant M. Stone en enlevant toute mention des documents se trouvant en la possession de la neuropsychologue locale. Cette partie de l'ordonnance ne saurait être confirmée en vertu : (1) de la règle 31.04(4), parce

que M. Stone a essayé, en vain, d'obtenir une copie de ces documents; (2) de l'art. 50 de la *Loi sur la preuve*, parce que cette disposition traite de l'admissibilité des éléments de preuve et ne confère pas à la Cour le pouvoir d'ordonner la production de documents; et (3) de la règle 52.01(4), parce qu'il n'y a rien dans le dossier qui indique que M. Stone a l'intention d'appeler la neuropsychologue locale à témoigner au procès à titre de témoin experte. Toutefois, je suis convaincu que M. Stone a l'intention d'appeler à titre de témoin expert le neuropsychologue de l'extérieur de la province et je suis d'avis d'appliquer la règle 52.01(4) aux fins de confirmer l'ordonnance de production en ce qui concerne les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests de ce neuropsychologue. Deuxièmement, je suis d'avis de modifier l'ordonnance de production visant la neuropsychologue locale qui a été rendue en vertu de la règle 31.11 en ajoutant les dossiers contenant ses données brutes à la liste des documents ciblés. Tous s'entendent pour reconnaître que c'est par inadvertance que la juge saisie de la motion a omis de les mentionner.

II. Le contexte

[5] Le 23 mai 2005, M. Stone a subi des lésions corporelles lorsque son véhicule est entré en collision avec le véhicule à moteur des intimés au centre-ville de Fredericton, au Nouveau-Brunswick. Plusieurs mois plus tard, il a engagé une action en dommages-intérêts devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. Dans l'exposé de sa demande, M. Stone prétend que la responsabilité délictuelle des intimés est engagée au titre des affections et problèmes suivants qui, prétend-il, sont imputables à l'accident :

[TRADUCTION]

[...] [P]erte de connaissance ou état de conscience altéré; déficits cognitifs dont de la difficulté à créer et à former des pensées; perte d'attention, perte de concentration; amnésie; perte de mémoire à court terme et à long terme; manque du mot; difficulté à retrouver des souvenirs; difficulté à comprendre des instructions; confusion; difficulté à organiser ses pensées; difficulté à effectuer plusieurs tâches à la fois; manque d'intuition; difficulté à faire preuve de

discernement; difficulté à récupérer de l'information; difficulté à retenir une pensée; difficulté à prévoir et à planifier; diminution de la capacité de traiter des renseignements; diminution de la capacité de traiter des renseignements à la vitesse habituelle; déficits affectifs dont de l'angoisse; apathie, perte de la capacité de maîtriser sa colère, tension; irritabilité; comportement non maîtrisé et inapproprié; sentiments de tristesse; sentiment d'être dépassé; impatience; sentiments d'exaspération; sentiments de fatigue; changements d'humeur; impulsivité; diminution de la libido ou de la pulsion sexuelle; manque de motivation; craintes; comportement agressif ou tendance à ergoter; sentiments de solitude; céphalées, tout particulièrement à l'arrière et au côté gauche de la tête; coupures et lacérations à l'oreille gauche; sécheresse de la bouche; douleurs et malaises au cou; limitation de l'amplitude des mouvements du cou; douleurs et malaises aux épaules droite et gauche; douleurs et malaises au poignet gauche; douleurs et malaises au haut et au bas du dos; contusions à la poitrine; pneumothorax du côté gauche; contusions et lacérations au foie et à la rate; fracture d'une côte du côté droit et de quatre côtes du côté gauche; fracture au côté gauche du bassin; douleurs et malaises aux jambes droite et gauche; engourdissement et picotement aux jambes droite et gauche; entorse à la cheville droite; anomalie de la démarche; tremblement dans tout le corps; variation de la température du corps; constipation; perturbation de la structure du sommeil; fatigue; anxiété; frustration; stress; difficulté à conserver la chaleur; bouffées de chaleur; nausées; douleur chronique; lésion du tissu conjonctif; syndrome de la douleur chronique; et perte générale de souplesse, de force et d'endurance.

M. Stone sollicite des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « souffrances et douleurs, préjudice d'agrément, perte de revenus, perte de capacité lucrative, perte de services utiles, perte de capacité ménagère et coût des soins ».

[6] Dans l'exposé de leur défense, les intimés nient être responsables de l'accident. Ils mettent également en question la nature et la gravité des blessures et pertes que M. Stone a subies du fait de l'accident.

[7] Par suite de l'accident, M. Stone a été évalué et soigné par M^{me} Rebecca Mills, neuropsychologue au Centre de réadaptation Stan Cassidy, à Fredericton. Le 18 septembre 2006, l'avocat de M. Stone, George McAllister, a écrit à M^{me} Mills une lettre dans laquelle il lui demandait de [TRADUCTION] « bien vouloir [lui] faire parvenir [...] une copie du dossier médical complet de M. Stone » et d'y [TRADUCTION] « inclure [ses] notes manuscrites, les radiographies ainsi que les consultations données ou obtenues qu'[elle] pouvait avoir ». Dans un document qui accompagnait cette lettre, M. Stone autorisait M^{me} Mills [TRADUCTION] « à divulguer tous les renseignements, en particulier [...] les renseignements médicaux, qu'[elle] pouvait avoir à [son] avocat » et lui donnait comme instruction [TRADUCTION] « d'adresser toute communication ultérieure à [son] avocat sauf précision contraire de ce dernier ». Le dossier montre qu'au moment de l'audience devant le tribunal d'instance inférieure, la demande de M^e McAllister datée du 18 septembre 2006 restait toujours sans réponse.

[8] Toutefois, M^e McAllister a finalement réussi à obtenir une copie des dossiers de son client au Centre Stan Cassidy, lesquels dossiers comprennent des rapports dans lesquels M^{me} Mills pose le diagnostic de traumatisme cérébral grave. Une copie des dossiers du Centre Stan Cassidy a été envoyée à l'avocat des intimés, Richard Costello, c.r., le 16 avril 2007 sans aucune indication donnant à penser que M. Stone a l'intention d'appeler M^{me} Mills à témoigner comme expert au procès.

[9] L'interrogatoire préalable a eu lieu le 23 avril 2007. Le dossier est muet en ce qui concerne la nature des engagements que M. Stone a pu donner, si tant est qu'il en ait donnés, concernant les « constatations » de M^{me} Mills et de M. Hayes (voir la règle 32.06(3) (« Portée de l'interrogatoire »), la décision *Beck c. La Haie* (1989), 38 C.P.C. (2d) 67 (H.C.J.), [1989] O.J. No. 1598 (QL), la règle 33.12 (« Sanction » [en cas de refus ou d'omission de s'acquitter d'un engagement]) et la décision *Couto et al. c. Toronto Transit Commission et al.* (1987), 59 O.R. (2d) 406 (H.C.J.), [1987] O.J. No. 2241 (QL)). Je souligne, entre parenthèses, que si une partie manque à l'engagement qu'elle a pris à l'interrogatoire préalable de demander à une personne étrangère à l'action

de lui fournir des renseignements ou des documents, la Cour pourrait l'obliger à respecter son engagement au moyen d'une ordonnance enjoignant à cette partie de faire exactement ce qu'elle s'est engagée à faire. Dans ce contexte, une ordonnance enjoignant à une partie de « demander » des renseignements ou des documents à un tiers est irrécusable (voir la décision *Roberts c. Legere* (1996), 173 R.N.-B. (2^e) 1 (C.B.R.), [1996] A.N.-B. n^o 63 (QL)).

[10] Pendant que M. Stone était soigné par M^{me} Mills, son avocat l'a adressé à un autre neuropsychologue, Charles Hayes, qui exerce à Halifax, en Nouvelle-Écosse. À la suite de l'évaluation neuropsychologique qu'il a faite de M. Stone au début de mars 2007, M. Hayes a remis un rapport complet exposant dans le détail ses constatations, opinions et conclusions. Dans ce rapport, daté du 27 août 2007, M. Hayes dresse le bilan suivant des « signes » recensés :

[TRADUCTION]

Résumé des signes neuropsychologiques

La capacité cognitive de M. Stone se situe clairement dans la moyenne selon des estimés de ses niveaux d'aptitude antérieurs à la blessure et selon les notes ultérieures qu'il s'est méritées pendant l'évaluation. Il n'y a pas eu d'amélioration appréciable des notes obtenues au WAIS-III [Échelle d'Intelligence de Wechsler pour adultes] entre l'évaluation de 2006 et l'évaluation actuelle en ce qui concerne son aptitude intellectuelle.

Il semble éprouver de légères difficultés à maintenir un niveau d'attention suffisant, tout particulièrement dans des situations exigeantes. Ce problème a été identifié pour la première fois par M^{me} Mills.

Les notes qu'il a obtenues en ce qui concerne sa capacité de lire un mot unique et sa compréhension de textes étaient conformes à son niveau d'instruction. Les notes obtenues en arithmétique et en orthographe étaient relativement plus faibles que celles obtenues relativement à ses aptitudes verbales et pourraient en partie être le reflet des difficultés éprouvées sur le plan de la mémoire de travail.

Aucune difficulté n'a été décelée sur le plan des aptitudes ressortissant à ses fonctions exécutives ni sur celui des capacités langagières. Aucun déficit de perception n'a été identifié.

M. Stone continue de se plaindre de problèmes persistants sur le plan de la mémoire. Quelques légers déficits persistants ont été identifiés. Ainsi, il y avait une incapacité marquée à retenir une liste de mots sans rapport les uns avec les autres bien qu'on lui ait permis de faire douze essais en vue de l'acquérir. Le test en question, le *Verbal Selective Reminding Test* de Buschke, est difficile. Les notes obtenues par M. Stone indiquaient une déficience.

Les résultats obtenus à tous les indices du WMS-III [Échelle clinique de mémoire de Daniel Wechsler] se situaient dans le registre prévu étant donné son rendement au WAIS-III [Échelle d'Intelligence de Wechsler pour adultes]. Les données actuelles, bien qu'elles indiquent toujours l'existence d'une légère déficience par rapport aux niveaux antérieurs à la lésion qui sont présumés, ne semblent pas indiquer une amélioration constante. Cette constatation serait compatible avec les données existantes en matière de rétablissement qui montrent que la restauration la plus spectaculaire a lieu au cours de la première année. Ainsi, il existe des signes de difficultés persistantes à conserver une certaine vigilance. Cela ressort des notes plus faibles obtenues sur le plan de la mémoire de travail.

Les signes de douleur chronique

L'examen du dossier médical de M. Stone montre clairement que la douleur fait partie de son existence quotidienne depuis la collision de véhicules à moteur qui a eu lieu en 2005. Les signes qui ressortent de la présente évaluation psychologique montrent que M. Stone souffre de douleur persistante qui est pour lui une source de préoccupation. Il a qualifié le niveau actuel de sa douleur de pénible. Il semble être perturbé par cette douleur constante et il est concentré sur celle-ci. Certains signes ont montré que sa pensée tend à considérer sa douleur comme une catastrophe en se concentrant trop étroitement sur celle-ci.

Selon son interprétation, le niveau de sa douleur est considérable. Elle nuit à tous les aspects de sa vie quotidienne. Il indique que son incapacité de travailler est l'aspect de sa douleur chronique qui perturbe le plus sa vie.

Il existe de très nombreux témoignages qui donnent à penser que la douleur chronique peut perturber l'apprentissage et nuire à la capacité de retenir de l'information et de la récupérer. Il semble raisonnable de conclure que les notes légèrement inférieures qu'il a obtenues à la suite du test-retest pourraient traduire des variables courantes associées à sa douleur constante.

Les signes de trouble de stress post-traumatique

Toute lésion traumatique peut créer les conditions nécessaires et suffisantes pour une réaction de stress post-traumatique. Dans le cas de M. Stone, cette éventualité est peu probable puisqu'il n'a aucun souvenir de l'accident. Il s'ensuit que les séquelles normales consistant en des images et des pensées dérangeantes découlant d'une remémoration de la collision sont peu susceptibles de l'incommoder. Son amnésie relative aux événements lui épargne cette possibilité.

- [11] De plus, dans son rapport, M. Hayes fait état en détail de son [TRADUCTION] « impression » diagnostique et donne un aperçu des incidences que pourraient avoir sur la carrière de M. Stone sa douleur chronique et les déficits sur le plan de [TRADUCTION] « la mémoire de travail et du fonctionnement mnésique ».

[TRADUCTION] Impression diagnostique

M. Stone travaillait et semblait être en bonne santé et bien se porter avant la collision de véhicules à moteur qui a eu lieu le 23 mai 2005. Selon le diagnostic établi, il a subi des lésions multiples dont un grave traumatisme cérébral par suite de la collision survenue en 2005.

Il a été évalué à trois reprises au moyen d'une batterie de tests et d'inventaires neuropsychologiques : le 11 juillet 2005 – quatre mois après avoir subi les lésions; le 27 juillet 2006 – un an et quatre mois après avoir subi les lésions; et

enfin la présente évaluation du 6 mars 2007 – deux ans après les lésions.

Lors de la première évaluation, rien n'indiquait la présence de séquelles émotionnelles. Lors de la deuxième évaluation, toutefois, il montrait des signes certains de difficultés émotionnelles. Prenons par exemple la constatation suivante tirée du rapport de M^{me} Mills : [TRADUCTION] « [...] *M. Stone a inscrit des items évocateurs de niveaux cliniquement importants de dépression et d'anxiété liés à son état de santé qui découlent de préoccupations ressortissant à des symptômes somatiques* (p. 6). Ces préoccupations d'ordre émotionnel sont toujours présentes. M. Stone montre des signes persistants de désintérêt affectif et de dépression. Ce profil de dépression semble maintenant être le fait d'une inadaptation de longue date. Son sentiment de dépression est parfois profond. Bien qu'il ait dit avoir des idées suicidaires mais pas d'intention suicidaire, l'évaluation de sa personnalité donne à penser qu'il pourrait, à certains moments, devenir suicidaire.

Il existe une possibilité qu'il fasse une consommation abusive de certaines substances. Il devrait être surveillé en ce qui concerne sa consommation d'alcool et de drogues illicites.

AXE I	296.22	Trouble dépressif majeur, récurrent, chronique et d'intensité moyenne.
AXE II	V71.09	Pas de diagnostic. Éléments d'un grave trouble de la personnalité évitante.
AXE III		Douleur chronique imputable à la collision de véhicules à moteur du 23 mars 2005.
AXE IV		Préoccupations d'ordre financier, incapacité de travailler. Avenir incertain.
AXE V	EGF=70	(Courant)

Les incidences professionnelles

À ce moment-ci, M. Stone ne peut pas travailler et ce, pour deux raisons : (1) le degré de douleur chronique tenace qu'il éprouve et (2) les déficits persistants qu'il éprouve sur

le plan de la mémoire de travail et du fonctionnement mnésique. Si la douleur devenait plus facile à gérer, il pourrait sans doute être capable, sur le plan physique, de retourner travailler. Il éprouverait néanmoins des difficultés persistantes sur le plan de sa mémoire de travail, ce qui, dans certains cas, nuit directement à sa capacité d'acquérir de l'information et de la récupérer. Voir, par exemple, la section qui précède sur le *Verbal Selective Reminding Test* de Buschke lors duquel sa capacité à se rappeler des mots sans rapports les uns avec les autres au cours d'essais répétés traduisait un écart-type plus de quatre fois inférieur à la moyenne pour la cohorte du même âge que lui.

[En italique dans l'original.]

[12] Après avoir examiné le rapport de M. Hayes, M^c Costello a demandé à M^c McAllister de donner comme directive à M. Hayes et à M^{me} Mills de remettre leurs observations cliniques et leurs données brutes au psychologue dont ses clients avaient retenu les services, M. Gary Fecteau, de Saint John, au Nouveau-Brunswick. M^c Costello a justifié sa demande de transmission directe et exclusive de [TRADUCTION] « psychologue à psychologue » en invoquant le *Code canadien de déontologie professionnelle des psychologues*, lequel, selon son interprétation, interdisait la divulgation de données brutes et de renseignements cliniques à toute personne autre qu'un psychologue agréé.

[13] Dans une lettre datée du 26 septembre 2007, M^c McAllister a informé M. Hayes que les services de M. Fecteau avaient été retenus afin qu'il [TRADUCTION] « examine [ses] fiches et [dossiers contenant des] données brutes » et lui demandait de lui faire parvenir (à M^c McAllister) une copie des documents en question en vue de leur examen. M^c McAllister terminait sa lettre en faisant les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Nous estimons qu'il serait contraire à la déontologie de vous demander de faire parvenir [une copie des documents] à M. Fecteau puisqu'il est l'expert de la partie adverse. Tout échange de renseignements doit avoir lieu entre les avocats. Nous sommes d'avis que toute autre façon de procéder contreviendrait à notre Code de

déontologie professionnelle. Dans l'attente de votre réponse, je vous prie d'agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs.

[L'italique est de moi.]

Il est à remarquer que la question soulevée dans l'énoncé en italique est examinée dans l'arrêt *May c. Lythgoe*, 2008 NBCA 53.

[14] Le 1^{er} octobre 2007, M^e McAllister a répondu à la demande de M^e Costello en vue de la transmission directe et exclusive des renseignements et documents de M. Hayes à M. Fecteau :

[TRADUCTION]

Nous sommes au fait des dispositions du *Code de déontologie professionnelle* des psychologues auxquelles vous vous reportez. Nous sommes d'avis que bien qu'il soit dans l'intérêt public de restreindre la diffusion du test, etc., dans le domaine public, les dispositions limitant cette diffusion ont une portée beaucoup trop large. Les psychologues ne devraient pas être empêchés par leur *Code de déontologie professionnelle* de fournir volontairement les tests, etc., à leurs clients dans le cadre d'un litige ou aux avocats de ces derniers à moins que cela ne compromette la santé du patient.

Bien que nous ayons la certitude que les psychologues privilégient avant tout l'intérêt public, nous estimons également qu'ils ont été influencés par les éditeurs des tests qui ont un intérêt commercial à faire en sorte que les tests ne tombent pas dans le domaine public.

Quoi qu'il en soit, nous avons écrit à M. Hayes et lui avons demandé ses fiches ainsi que les résultats des tests. Nous n'avons pas reçu de réponse de sa part.

À titre d'avocats, nous avons l'obligation de représenter nos clients avec diligence et d'une façon honorable. Il n'y a aucun honneur à s'effacer et à permettre à des experts d'échanger des renseignements et des documents sans que les avocats aient la possibilité de les examiner.

Vous êtes certes au courant de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire **Clements c. Fougère**, [2007] A.N.B.

n° 18. Pour le cas où M. Hayes ne fournirait pas les documents demandés, *nous vous invitons à déposer une motion en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à M. Hayes de nous fournir ces documents.*

[L'italique est de moi.]

[15] Le 20 décembre 2007, les intimés ont déposé un avis de motion contre M. Stone, M. Hayes et M^{me} Mills en vue d'obtenir les mesures réparatoires suivantes :

[TRADUCTION]

[...] [C]onformément aux règles 31.11 et 52 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick et à l'art. 50 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. ch. E-11, la divulgation et la production des données brutes, des observations cliniques et de la documentation relative aux tests de M. Charles Hayes et de M^{me} Rebecca Mills en vue de leur remise à M. Gary Fecteau, psychologue clinicien, ainsi que les dépens afférents à la présente motion.

La mention de la « divulgation » est sans conséquence, les mémoires des parties ayant essentiellement porté sur la production de documents.

[16] Le 28 décembre 2007, M^c McAllister a remis à M^c Costello une copie des documents que M. Hayes lui avait envoyés en réponse à la demande qu'il lui avait faite le 26 septembre 2007 en vue d'obtenir le [TRADUCTION] « dossier complet » de son client. M^c McAllister a souligné que les documents semblent consister dans le dossier de M. Hayes, à l'exclusion de ses [TRADUCTION] « tests ou des résultats de M. Stone à ces tests ».

[17] Dans une lettre datée du 7 janvier 2008, M. Hayes a accusé réception d'une copie de l'avis de motion des intimés et a confirmé qu'il avait fourni à M^c McAllister [TRADUCTION] « le contenu du dossier psychologique de M. Stone à l'exception des formules de correction des tests et des protocoles ». De plus, M. Hayes y confirmait qu'il était disposé à fournir les données brutes contenues dans son dossier, y compris les protocoles des tests, à M. Fecteau, si M. Stone y consentait par écrit.

M. Hayes a fourni les motifs suivants aux fins d'expliquer sa réticence à remettre les documents en question à M^e McAllister:

[TRADUCTION]

Les psychologues sont tenus de communiquer des données brutes et des protocoles de tests à des psychologues qualifiés si le patient a donné par écrit son consentement en bonne et due forme autorisant ce transfert. En l'absence d'un consentement signé, une ordonnance judiciaire est nécessaire pour qu'il y ait transmission des données brutes.

Le consentement dont je dispose me permet de vous envoyer directement les renseignements en question, mais pas à M. Gary Fecteau. Les données brutes versées au dossier de M. Stone comprennent des protocoles de tests que je dois m'employer à protéger.

L'organisme de réglementation qui régit l'exercice de la psychologie en Nouvelle-Écosse est le Nova Scotia Board of Examiners in Psychology (NSBEP). Les personnes inscrites auprès du NSBEP sont tenues de respecter le *Code canadien de déontologie professionnelle des psychologues* ainsi que les *Standards for Providers of Psychological Services* et les *Standards of Professional Conduct* du NSBEP.

Il nous est interdit de communiquer des documents protégés par droits d'auteur. La communication des protocoles de tests à des personnes qui n'ont pas la formation voulue pour les interpréter et dégager le sens véritable des données obtenues est considérée comme une violation.

Les éditeurs des tests considèrent ces documents comme des renseignements commerciaux propriétaires, protégés par le droit d'auteur et confidentiels qui s'apparentent à des secrets commerciaux et ils les traitent et les protègent en conséquence (voir <http://www.cpa.ca/PIPEDA> à la rubrique *Test Disclosure Policy*).

Certaines études confirment que si les items de test et les protocoles de test étaient facilement accessibles, l'intégrité du test et du modèle de notation pourrait être compromise et cela porterait préjudice au public. Les éditeurs des tests s'attendent à ce que les psychologues fassent tout ce qu'ils

peuvent pour protéger les documents et pour protéger les items et les critères de notation lorsqu'ils répondent à une demande écrite ou à une assignation de témoin. Ils affirment que le psychologue devrait obtenir une ordonnance judiciaire ou une convention d'exonération lorsqu'il fait l'objet d'une demande ou sommation de ce genre et que celle-ci devrait idéalement contenir les éléments suivants :

- a.) limitation de l'accès aux documents et aux témoignages concernant les documents au plus petit nombre de personnes possible, de préférence aux personnes qui satisfont à la ligne de conduite de l'éditeur du test en ce qui concerne les compétences requises;
- e.) limitation de la reproduction des tests;
- f.) assurance que les documents seront rendus ou détruits à la fin de l'audience suivie d'une confirmation de leur remise ou de leur destruction;
- g.) mise sous scellé ou retrait du dossier de toute partie de ces documents qui est divulguée dans le cadre, notamment, de plaidoiries ou de témoignages afin de préserver l'intégrité des évaluations. Il est essentiel que les tests ne tombent pas dans le domaine public.

Les psychologues qui ne prennent pas les mesures voulues pour s'assurer que les tests sont traités de la manière susmentionnée peuvent faire l'objet d'une poursuite de la part des éditeurs de tests et peuvent se voir refuser le droit d'acheter ces documents qui leur sont nécessaires.

[18] Lors de l'audition de la motion au début de février 2008, M. Stone a contesté la compétence de la juge de rendre une ordonnance contre M. Hayes pour le motif que celui-ci se trouvait hors du ressort de la Cour du Banc de la Reine, savoir la province du Nouveau-Brunswick. La juge saisie de la motion a souscrit à sa prétention et sa décision à cet égard est conforme à l'arrêt *McGuire c. McGuire and Desordi*, [1953] O.R. 328 (C.A.), [1953] O.J. No. 731 (QL).

[19] Après avoir entendu les parties, la juge saisie de la motion a rendu l'ordonnance suivante :

[TRADUCTION]

IL EST ORDONNÉ, conformément à la règle 31 des Règles de procédure et à l'art. 50 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11 :

- que les données brutes de M. Charles Hayes et de M^{me} Rebecca Mills, leurs observations cliniques et leur documentation relative aux tests dont le demandeur, Aaron Stone, a le contrôle ou qui sont sous sa surveillance soient remises aux défendeurs;
- que, conformément à la règle 31.11 des Règles de procédure, M^{me} Rebecca Mills remette aux défendeurs les observations cliniques et la documentation relative aux tests qu'elle a réunies en ce qui concerne le demandeur, Aaron Stone.

[Souligné et italique dans l'original.]

III. Analyse et décision

[20] Comme nous l'avons vu, deux ordonnances de production ont été rendues en première instance. La première vise M. Stone. La deuxième a pour cible sa neuropsychologue traitante, M^{me} Mills, du Centre de réadaptation Stan Cassidy.

A. *L'ordonnance de production visant M. Stone*

[21] Aux termes de la première ordonnance, M. Stone est tenu de produire, afin que les intimés les examinent, les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests se trouvant en la possession de M. Hayes et de M^{me} Mills. La juge saisie de la motion a tiré de la règle 31 et de l'art. 50 de la *Loi sur la preuve* le pouvoir nécessaire pour rendre cette ordonnance :

[22] La règle 31.04(4) est ainsi rédigée :

31.04(4) A court may, at any time, order production for inspection of documents generally or of any particular documents in the possession or control of a party for which no privilege is claimed. Where privilege is claimed for a document, the court may inspect the document to determine the validity of such claim.

31.04(4) En tout temps, la cour peut ordonner la production pour examen des documents en général ou d'un document en particulier dont une partie a la possession ou le contrôle et sur lesquels aucun privilège n'a été revendiqué. Si un privilège est revendiqué, la cour peut examiner les documents en question afin de décider si la revendication est justifiée.

[23] La règle 31.04(4) confère à la Cour la compétence de rendre une ordonnance de production contre une partie. Les éléments essentiels de cette règle sont les suivants : (1) le prononcé d'une ordonnance de production est discrétionnaire; (2) la cour peut rendre l'ordonnance « [e]n tout temps »; (3) l'ordonnance peut viser des documents en général ou un document en particulier; (4) il doit s'agir d'un document dont une partie a la possession ou le contrôle; et (5) le document ne doit faire l'objet d'aucune revendication de privilège. Seuls deux de ces éléments sont en litige en l'espèce : (1) M. Stone a-t-il le contrôle des documents visés par l'ordonnance? et (2) à supposer qu'il en ait le contrôle, la juge saisie de la motion a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire aux fins d'ordonner la production?

[24] Un document relève du « contrôle » d'une partie si celle-ci jouit d'un droit exécutoire à sa production pour examen (voir l'arrêt *Reilly c. Paul* (2006), 305 R.N.-B. (2^e) 146, [2006] A.N.-B. n° 380 (QL), 2006 NBCA 84, au par. 41). Dans l'arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, [1992] A.C.S. n° 57 (QL), la Cour a statué que le patient a le droit d'examiner et de reprographier, sur demande, « tous les renseignements consignés dans le dossier médical dont le médecin a tenu compte en donnant des conseils ou un traitement » (au par. 39). Bien que M^{me} Mills ne soit pas médecin, je suis respectueusement d'avis qu'il n'existe aucune raison de principe pour laquelle on devrait limiter le principe énoncé dans l'arrêt *McInerney* aux rapports entre patient et médecin. M. Stone est le patient de M^{me} Mills. Il a, de ce fait, le « contrôle » des données brutes des tests, des observations cliniques et de la documentation relative aux tests se trouvant en la possession de M^{me} Mills puisqu'il a le droit exécutoire de les examiner et d'en obtenir des copies. Toutefois, le dossier montre que M^{me} Mills n'a pas

accédé à la demande que lui a faite M^e McAllister, le 18 septembre 2006, en vue d'obtenir une copie de ces documents malgré l'autorisation écrite de M. Stone et malgré le fait qu'elle a reçu signification de l'avis de motion des intimés. Quel que soit l'angle sous lequel on l'envisage raisonnablement, cette situation équivaut à un rejet implicite de la demande de production de M^e McAllister.

[25] Le dossier montre également que M. Hayes a expressément refusé de produire les dossiers contenant ses données brutes, ses observations cliniques et sa documentation relative aux tests. Il donne les raisons de ce refus dans sa lettre du 7 janvier 2008, dont les parties saillantes sont reproduites au paragraphe 17 ci-dessus.

[26] Il y a deux courants jurisprudentiels au Canada en ce qui concerne les obligations légales d'une partie à qui le professionnel de la santé qui la soigne a refusé, soit expressément soit implicitement, la production de dossiers médicaux pertinents. Le premier est en faveur de l'opinion qui veut que dès qu'il y a refus, les dossiers en question cessent de relever de l'« autorité » ou du « contrôle » de ce patient ou de cette partie. Il s'ensuit qu'il incombe alors à la partie adverse de solliciter une ordonnance de production visant le professionnel de la santé qui refuse de coopérer (voir les décisions *Price c. Labossiere* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 253 (C.B.R.), [1985] A.J. No. 1067 (QL) et *Zerr c. Rahn et Rahn* (1987), 63 Sask.R. 74 (C.B.R.), [1987] S.J. No. 682 (QL) et l'arrêt *Canada (Attorney General) c. Spencer* (2000), 199 Sask.R. 127, [2000] S.J. No. 514 (QL), 2000 SKCA 96, au par. 18). Je dégage un appui général à cette approche de la décision *Roberts c. Legere*, où le juge Miller a fait les observations suivantes sur un point tout à fait connexe, aux par. 2 à 5 :

[TRADUCTION]

L'action porte sur une réclamation pour des blessures qui semblent graves. L'interrogatoire préalable, qui a eu lieu le 25 avril 1995, a soulevé plusieurs présumés engagements à fournir des documents et des renseignements.

Il semble y avoir de plus en plus d'avocats qui exigent la production de documents et de renseignements, dont les

parties ou leurs procureurs n'ont généralement ni la garde ni le contrôle, et qui s'engagent à les produire.

Je suis d'avis qu'un avocat ne devrait pas exiger d'une partie qu'elle s'engage à produire des documents, tels un dossier médical ou un dossier d'impôt, qui ne sont pas en sa possession. Pas plus qu'un avocat ne devrait acquiescer à une telle demande. La meilleure chose à faire est de demander qu'elle s'engage à demander la production des documents qui sont en la possession de personnes qui ne sont pas parties à l'action.

Il est déraisonnable d'exiger d'une partie qu'elle produise des documents dont elle n'a ni la garde ni le contrôle – c'est pire encore quand on demande à la cour d'imposer des sanctions, tel un rejet, parce que l'engagement n'a pas été respecté.

Chose importante, aux termes de la règle 31.08(2)b), le rejet de l'action est une des réponses judiciaires possibles à l'omission du demandeur d'obtempérer à une ordonnance de production rendue en vertu de la règle 31.04(4). Le fait qu'une mesure aussi draconienne ne puisse être ordonnée que dans des circonstances exceptionnelles ne change rien au fait qu'elle est disponible comme sanction.

[27] Le deuxième courant jurisprudentiel souscrit à l'opinion voulant que l'incapacité d'une partie d'obtenir la production volontaire de la part du professionnel de la santé qui le soigne ne mette pas fin au « contrôle » du premier sur les dossiers du second. Corrélativement, il incomberait à ce patient ou à cette partie de demander à la cour d'ordonner la production de ces dossiers [TRADUCTION] « et non pas à la partie adverse de présenter une demande en vertu de la règle 30.10 [notre règle 31.11] » (voir l'ouvrage de Garry D. Watson et du juge Craig Perkins, intitulé *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, feuillets mobiles (Scarborough, (Ont.): Thomson Canada, 1993) vol. 3, à la p. 3021).

[28] J'estime inutile de choisir entre les deux approches. Même lorsqu'un document qui est sous la garde d'une personne étrangère à l'action est néanmoins, *stricto jure*, sous le « contrôle » de la partie intimée, la cour conserve un pouvoir discrétionnaire

résiduel qui lui permet, quoique dans des circonstances exceptionnelles, de s'abstenir d'ordonner la production sous le régime de la règle 31.04(4). Autrement dit, la cour n'est pas obligée, en droit, d'ordonner la production d'un document susceptible d'être produit. Cela dit, en règle générale, la cour ne devrait exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle a de ne pas ordonner la production seulement lorsque la partie intimée a pris des mesures raisonnables, mais en vain, pour obtenir que les documents se trouvant en la possession ou sous le contrôle du tiers lui soient transmis volontairement. Dans ce cas, la partie qui souhaite la production devrait viser le tiers et recourir à la règle 31.11. L'omission de la juge saisie de la motion d'examiner cet aspect fondamental de la règle 31.04(4) ouvre la voie à l'intervention de la Cour d'appel. J'examinerai maintenant l'autre disposition législative sur laquelle s'est appuyée la juge saisie de la motion afin de rendre l'ordonnance de production contre M. Stone, savoir l'art. 50 de la *Loi sur la preuve*.

[29] Cette disposition est ainsi rédigée :

50(1) Subject to subsection (2), a written report or finding of facts prepared by an expert not being a party to the cause, nor an employee of a party, except for the purposes of making such report or finding, nor financially interested in the result of the controversy, and containing the conclusions resulting wholly or partly from information furnished by the cooperation of two or more persons acting for a common purpose, is, in so far as the same may be relevant, admissible when testified to by the person, or one of the persons, making such report or finding without calling as witnesses the persons furnishing the information, and without producing the books or other writings on which the report or finding is based, if, in the opinion of the court, no substantial injustice will be done the opposite party.

50(2) Such report or finding is not admissible unless a reasonable time before offering the same in evidence the party

50(1) Sous réserve du paragraphe (2), le rapport écrit ou les constatations de fait d'un expert qui n'est ni partie à la cause, ni l'employé d'une partie, sauf aux fins de préparer ce rapport ou ces constatations, ni intéressé financière-ment à l'issue du litige, et comportant les conclusions résultant en tout ou en partie de renseignements obtenus grâce à la coopération de deux ou plusieurs personnes agissant dans un but commun, peuvent, dans la mesure où ces conclusions sont pertinentes, être admis lorsque la personne, ou une des personnes présentant ce rapport ou ces constatations l'affirme, sans appeler à témoigner les personnes qui ont fourni les renseignements et sans produire les livres ou autres écrits sur lesquels le rapport ou les constatations sont fondés, si la cour estime qu'aucune injustice grave ne sera commise à l'égard de la partie adverse.

50(2) Ce rapport ou ces constatations ne sont pas admissibles à moins que, dans un

offering it has given notice to the adverse party of his intention to offer it in evidence together with a copy of the report or finding, or so much thereof as may relate to the controversy, and has also afforded the adverse party a reasonable opportunity to inspect and copy any records or other documents in the offering party's possession or control, on which the report or finding was based, and also the names of all persons furnishing facts upon which the report or finding was based, except that it may be admitted if the court finds that no substantial injustice would result from the failure to give such notice.

délai raisonnable avant de les produire, la partie qui entend les produire n'ait donné avis à la partie adverse de son intention de les présenter en preuve, ne lui ait fait parvenir une copie du rapport ou des constatations, ou de la partie de ceux-ci qui peut avoir trait au litige et ne lui ait fourni une occasion raisonnable d'examiner et de copier les registres ou autres documents qui sont en sa possession ou sous sa surveillance et sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations, de même que les noms de toutes les personnes donnant des renseignements sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations; mais ils peuvent être admis si la cour estime qu'aucune injustice grave ne résulterait du défaut de notification.

50(3) Any person who has furnished any information on which such report or finding is based may be called as a witness and cross-examined by the adverse party, but the fact that his testimony is not obtainable does not render the report or finding inadmissible, unless the court finds that substantial injustice would be done to the adverse party by its admission.

50(3) Quiconque a fourni des renseignements sur lesquels ce rapport ou ces constatations sont fondés peut être appelé à témoigner et être contre-interrogé par la partie adverse, mais le fait que son témoignage ne peut être obtenu ne rend pas le rapport ou les constatations inadmissibles, sauf si la cour estime que leur admission causerait une injustice grave à la partie adverse.

[30] Il est tout de suite manifeste que l'art. 50 traite de l'admissibilité de rapports et constatations de fait précis. Chose importante, il le fait sans conférer aucun pouvoir judiciaire en ce qui concerne la production de documents sur lesquels le rapport ou les constatations sont fondées ou, d'ailleurs, de n'importe quel autre document. Il s'ensuit que la juge saisie de la motion a commis une erreur en tirant de l'art. 50 le pouvoir voulu pour rendre l'ordonnance de production contestée contre M. Stone.

[31] Comme je l'ai dit dans l'introduction aux présents motifs, l'avis de motion des intimés mentionne la règle 52 comme étant la source du pouvoir de la Cour de rendre l'ordonnance de production qu'ils sollicitaient contre M. Stone et dans leur Avis de désaccord, ils prétendent que l'ordonnance obtenue devant le tribunal d'instance

inférieure est soutenable en vertu de cette règle. Les règles 52.01(1) et (4) sont ainsi rédigées :

52.01 Condition Precedent to Calling Expert Witness at Trial

(1) Where a party intends to call an expert witness at trial, he shall serve on every other party a copy of the expert's signed report which shall contain, or be accompanied by, a statement containing the expert's name, address and qualifications and the substance of his proposed testimony. Service shall be made as soon as practicable and no later than the Motions Day at which the trial date is fixed.

[...]

(4) Where a report has been served under paragraph (1) or paragraph (2), on motion the court may order that any records, documents or other materials on which the report is based be produced for inspection and copying.

52.01 Condition préalable à la convocation d'un témoin expert

(1) La partie qui veut appeler un expert à témoigner au procès doit signifier à chacune des autres parties copie du rapport de l'expert signé par lui. Ce rapport doit indiquer ou être accompagné d'une note indiquant les nom, adresse et compétence de l'expert ainsi que l'essentiel du témoignage qu'il entend rendre. La signification doit se faire aussitôt que possible et au plus tard le jour de la séance des motions où la date du procès sera fixée.

[...]

(4) Lorsqu'un rapport a été signifié en application du paragraphe (1) ou du paragraphe (2), la cour peut, sur motion, ordonner pour examen et reproduction, la production des dossiers, documents ou autres articles sur lesquels se fonde le rapport.

[32] La règle 52.01(1) impose une condition suspensive, d'application générale, au droit d'une partie quelle qu'elle soit d'appeler un expert à témoigner au procès. La partie en question est tenue de signifier à chacune des autres parties copie du rapport de l'expert aussitôt que possible et au plus tard le jour de la séance des motions où la date du procès sera fixée. Le rapport en question doit indiquer ou être accompagné d'une note indiquant premièrement, les nom, adresse et compétence de l'expert et deuxièmement, l'essentiel du témoignage qu'il entend rendre.

[33] Le dossier est muet en ce qui concerne la question de savoir si M. Stone a l'intention d'appeler M^{me} Mills à témoigner au procès et il nous est impossible d'inférer l'existence d'une telle intention à partir du dossier dont nous disposons. Puisque nous ne

savons pas très bien, à ce moment-ci, si M. Stone a l'intention d'appeler M^{me} Mills à témoigner au procès, la règle 52.01 ne s'applique pas.

[34] Puisque l'ordonnance enjoignant à M. Stone de produire les données brutes de M^{me} Mills ainsi que ses observations cliniques et sa documentation relative aux tests n'a aucun fondement en droit, que ce soit en vertu des *Règles de procédure* ou de la *Loi sur la preuve*, je suis d'avis de l'annuler. Je me pencherai maintenant sur l'autre facette de la première ordonnance, savoir l'obligation qui est faite à M. Stone de produire les données brutes de M. Hayes ainsi que ses observations cliniques et sa documentation relative aux tests.

[35] Bien qu'il soit vrai que M. Stone n'a pas donné un avis officiel de son intention d'appeler M. Hayes à témoigner comme expert au procès, il y a tout lieu de croire qu'il a l'intention de le faire. Les indicateurs suivants, appréciés contextuellement et cumulativement, nous amènent à cette seule conclusion : (1) M. Hayes n'est pas le neuropsychologue traitant de M. Stone; (2) l'avocat de M. Stone a adressé ce dernier à M. Hayes en vue d'une évaluation; (3) une copie du rapport de M. Hayes, signé par lui, a été signifiée aux intimés; (4) ce rapport satisfait aux conditions énoncées à la règle 52.01(1); (5) le rapport appuie en grande partie les prétentions de M. Stone; et (6) le seul argument que M. Stone ait invoqué devant le tribunal d'instance inférieure contre l'applicabilité de la règle 52 était que les documents fondamentaux n'étaient ni en sa possession ni sous son contrôle. Dans les circonstances, je ne puis que conclure que la règle 52 s'applique.

[36] La règle 52.01(4), contrairement aux règles 31.04(4) et 31.11, ne mentionne pas « la possession ou le contrôle ». La règle 52.01(4) dispose que lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le rapport d'un expert, signé par lui, a été signifié aux parties adverses, la Cour peut, sur motion, ordonner la production « des dossiers, documents ou autres articles sur lesquels se fonde le rapport ». En évitant toute mention des concepts que sont la possession et le contrôle, les rédacteurs de la règle 52.01(4) ont fait un choix conscient : si la partie qui a l'intention d'appeler un expert à témoigner au

procès est incapable de respecter une ordonnance de production rendue en vertu de la règle 52.01(4), cette partie pourra en subir les conséquences, lesquelles peuvent notamment consister dans l'exclusion du rapport et du témoignage de l'expert (voir la décision *Spencer c. Quadco Equipment Inc. et al.* (2005), 286 R.N.-B. (2^e) 314, [2005] A.N.-B. n° 5 (QL), 2005 NBBR 2 (le juge Grant). Il va sans dire que les tribunaux sont tenus de tenir compte des intérêts de toutes les parties aux fins de rendre la justice conformément à la loi et lorsque l'incapacité d'une partie de produire, conformément à une ordonnance judiciaire, les documents fondamentaux compromet sérieusement la capacité d'une autre partie de contester les opinions de l'expert dont s'agit, on peut s'attendre à ce que la cour envisage la possibilité d'écarter ces éléments de preuve.

[37] Il ne fait aucun doute que le rapport de M. Hayes est fondé sur les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests qui sont visées par l'ordonnance de production rendue contre M. Stone. Cette ordonnance est donc soutenable en vertu de la règle 52.01(4). Comme nous l'avons dit à l'audience, la mention, dans l'ordonnance, du « contrôle » exercé par M. Stone ne remplit aucune fin utile et doit être radiée. Il s'ensuit que la première ordonnance devrait être rédigée ainsi :

[TRADUCTION]

Conformément à la règle 52.01(4), le demandeur, Aaron Stone, produira (pour examen et reproduction par les défendeurs) les dossiers contenant les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests que M. Hayes a réunis dans le cadre de son évaluation.

B. *L'ordonnance de production visant la neuropsychologue traitante de M. Stone*

[38] Comme nous l'avons souligné, la juge saisie de la motion s'est appuyée sur la règle 31.11 pour rendre l'ordonnance de production visant M^{me} Mills. Les règles 31.11(1) et (3) sont ainsi rédigées :

31.11 Documents in the Possession of a Person Not a Party

31.11 Documents en possession d'un tiers
(1) Lorsqu'un document est en la

(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.

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.

[...]

[...]

(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.

(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.

[39] Les règles 31.11(1) et (4) énoncent quatre critères régissant la délivrance d'une ordonnance de production visant une personne qui n'est pas partie à l'action : (1) le document en question doit être en la possession ou sous le contrôle de la personne qui n'est pas partie à l'action; (2) il doit s'agir d'un document non privilégié; (3) le document doit avoir trait à une question déterminante dans cette action; et (4) il serait injuste d'exiger que le requérant entame le procès sans que le document lui ait été communiqué au préalable.

[40] Aucun privilège n'est revendiqué sur les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests de M^{me} Mills et ces documents ont incontestablement trait à des questions déterminantes dans l'action. Il devrait aller de soi que ces questions comprennent notamment l'existence d'un lien de causalité entre, d'une part, l'accident et, d'autre part, les prétendues lésions de M. Stone ainsi que la gravité des troubles ou problèmes documentés qui sont imputables à l'accident.

[41] De plus, il ne fait aucun doute qu'il serait injuste d'exiger que les intimés entament le procès sans que les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests de M^{me} Mills leur aient été communiquées au préalable. À cet égard, je ne puis faire mieux que réitérer ce qui a été dit au par. 40 de l'arrêt

Fougère et al. c. Clements et al. (2007), 311 R.N.-B. (2^e) 368, [2007] A.N.-B. n^o 18 (QL), 2007 NBCA 4:

En règle générale, dans une action pour dommage corporel, tous les documents non privilégiés qui se rapportent aux questions substantielles doivent être volontairement produits à la première occasion raisonnable. Les notes de tous les soignants visés, qu'on les qualifie de notes figurant au « dossier », de notes d'« évolution » ou encore de notes ou d'observations « cliniques », sont presque invariablement essentielles pour trancher des questions comme la causalité et la gravité des dommages indemnifiables subis par le demandeur. Les tribunaux ne devraient pas souscrire d'emblée à l'opinion selon laquelle il serait juste de forcer le défendeur à se présenter au procès sans que ces notes lui aient été communiquées au préalable.

Si M. Stone a subi, comme le laissent entendre M^{me} Mills et M. Hayes dans leurs rapports respectifs, un traumatisme cérébral relativement important, les risques financiers auxquels sont exposés les défendeurs pourraient être réellement phénoménaux et ils ont le droit d'opposer une défense pleine et entière aux prétentions sous-jacentes.

[42] Comme je l'ai mentionné dans l'introduction aux présents motifs, la juge saisie de la motion semble avoir omis, par inadvertance, de mentionner les dossiers contenant les données brutes de M^{me} Mills dans la liste des documents que celle-ci doit produire. Je suis d'avis de rectifier cet oubli et de modifier l'ordonnance rendue en vertu de la règle 31.11 afin qu'elle soit ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

Conformément à la règle 31.11, M^{me} Rebecca Mills produira (pour examen et reproduction par les défendeurs) les dossiers contenant les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests qu'elle a réunis dans le cadre de son évaluation.

IV. Conclusion et dispositif

[43] Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis d'accueillir l'appel, en partie, en modifiant les ordonnances rendues par la Cour du Banc de la Reine afin qu'elles soient ainsi rédigées : (1) Conformément à la règle 52.01(4), le demandeur, Aaron Stone, produira (pour examen et reproduction par les défendeurs) les dossiers contenant les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests que M. Hayes a réunis dans le cadre de son évaluation. (2) Conformément à la règle 31.11, M^{me} Rebecca Mills produira (pour examen et reproduction par les défendeurs) les dossiers contenant les données brutes, les observations cliniques et la documentation relative aux tests qu'elle a réunis dans le cadre de son évaluation.

[44] Les parties ayant plus ou moins eu gain de cause également à tous les niveaux, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie supporte ses propres dépens en première instance et en appel.