COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

7-09-CA
13-09-CA

RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ 6, [a body corporate], and DR. MICHEL BLANCHARD AND DR. CLAUDE BÉLISLE

APPELLANTS

- and -

MÉLISSA ROBICHAUD

RESPONDENT

Régie régionale de la santé 6, Dr. Blanchard and Dr. Bélisle v. Robichaud, 2009 NBCA 51

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 12, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 19, 2009

Judgment rendered:
August 20, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ 6, une personne morale, le Dr MICHEL BLANCHARD ET le Dr CLAUDE BÉLISLE

APPELANTS

- et -

MÉLISSA ROBICHAUD

INTIMÉE

Régie régionale de la santé 6, le Dr Blanchard et le Dr Bélisle c. Robichaud, 2009 NBCA 51

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 12 janvier 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 19 mai 2009

Jugement rendu :
Le 20 août 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

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

Counsel at hearing:

For the appellants:
Nathalie L. Godbout and
Tracey K. DeWare

For the respondent:
John C. Friel, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants:
Nathalie L. Godbout et
Tracey K. DeWare

Pour l'intimée:
John C. Friel, c.r.

LA COUR

Rejette l'appel et condamne les appelants aux dépens.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] It is widely accepted that a party is required, in preparation for discovery, to adequately acquaint him– or herself with the material documents, including the pleadings, and any information bearing on the relevant issues. While the immediate objective of that requirement is an efficient discovery process, its overarching goal – one shared by the manifold provisions of the *Rules of Court* designed to counter dilatoriness – is justice that is both reasonably affordable and swift. That said, it is rare for even a well-prepared party to undergo discovery without encountering a question that he or she is unable to answer on the spot. In those circumstances, it is appropriate and indeed expected that the party being examined will promise to provide an answer at a later time. Undertakings of that nature play an indispensable role in modern litigation. Indeed, their judicious use and timely fulfillment speeds up discovery and, by way of consequence, abridges the interval between that process and a merits-based resolution of the dispute.

[2] Be that as it may, experienced litigation lawyers are keenly alive to the risks associated with the indiscriminate giving of undertakings at discovery. Their satisfaction often proves elusive for a variety of reasons and the potential judicial responses to non-fulfillment run the gauntlet of increasing seriousness, from an order simply directing prompt satisfaction (most often complemented by an appropriate order of costs) to the dismissal of the claim or the striking of the Statement of Defence, as may be. Needless to say, wasted time and resources invariably flow from any refusal or neglect to fulfill undertakings. While readily acknowledging that a claim's dismissal for delay is warranted only very exceptionally, the appellants argue no other outcome is suitable in the particular circumstances of the case at hand.

[3] In the underlying medical malpractice action, the plaintiff, Mélissa Robichaud, gave a number of undertakings at discovery, some of which stood unfulfilled for quite some time despite repeated prodding by the appellants. Frustrated with what they perceived as procrastination on Ms. Robichaud's part in connection with the satisfaction of her undertakings and the discovery process as a whole, the appellants, Dr. Michel Blanchard and Dr. Claude Bélisle, applied for the dismissal of her action pursuant to Rule 26.01 ("Dismissal of Action for Delay").

[4] On the eve of the motion hearing, Ms. Robichaud folded and agreed to a Consent Order requiring the execution within specified deadlines of various steps in the litigation, including the fulfillment of her outstanding undertakings, and prescribing, in what I refer hereinafter as the Dispositive Clause, the dismissal of her action "without further order of the Court" in the event of "any failure on [her] part to comply with these deadlines". Ms. Robichaud complied with all of the deadlines specified in the Consent Order except one, the deadline for the fulfillment of her undertakings at discovery. When she attempted to set the action down for trial, the appellants objected and applied for a <u>fresh</u> order to dismiss on three distinct grounds: (1) delay (Rule 26.01); (2) non-fulfillment of undertakings (Rule 33.12); and (3) the Dispositive Clause.

[5] In a decision delivered orally shortly after the hearing, the motion judge found the common law prerequisites for an order of dismissal for want of prosecution had not all been met and he dismissed the motion on that basis, thereby implicitly extending the time prescribed in the Consent Order for the fulfillment of Ms. Robichaud's discovery undertakings.

[6] The appellants' frontline contention is that the motion judge was required, as a matter of law, to give effect to the Dispositive Clause once it was established that Ms. Robichaud had "failed" to honor her discovery undertakings within the timeframe specified in the then still fully operative Consent Order. Their fallback position is that the motion judge failed to exercise his discretion judicially in declining their request for dismissal on the basis of delay and failure to fulfill undertakings. After hearing counsel

for the appellants, we dismissed the appeal, with reasons to follow. Here are those reasons.

II. Context

[7] The background facts, as depicted in the parties' written submissions, are not in substantial dispute, at least for the purposes of the present appeal. Accordingly, the account that follows borrows liberally from those submissions, but, needless to say, it is offered without prejudice to the parties' ability to fine-tune the narrative for other purposes, including trial.

[8] Ms. Robichaud is now a resident of Dieppe, N.B. At the time of the events referenced in her Statement of Claim, she lived in Gloucester County, N.B., more specifically in the small rural community of Robertville.

[9] Dr. Blanchard and Dr. Bélisle are members of the medical profession practicing in Bathurst, N.B. The former does so as a general practitioner, the latter as a radiologist. The other appellant, Régie régionale de la santé 6, operates the Chaleur Regional Hospital in Bathurst.

[10] Ms. Robichaud was moving boxes in early October 2002, when she injured her back. A few weeks later, she attended at the Chaleur Regional Hospital for medical care and treatment, at which time she was diagnosed with a low back sprain and discharged.

[11] Ms. Robichaud returned to the Chaleur Regional Hospital on November 1, 2002 for further medical care and treatment. She was examined by Dr. Blanchard and x-rays of her lumbar spine were interpreted by Dr. Bélisle as revealing no significant abnormality. A diagnosis of left sciatica was settled upon and she was, once again, discharged.

[12] Ms. Robichaud returned to the Chaleur Regional Hospital a few days later, at which time Dr. Blanchard examined her back anew. She underwent CT scans of the lumbar spine and pelvis as well as a pelvic ultrasound that were interpreted by Dr. Bélisle. Ms. Robichaud was then admitted to the Chaleur Regional Hospital, only to be transferred, the next day, to the Moncton Hospital for an MRI scan and surgery. Eventually, Ms. Robichaud was diagnosed with *cauda equina*, a debilitating condition characterized, *inter alia*, by incontinence, urinary and vaginal infections, pain to the back and legs, loss of sexual sensation and perineal numbing.

[13] Ms. Robichaud commenced her action for damages in October of 2004. The underlying claim is premised on the theory that her condition: (1) adversely affects all aspects of her daily life, including her capacity to work and to provide for herself and her family; and (2) is traceable, both factually and legally, to the defendants' negligence in the treatment and care they provided and/or failed to provide when she attended at the Chaleur Regional Hospital in October and November 2002.

[14] The record at our disposal shows the following steps were taken between the commencement of the action and the issuance of the Consent Order on February 12, 2008: (1) April, 2005: service of the Notice of Action with Statement of Claim attached on the three appellants; (2) March and April, 2006: filing and service by Dr. Blanchard and Dr. Bélisle of a Statement of Defence and Cross-Claim (targeting the Régie) and by the Régie of a Statement of Defence and Cross-Claim (targeting Dr. Blanchard and Dr. Bélisle); (3) August 29-30 and November 29, 2006: oral discovery of Ms. Robichaud, during which she provides the undertakings subsequently targeted by the Consent Order; and (4) January 10, 2007: examination for discovery of Dr. Blanchard. Dr. Bélisle did not submit to discovery at that time as he was attending an out-of-province conference. He subsequently made himself available for discovery on a number of occasions throughout 2007, but the process had to be put off as counsel for Ms. Robichaud was either unable or unwilling to proceed at the appointed time.

[15] On January 14, 2008, Dr. Blanchard and Dr. Bélisle filed a Notice of Motion seeking, by way of primary relief, an order dismissing the action for delay pursuant to Rule 26.01 and, alternatively, an order compelling Ms. Robichaud to complete her examination for discovery of the appellants within sixty days. I pause to note that, under Rule 26.01, a defendant who is not in default under either the Rules or a court order may apply to have the action dismissed for delay where the plaintiff has failed to set the action down for trial within 6 months after the close of pleadings.

[16] As noted, shortly before the hearing, the parties reached a settlement regarding the relief sought in the Notice of Motion. On February 12, 2008, a judge of the Court of Queen's Bench executed the Consent Order, which incorporates the agreed-upon terms:

> (a) [Ms. Robichaud] shall complete all discoveries of the remaining defendants by May 31, 2008;
>
> (b) The parties shall complete all outstanding undertakings by June 30, 2008;
>
> (c) [Ms. Robichaud] shall deliver all Notices of Expert Reports to opposing counsel no later than October 31, 2008;
>
> (d) [Ms. Robichaud] shall file the Notice of Trial and Trial Record no later than November 14, 2008 in order that trial dates may be set at the December 2008 Motions Day;
>
> (e) Any failure on the part of [Ms. Robichaud] to comply with these deadlines shall result in the action being dismissed in its entirety without further order of the Court; […]

[17] While Ms. Robichaud subsequently complied with clauses (a), (c) and (d) (she completed the remaining discoveries, delivered all Notices of Expert Reports to opposing counsel and filed the Notice of Trial and Trial Record within the specified deadlines), the appellants were of one voice in protesting she had failed to comply with

the deadline specified for the fulfillment of undertakings (clause (b)). Rather than attempt to persuade the clerk of the court of their entitlement to dismissal based upon the Dispositive Clause, the appellants opted to return before a judge of the Court of Queen's Bench.

[18] In the Notices of Motion that launched the proceedings giving rise to the present appeal, each appellant sought a fresh order dismissing the action for: (a) delay pursuant to Rule 26.01; (b) "failure to answer undertakings given at examination for discovery" pursuant to Rule 33.12; and (c) failure to comply with the Consent Order's deadline for completion of outstanding undertakings. I note parenthetically that, although Dr. Blanchard and Dr. Bélisle also sought an order of dismissal on the ground that Ms. Robichaud failed to deliver in time Notices of Expert Reports to opposing counsel, the motion judge found there had been compliance with the deadline specified in clause (c), and that finding is not contested on appeal.

[19] At the hearing in the court below, the appellants conceded Ms. Robichaud had promptly completed some of the undertakings given at her examination for discovery, most notably the execution of consent forms for the release of medical information, and that they had received "all the medical information [they] were looking for". They also emphasized that the "most important [undertakings], certainly from [their] perspective, was to get the particulars" of the negligence alleged in the Statement of Claim before acknowledging those undertakings had been fully satisfied in the run-up to the hearing.

[20] In reasons delivered from the bench within a few hours after hearing the parties, the motion judge found Ms. Robichaud's "failure" to comply with clause (b) had been innocent, her counsel being of the honest belief that "all outstanding undertakings" had been completed before June 30, 2008. He also found Ms. Robichaud had substantially fulfilled her undertakings as required by clause (b), "albeit later than what was prescribed in the [Consent Order]". Although there had been delay for which the lion's share of the blame lay with Ms. Robichaud, the motion judge was not convinced it

was inexcusable. Nor was he convinced the moving parties were seriously prejudiced by the delay. Ultimately, the motion judge was not persuaded, "on the whole of the circumstances", that the sought-after dismissal was "the appropriate and just measure". That being so, he dismissed the motion.

[21] Two separate appeals were filed against the motion judge's decision, one by Dr. Blanchard and Dr. Bélisle, the other by the Régie. Their consolidation was ordered at the outset of the hearing in this Court, hence the single style of cause. More significantly for our present purposes, both Notices of Appeal feature the same grounds of appeal.

[22] The first four are thematically linked in that each is designed to challenge the motion judge's refusal to dismiss the action on the theory that the "undisputed" evidence triggered the application of the Dispositive Clause. In the appellants' submission, Ms. Robichaud's "failure" to comply with the specified deadline for the fulfillment of undertakings engaged the Dispositive Clause, thereby stripping the motion judge of any discretion to fashion a remedy less draconian than dismissal. The appellants also contend the motion judge erred in law in effectively extending beyond June 30, 2008, the deadline prescribed in clause (b), in circumstances where a formal Notice of Motion for such relief under Rule 3.02 had not been filed by Ms. Robichaud. As will be seen, the last-mentioned contention is moot in light of the conclusion formulated later in these reasons regarding the Dispositive Clause's applicability. That said, and as I later endeavor to point out in *obiter* musings, there may well be another, more compelling, objection to bringing Rule 3.02 into the mix.

[23] The penultimate ground challenges the motion judge's consideration of the seriousness of Ms. Robichaud's health problems and the significance of her claim in determining the motion for dismissal for delay (Rule 26.01) and dismissal for non-fulfillment of undertakings (Rule 33.12). The final ground of appeal takes issue with what the appellants describe as the motion judge's decision "[to restrict] his review of the circumstances argued by [them] as grounds for dismissal pursuant to Rule 26.01 to the

period subsequent to [the Consent Order]". The appellants' companion contention is that the motion judge was required, as a matter of law, to consider all delay-related circumstances, including the events leading up to the Consent Order. Those circumstances would include the following: (1) from the outset, counsel for Ms. Robichaud resisted discovery until he secured an expert opinion in support of his client's claim; (2) Ms. Robichaud had possession of the original x-rays pertaining to her lawsuit, but delayed making them available to Dr. Bélisle until April 2, 2006, more than 1.5 years after her lawsuit was filed; (3) Ms. Robichaud did not deliver a draft Affidavit of Documents until a motion was filed to compel its production; (4) several letters to counsel for Ms. Robichaud requesting satisfaction of her discovery undertakings went unanswered; and (5) on a number of occasions, the examination for discovery of Dr. Bélisle and the Hospital was cancelled at the last minute, for no valid and sufficient reason, by counsel for Ms. Robichaud. That list does not purport to be exhaustive.

III. Analysis and Decision

[24] At its core, the appeal raises two questions: (1) was the motion judge bound by the Dispositive Clause to dismiss the action once he found Ms. Robichaud had "failed" to comply with the deadline prescribed by clause (b) of the Consent Order for the fulfillment of "all outstanding undertakings"?; (2) if not, did he commit reversible error in applying the principles that inform the determination of motions for relief under Rules 26.01 and 33.12? In my respectful judgment, the answer to each question is no.

A. *Can the appellants succeed on the basis of the Dispositive Clause?*

[25] The determination of this question cannot be divorced from the context, which, of course, includes the provisions of the underlying Notices of Motion and the submissions made to the motion judge. Each Notice of Motion featured a number of prayers for relief, which appeared in the following sequence: (1) an abridgement of time for service pursuant to Rule 3.02; (2) dismissal of the action pursuant to Rule 26.01; (3) dismissal of the action pursuant to Rule 33.12 for "failure to answer undertakings given at

examination for discovery"; and (4) dismissal of the action for "failure to comply with a Court Order that [Ms. Robichaud] complete all outstanding undertakings by June 30, 2008". The grounds relied upon were then set out in the following order: (1) There has been inordinate delay in the prosecution of the action; (2) The delay is inexcusable and prejudicial, and was caused solely by Ms. Robichaud; (3) She has failed to satisfy the undertakings given at her examination for discovery held in August 2006 and November 2006; and (4) Ms. Robichaud is in breach of the [Consent Order]. As can be seen, unlike the Notices of Appeal, the Notices of Motion refer to Ms. Robichaud's alleged breach of the Consent Order as one of several bases for the court's exercise of discretion in favor of a fresh order of dismissal. Put another away, the Notices of Motion do not feature a claim that the Dispositive Clause compelled the motion judge to dismiss the action once it was established Ms. Robichaud was in breach of the Consent Order. There is no doubt in my mind that the case for dismissal articulated in this Court differs fundamentally from the one presented in the court below.

[26] While the moving parties repeatedly spotlighted in their oral submissions Ms. Robichaud's "failure" to abide by clause (b) of the Consent Order, they did not press, as a discrete self-sufficient basis to prevail, the point that the "failure" in question triggered the application of the Dispositive Clause, which, in turn, operated to foreclose the exercise of any judicial discretion in shaping the remedy. Rather, on my reading of the record, the thrust of the appellants' submission to the motion judge was that the "failure" on point constituted "disobedience of a peremptory court order" that sufficed to establish the first of the two pre-conditions (for the issuance of an order for dismissal of an action for delay) formulated by Diplock L. J. in *Allen v. Sir Alfred McAlpine and Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543:

> What then are the principles which the court should apply in exercising its discretion to dismiss an action for want of prosecution on a defendant's application? The application is not usually made until the period of limitation for the plaintiff's cause of action has expired. It is then a Draconian order and will not be lightly made. It should not in any event be exercised without giving the plaintiff an

> opportunity to remedy his default, unless the court is satisfied either that the default has been intentional and contumelious, or that the inexcusable delay for which the plaintiff or his lawyers have been responsible has been such as to give rise to a substantial risk that a fair trial of the issues in the litigation will not be possible at the earliest date at which, as a result of the delay, the action would come to trial if it were allowed to continue. It is for the defendant to satisfy the court that one or the other of these two conditions is fulfilled. Disobedience to a peremptory order of the Court would be sufficient to satisfy the first condition. Whether the second alternative is satisfied will depend on the circumstances of the particular case; but the length of the delay may of itself suffice to satisfy this condition if the relevant issues would depend on the recollection of witnesses of events which happened long ago. [pp. 555-56]
>
> [The underlining is mine]

Indeed, in her submission to the motion judge, counsel for one of the appellants adverted to the underlined sentence before closing with the statement "that's what we have here, we do have an order of the Court [that has been disobeyed]".

[27] As might be expected, the reasons for decision in the court below speak to the central issue framed by the moving parties: were the conditions precedent to the issuance of a dismissal order under Rule 26.01 satisfied? The motion judge was asked to resolve that question by reference to the common law, and that is precisely what he did. Thus, his reasons for decision focus on whether the delay was inexcusable and whether consequential prejudice had been shown:

> In support of their position, the defendants have brought to my attention case law, including the oft-mentioned case of *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, a decision of Lord Diplock, who determined that three criteria must be met for a defendant to succeed on an application such as the one contained in the present motion.
>
> The criteria outlined in *Allen* and, I must say, followed by the courts in New Brunswick in the cases that were submitted to me by both counsel for the defending parties, the criteria are the following:

> that there must be an inordinate delay on the part of the plaintiff;
>
> the inordinate delay must be inexcusable; and
>
> the defendant is likely to be seriously prejudiced by this delay.

Emphasis is placed on the [following passage] in *Allen*:

> Disobedience to a peremptory order of the Court would be sufficient to satisfy the first condition. Whether the second alternative is satisfied will depend on the circumstances of the particular case, but the length of the delay may of itself suffice to satisfy this condition if the relevant issues would depend on the recollection of witnesses (of events) which happened long ago.

While it is true that there has been a delay in many aspects of this case and in regards to some aspects of this case that are in part attributable to the plaintiff, I am not convinced that the delay is inexcusable and that under all the circumstances that it would be appropriate or warranted to dismiss the case as requested for delay.

In my view, the dismissal of the action, considering all of the circumstances, is simply not warranted. I am mindful of the defendants' preoccupations in regards to certain aspects and the continued requests for information from the plaintiff.

However, every case must stand, and does stand, on its own facts, and on the whole of the circumstances I cannot conclude that the drastic measure or remedy of dismissal of a case for delay is the appropriate and just measure that should be considered, owing to the circumstances of this case.

The plaintiff has met the conditions contained in the order, albeit – more specifically, paragraph (b) – albeit later than what was prescribed in the order. But substantially most of the court order, it can be argued, in my view, has been met.

I am not convinced that the defendants are seriously prejudiced by the delay in bringing this action to trial.

> The Court's inherent jurisdiction, in my view, to dismiss an action for delay in a case as serious as the present one must be exercised with the utmost care.
>
> In brief, having considered the applicable principles of law, the circumstances of the delay, the nature of the delay and the extent of the prejudice which the defendants may have been put through, I conclude that the motions brought by the defendants should be dismissed.

[28] Had it been necessary, I would have given reluctant but serious consideration to summarily dismissing the grounds of appeal founded upon the supposed conclusive effect of the Dispositive Clause on the basis that they seek to re-cast to an impermissible extent the case presented in first instance. In that regard, I need only point out that the Court has made plain on a number of occasions, most recently in *Sabian Ltd. v. Zildjian*, [2009] N.B.J. no. 210 (QL), 2009 NBCA 43, its aversion to such tactics. Happily, there are other reasons compelling the rejection of the grounds in question.

[29] It is hornbook law that dismissal of an action for delay or for non-fulfillment of undertakings is a discretionary remedy that is appropriate only in the clearest of cases. It is equally axiomatic that clear language is required to oust judicial discretion in procedural matters. Counsel for the appellants would have been aware of those elementary principles when they drafted the Consent Order. That would likewise have been the case for Ms. Robichaud's counsel and the issuing judge when they signed on. That being so, the common expectation of all those who signed the Consent Order had to have been that a strict interpretation would be given to its deadline-fixing clauses and the Dispositive Clause. After all, those clauses effectuate a process that excludes, in specified circumstances, the court's discretion in fashioning an appropriate remedial response to procedural shortcomings. In my view, if the Consent Order is reasonably open to an interpretation that keeps open the door to a determination of the claim on the merits and one that closes it, the Court must favor the former.

[30] I begin the interpretative analysis of the Dispositive Clause with its textual reproduction: "Any failure on the part of [Ms. Robichaud] to comply with these deadlines shall result in the action being dismissed in its entirety without further order of the Court". One is immediately struck by the fact that the wording does not explicitly capture the case at hand, namely one where non-compliance with the deadline for the fulfillment of undertakings is the product of an innocent mistake by counsel. In fact, the drafters did not even make an effort to cover, at least expressly, instances of "neglect" to fulfill undertakings, which, as is well known to litigation lawyers, are specifically addressed in Rule 33.12.

[31] Bare non-compliance with clauses (a), (b), (c) and (d) of the Consent Order is insufficient to engage the Dispositive Clause. On a plain reading of the latter clause, there must be a "failure" on the part of Ms. Robichaud to comply with the specified "deadlines". In this particular context, the word "failure" cannot be read as encompassing innocent non-compliance with the deadline imposed by clause (b) for the fulfillment of undertakings. Try as I might, I simply cannot bring myself to accept that the parties and the issuing judge intended dismissal to follow even where, as here, only one of the deadlines was missed and counsel for Ms. Robichaud honestly believed it, too, had been complied with. The motion judge does not appear to have directed his mind to this threshold question of interpretation. With respect, his finding that there had been a "failure" on Ms. Robichaud's part to comply with the deadline set by clause (b) cannot be sustained. There is, as well, another aspect of the dispositive clause that stands in the way of its application in the case at bar.

[32] As noted, Ms. Robichaud complied with every deadline specified in the Consent Order, except one. Significantly, the Dispositive Clause does not state that failure to comply with <u>any</u> of the specified deadlines will entail dismissal without further order of the court. Rather, it provides that "any failure to comply with <u>these deadlines</u>" will have that effect. The appellants would have the Court tweak the clause in question to read: "Any failure on the part of [Ms. Robichaud] to comply with <u>any of</u> these deadlines shall result in the action being dismissed in its entirety without further order of the

Court". Having regard to the stakes and settled rules of interpretation, the cumulative effect of which favors Ms. Robichaud, judicial re-writing of the Consent Order is out of the question.

[33] In my respectful view, the record does not reveal a "failure" on Ms. Robichaud's part to comply with "[the Consent Order's] deadlines". It follows that the Dispositive Clause is not engaged. That conclusion suffices to dismiss the appellants' first four grounds of appeal. Nonetheless, I would make the following observations with respect to the application of Rule 3.02 in cases of this nature, if only to sketch the broad outlines of any future debate on point. Of course, that debate will need to occur in some other case since the Consent Order is no longer operative, having been overtaken by events, chief among which is the jettison on the appellants' motion of the process for setting trial dates prescribed by clause (d).

[34] As is well known by litigation practitioners, Rules 3.02(1) and (2), which closely track the wording of Order 3, rule 5 of the English Rules of the Supreme Court, allow the court to extend the time prescribed by an order, either before or after its expiration. There appears to be strong judicial support in England for the view that, despite its broad wording, Order 3, rule 5 cannot be relied upon by a plaintiff in default under an order dismissing the action unless he or she does some act within a specified time (see *Whistler v. Hancock* (1878), 3 Q.B.D. 83; *King v. Davenport* (1879), 4 Q.B.D. 402; and *Script Phonograph Co. v. Gregg* (1890), 59 L.J. Ch. 406). The underlying rationale is that the action has ceased to exist, and there is, therefore, no purpose to be served by an extension of time. That said, it remains an open question whether such an arguably "technical" approach is harmonious with our *Rules of Court*, having regard, in particular, to Rule 1.03(2), which enjoins courts to liberally construe all rules to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits, and Rule 2 ("Non-Compliance with the Rules"). When and if the issue arises, the court will need to consider those rules and any other rule that might bear, directly or indirectly, on the status of the action where its dismissal has been conditionally pre-ordered in the circumstances mentioned above. Needless to say, the key question will be

whether the approach espoused in *Whistler v. Hancock*, *King v. Davenport* and *Script Phonograph Co. v. Gregg* is in synch with our *Rules of Court* and the values they seek to promote (see, in particular, *Coopers & Lybrand Ltd. v. Hongkong Bank of Canada* (1994), 150 N.B.R. (2d) 81 (Q.B.), [1994] N.B.J. No. 271 (QL) (Deschênes J., as he then was).

B. *Did the judge commit reversible error in disposing of the motions under Rules 26.01 and 33.12?*

[35] Dismissal for any reason unrelated to the merits of the case is a discretionary remedy and the court's discretion ought to be exercised against the issuance of an order so providing unless there is good and sufficient cause to do otherwise: *Betts v. Norris* (1991), 120 N.B.R. (2d) 384 (C.A.), [1991] N.B.J. No. 1036 (QL), Ryan J.A. for the Court, and *Michaud v. Robertson* (1999), 219 N.B.R. (2d) 362 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 490 (QL). As Diplock L.J. observed in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, "orders of this nature should not be made lightly due to their Draconian effect – at least where a limitation period has expired" (p. 555), which is precisely the case here. Before an action can be dismissed for want of prosecution, the delay must be both inordinate and inexcusable, and have impaired to a significant extent the defendant's ability to make full answer and defence or to prosecute either a cross-claim or third party claim.

[36] There is merit to the appellants' complaint that delay has been a recurring theme in the life of the underlying action. While most of the blame for that unacceptable state of affairs lies with Ms. Robichaud, the appellants are not entirely without fault. In that regard, I note they waited nearly one year after being served with the originating process before filing their Statement of Defence and Cross-Claim. That said, no useful purpose would be served by delving further into the parties' contribution to the overall delay since the motion judge found it had been satisfactorily explained and that no significant related prejudice had been established. Those findings of fact, which constitute a complete answer to the motion under Rule 26.01, must stand as they are untainted by any palpable and overriding error in the assessment of the evidence.

[37] Judicial discretion is at the heart of the sanction-defining process contemplated by Rules 26.01 and 33.12. That reality compels the application by this Court of the most deferential standard of review, one that proscribes intervention unless "the decision is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, or the decision is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it": *Province of New Brunswick v. Morgentaler*, [2009] N.B.J. No. 139 (QL), 2009 NBCA 26, para. 60. On a careful review of the record, I am satisfied the motion judge avoided reversible error in declining to dismiss the action, whether for delay or non-fulfillment of undertakings. In particular, I have no doubt that he acted properly in placing on the scales of justice the seriousness of Ms. Robichaud's health problems and the significance of her claim. Both Rules 26.01 and 33.12 provide for broad judicial discretion in respect of the identification of pertinent circumstances and the weight properly attachable to each. Moreover, the record shows that, despite his initial reservations on point, the motion judge ultimately took into account both the circumstances that led up to and those that followed the Consent Order in declining the appellants' invitation to dismiss the action.

IV. Disposition

[38] For these reasons, the Court dismissed the appeal from the Bench, after duly considering the submissions of counsel for the appellants and without calling on counsel for the respondent. As is well known, costs usually follow the event, and, in my respectful view, nothing in the record justifies derogating from that general rule. Accordingly, I would conclude the proceedings by ordering Dr. Blanchard and Dr.

Bélisle to pay one set of costs in the amount of $3,000 and the Régie to pay costs of $3,000.

Version française de la décision de la Cour rendue par

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Il est communément admis qu'une partie qui se prépare à un interrogatoire préalable est tenue de prendre suffisamment connaissance des documents pertinents, dont les plaidoiries, et de toute information se rapportant aux points qui seront débattus. Bien que cette exigence ait pour objectif immédiat l'efficacité de l'interrogatoire préalable, elle a pour objectif fondamental – qu'ont d'ailleurs en commun les multiples dispositions des *Règles de procédure* conçues pour prévenir les lenteurs à agir – une justice qui soit à la fois raisonnablement abordable et rapide. Cela dit, il est rare qu'une partie, si bien préparée soit-elle, subisse un interrogatoire préalable sans que lui soit posée une question à laquelle elle ne peut répondre sur-le-champ. Il est alors approprié, et même prévu, que la partie interrogée promette de donner une réponse ultérieurement. Les engagements de cette nature jouent un rôle indispensable dans la procédure moderne. De fait, recourir judicieusement aux engagements et s'en acquitter en temps opportun accélère la communication préalable et, par voie de conséquence, écourte l'intervalle qui la sépare d'une solution du litige sur le fond.

[2] Quoi qu'il en soit, les avocats plaidants d'expérience sont éminemment conscients des risques que comporte une prise d'engagements inconsidérée au cours de l'interrogatoire préalable. Il est souvent problématique, pour diverses raisons, de remplir des engagements et, en cas de manquement, toute la gamme des sanctions judiciaires est possible : elles vont de l'ordonnance qui prescrit simplement de remplir l'engagement sans tarder (accompagnée le plus souvent d'une condamnation congruente aux dépens) au rejet de la demande ou à la radiation de l'exposé de la défense, selon le cas. Il va sans dire que refuser ou négliger de s'acquitter d'engagements se traduit invariablement par une perte de temps et par un gaspillage de ressources. Les appelants, s'ils reconnaissent volontiers que le rejet d'une demande pour cause de retard n'est justifié que très

exceptionnellement, n'en soutiennent pas moins qu'il s'agit de la seule issue qui convienne dans les circonstances de la présente espèce.

[3] Dans la poursuite d'origine intentée pour faute médicale, la demanderesse, Mélissa Robichaud, a pris un certain nombre d'engagements au cours de l'interrogatoire préalable. Certains de ces engagements sont demeurés inexécutés assez longtemps, malgré les incitations répétées des appelants à les tenir. Exaspérés de ce qui leur paraissait de la procrastination, de la part de Mme Robichaud, dans l'exécution de ses engagements et dans la communication préalable en général, les appelants, les Drs Michel Blanchard et Claude Bélisle, ont demandé le rejet de l'action en application de la règle 26.01 (Rejet de l'action pour cause de retard).

[4] La veille de l'audition de la motion, Mme Robichaud a lâché pied. Elle a acquiescé à une ordonnance par consentement qui la contraignait à accomplir diverses étapes de l'instance dans les délais prescrits, notamment à s'acquitter des engagements non tenus, et qui prescrivait, dans ce que j'appellerai ici la disposition décisoire, le rejet de l'action [TRADUCTION] « sans ordonnance de la Cour » en cas de [TRADUCTION] « défaut de [Mme Robichaud] d'observer ces délais ». Mme Robichaud a respecté tous les délais de l'ordonnance par consentement, sauf un : le délai d'exécution des engagements qu'elle avait pris lors de l'interrogatoire préalable. Elle a tenté de mettre l'action au rôle, mais les appelants s'y sont opposés et ils ont demandé une <u>nouvelle</u> ordonnance de rejet, demande fondée sur trois moyens distincts : (1) retard (règle 26.01); (2) défaut de s'acquitter d'engagements (règle 33.12); (3) disposition décisoire.

[5] Dans un jugement oral prononcé peu après l'audience, le juge saisi de la motion a conclu que les conditions de common law préalables à une ordonnance de rejet pour défaut de poursuivre n'étaient pas toutes remplies. Il a donc débouté les auteurs de la motion, ce par quoi il prorogeait implicitement le délai imparti à Mme Robichaud, dans l'ordonnance par consentement, pour s'acquitter des engagements pris à l'interrogatoire préalable.

[6] L'argument sur lequel s'appuie, en première ligne, l'attaque des appelants contre la décision du juge saisi de la motion veut qu'il ait été tenu, en droit, de mettre à effet la disposition décisoire une fois établi le « défaut » de Mme Robichaud de faire honneur à ses engagements de l'interrogatoire préalable dans les délais prescrits par l'ordonnance par consentement, ordonnance toujours en vigueur à ce moment-là. Leur position de repli est que le juge n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire lorsqu'il a refusé de leur accorder le rejet de la demande pour cause de retard et pour défaut de s'acquitter d'engagements. Après avoir entendu leurs avocates, nous avons débouté les appelants et indiqué que des motifs suivraient, que voici.

II. Contexte

[7] Les faits, tels que les parties les présentent dans leurs mémoires, ne sont pas essentiellement contestés, du moins pour les besoins du présent appel. Le résumé qui suit puise donc abondamment dans les mémoires. Il va de soi, cependant, que le résumé que propose notre Cour ne proscrit pas que les parties puissent adapter le récit des faits à d'autres fins, notamment en vue d'un procès.

[8] Mme Robichaud habite aujourd'hui Dieppe, au Nouveau-Brunswick. À l'époque des événements dont fait état son exposé de la demande, elle vivait dans le comté de Gloucester, au Nouveau-Brunswick également, plus précisément dans la petite collectivité rurale de Robertville.

[9] Les Drs Blanchard et Bélisle sont des membres de la profession médicale qui exercent à Bathurst, au Nouveau-Brunswick. Le Dr Blanchard est omnipraticien, le Dr Bélisle radiologue. L'autre partie appelante, la Régie régionale de la santé 6, administre l'Hôpital régional Chaleur, à Bathurst.

[10] Mme Robichaud s'est blessée au dos au début d'octobre 2002, en déplaçant des boîtes. Quelques semaines plus tard, elle s'est présentée à l'Hôpital régional Chaleur

pour y recevoir des soins et des traitements médicaux. Après qu'un diagnostic d'entorse lombaire a été prononcé, elle est rentrée chez elle.

[11] Mme Robichaud est retournée à l'Hôpital régional Chaleur, le 1er novembre 2002, pour y recevoir de nouveaux soins et traitements médicaux. Le Dr Blanchard l'a examinée; le Dr Bélisle a interprété des radiographies de la colonne lombaire et conclu à l'absence d'anomalie significative. Un diagnostic de sciatique au côté gauche a été arrêté et, encore une fois, Mme Robichaud est rentrée chez elle.

[12] Mme Robichaud s'est à nouveau présentée à l'Hôpital régional Chaleur quelques jours plus tard, et le Dr Blanchard a réexaminé son dos. Le Dr Bélisle a interprété les tomodensitogrammes de la colonne lombaire et du pelvis et l'échogramme du pelvis qui avaient été demandés. Mme Robichaud a été admise à l'Hôpital régional Chaleur, pour être ensuite transférée, le lendemain, au Moncton Hospital en vue d'un examen par IRM et d'une intervention chirurgicale. En définitive, on lui a diagnostiqué un syndrome de la queue de cheval, mal débilitant caractérisé entre autres par l'incontinence du sujet, par des infections vaginales et urinaires, par une douleur au dos et aux jambes, par une perte des sensations voluptueuses et par un engourdissement du périnée.

[13] Mme Robichaud a intenté sa poursuite en dommages-intérêts en octobre 2004. La thèse de la demande d'origine est que le mal dont Mme Robichaud souffre : (1) compromet son fonctionnement quotidien sous tous ses aspects, dont sa capacité de travailler et de pourvoir à ses besoins et à ceux de sa famille; (2) est imputable, en droit comme dans les faits, à la négligence des défendeurs dans le traitement et les soins qu'ils lui ont dispensés, ou omis de lui dispenser, lorsqu'elle s'est présentée à l'Hôpital régional Chaleur en octobre et en novembre 2002.

[14] Il ressort du dossier dont nous disposons que les étapes suivantes se sont succédées entre l'introduction de l'instance et l'ordonnance par consentement du 12 février 2008 : (1) avril 2005 : signification aux trois appelants de l'avis de poursuite

accompagné d'un exposé de la demande; (2) mars et avril 2006 : dépôt et signification d'un exposé de la défense et d'une demande entre défendeurs par le Dr Blanchard et le Dr Bélisle (contre la Régie), et dépôt et signification d'un exposé de la défense et d'une demande entre défendeurs par la Régie (contre les Drs Blanchard et Bélisle); (3) 29 et 30 août, puis 29 novembre 2006 : interrogatoire préalable de Mme Robichaud, au cours duquel elle prend les engagements qui seront ensuite visés par l'ordonnance par consentement; (4) 10 janvier 2007 : interrogatoire préalable du Dr Blanchard. Le Dr Bélisle n'a pas subi d'interrogatoire à ce moment-là, parce qu'il assistait à une conférence à l'extérieur de la province. Il a ensuite convenu de dates à quelques reprises en 2007, mais il a fallu chaque fois reporter l'interrogatoire préalable parce que l'avocat de Mme Robichaud était dans l'impossibilité de s'y présenter au moment prévu ou ne s'y montrait pas disposé.

[15] Le 14 janvier 2008, le Dr Blanchard et le Dr Bélisle ont déposé un avis de motion par lequel ils sollicitaient principalement une ordonnance de rejet de l'action pour cause de retard, en application de la règle 26.01, et, subsidiairement, une ordonnance contraignant Mme Robichaud à achever son interrogatoire préalable des appelants dans les soixante jours. Je signale que, suivant la règle 26.01, le défendeur qui n'est pas en défaut, aux termes des *Règles* ou d'une ordonnance, peut demander le rejet de l'action pour cause de retard si le demandeur a omis de mettre l'action au rôle dans les six mois de la clôture des plaidoiries.

[16] Comme nous l'avons vu, les parties ont transigé, peu avant l'audience, sur les mesures réparatoires demandées dans l'avis de motion. Le 12 février 2008, un juge de la Cour du Banc de la Reine a signé l'ordonnance par consentement porteuse des conditions dont les parties avaient convenu :

> [TRADUCTION]
> (f) [Mme Robichaud] achève l'interrogatoire préalable des défendeurs restants au plus tard le 31 mai 2008;
>
> (g) Les parties s'acquittent de tous les engagements inexécutés au plus tard le 30 juin 2008;

> (h) [Mme Robichaud] délivre tous les avis de rapports d'experts aux avocats de la partie adverse au plus tard le 31 octobre 2008;
>
> (i) [Mme Robichaud] dépose l'avis de procès et le dossier au plus tard le 14 novembre 2008, afin que des dates de procès puissent être fixées lors de la séance des motions de décembre 2008;
>
> (j) tout défaut de [Mme Robichaud] d'observer ces délais amènera le rejet de l'action dans son entier, sans ordonnance de la Cour[.]

[17] Bien que Mme Robichaud se soit ensuite conformée aux prescriptions des dispositions (a), (c) et (d) (elle a achevé les interrogatoires restants, délivré tous les avis de rapports d'experts aux avocats de la partie adverse et déposé l'avis de procès et le dossier dans les délais impartis), les appelants ont fait valoir, d'une seule et même voix, qu'elle n'avait pas observé le délai prescrit aux parties pour s'acquitter de leurs engagements (disposition (b)). Au lieu de tenter de persuader le greffier de la cour de leur droit à un rejet sur le fondement de la disposition décisoire, les appelants ont choisi de reparaître devant un juge de la Cour du Banc de la Reine.

[18] Dans les avis de motion qui sont à l'origine des procédures ayant conduit au présent appel, chacun des appelants demandait une <u>nouvelle</u> ordonnance de rejet de l'action pour : (a) retard, en application de la règle 26.01; (b) [TRADUCTION] « défaut de remplir des engagements pris à l'interrogatoire préalable », suivant la règle 33.12; (c) défaut d'observer le délai que l'ordonnance par consentement imposait aux parties pour s'acquitter des engagements inexécutés. J'ajoute, par parenthèse, que même si le Dr Blanchard et le Dr Bélisle demandaient le rejet de la demande pour le motif que Mme Robichaud n'avait pas délivré à temps les avis de rapports d'experts aux avocates de la partie adverse, le juge saisi de la motion a conclu qu'elle avait observé le délai de la disposition (c). Cette conclusion n'est pas contestée en appel.

[19] Devant le tribunal d'instance inférieure, les appelants ont concédé que Mme Robichaud avait promptement rempli certains des engagements pris lors de son interrogatoire préalable, notamment celui de signer des formules de consentement à la communication de renseignements médicaux, et qu'ils avaient reçu [TRADUCTION] « tous les renseignements médicaux voulus ». Les appelants ont toutefois souligné que, avant qu'ils n'admettent, au stade de la préparation de l'audience, que les engagements avaient tous été tenus [TRADUCTION] « [l'engagement] le plus important à remplir, certainement de [leur] point de vue, était celui qui devait apporter des précisions » sur la négligence alléguée dans l'exposé de la demande.

[20] Le juge saisi de la motion a donné ses motifs oralement dans les quelques heures qui ont suivi l'audition des parties. Il a conclu que le [TRADUCTION] « défaut » de Mme Robichaud de se conformer à la disposition (b) avait été un défaut de bonne foi, son avocat ayant cru honnêtement que [TRADUCTION] « tous les engagements inexécutés » avaient été remplis avant le 30 juin 2008. Il a conclu en outre que Mme Robichaud s'était substantiellement acquittée de ses engagements, suivant la disposition (b), [TRADUCTION] « quoique plus tard [que l'ordonnance par consentement] ne le prescrivait ». S'il y avait eu retard, et si la part de responsabilité de Mme Robichaud était immense à cet égard, le juge n'était pas pour autant convaincu que le retard était inexcusable. Il n'était pas non plus convaincu que le retard avait porté un préjudice grave aux auteurs de la motion. En définitive, le juge saisi de la motion n'était pas persuadé, [TRADUCTION] « vu l'ensemble des circonstances », que le rejet demandé était la [TRADUCTION] « mesure appropriée et juste ». Il a donc rejeté la motion.

[21] Deux appels distincts ont été formés contre la décision du juge saisi de la motion : l'un par le Dr Blanchard et le Dr Bélisle, l'autre par la Régie. Leur fusion a été ordonnée à l'ouverture de l'audience d'appel, d'où l'intitulé unique. Considération plus importante, ici, les deux avis d'appel avancent les mêmes moyens.

[22] Les quatre premiers moyens d'appel sont liés par un thème commun, en ce sens qu'ils assoient sur une même thèse la contestation du refus, prononcé par le juge saisi de la motion, de rejeter l'action : les appelants estiment que la preuve [TRADUCTION] « non contestée » entraînait l'application de la disposition décisoire. Ils avancent que, par suite du [TRADUCTION] « défaut » de Mme Robichaud d'observer le délai prescrit aux parties pour s'acquitter des engagements, la disposition décisoire entrait en application et que, de ce fait, le juge saisi de la motion était dépouillé du pouvoir discrétionnaire d'opter pour une mesure réparatoire moins draconienne que le rejet. Les appelants soutiennent également que le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a rendu une décision qui avait pour effet de prolonger au-delà du 30 juin 2008 le délai de la disposition (b), alors que Mme Robichaud n'avait pas demandé cette prolongation, prévue à la règle 3.02, par dépôt d'un avis de motion en due forme. Comme nous le verrons, ce dernier argument est sans objet, vu la conclusion formulée ci-après sur l'applicabilité de la disposition décisoire. Cela dit, et comme je tente de le montrer plus loin dans les méditations que je livre en *obiter*, une autre raison, plus impérieuse, pourrait exiger d'éviter de recourir ici à la règle 3.02.

[23] L'avant-dernier moyen d'appel reproche au juge saisi de la motion d'avoir tenu compte de la gravité des problèmes de santé de Mme Robichaud, et de l'importance de sa poursuite, pour statuer sur la motion qui le priait de rejeter la demande pour cause de retard (règle 26.01), de même que pour inexécution d'engagements (règle 33.12). Le dernier moyen s'en prend à ce que les appelants disent être la décision du juge saisi de la motion [TRADUCTION] « [de limiter] à la période postérieure à [l'ordonnance par consentement] son examen des facteurs [qu'ils] faisaient valoir pour motifs justifiant le rejet en application de la règle 26.01 ». L'argument corollaire des appelants est que le juge était tenu, en droit, de prendre en considération tous les facteurs de retard, y compris les événements qui avaient précédé l'ordonnance par consentement. Ces autres facteurs sont entre autres, soutiennent-ils, les suivants : (1) l'avocat de Mme Robichaud a repoussé l'interrogatoire préalable au départ, jusqu'à ce qu'il se soit assuré une opinion d'expert favorable aux prétentions de sa cliente; (2) Mme Robichaud avait en sa possession les originaux des radiographies qui se rapportent à sa poursuite, mais elle a attendu le 2 avril

2006 pour les mettre à la disposition du Dr Bélisle, qui n'y a eu accès que plus d'un an et demi après le dépôt de la poursuite; (3) Mme Robichaud n'a pas remis de version préliminaire d'un affidavit des documents avant qu'une motion n'ait été déposée pour en contraindre la production; (4) plusieurs lettres adressées à l'avocat de Mme Robichaud, exigeant l'exécution des engagements que sa cliente avait pris à l'interrogatoire préalable, sont demeurées sans réponse; (5) à quelques reprises, l'avocat de Mme Robichaud a annulé à la dernière minute, sans raison valable et suffisante, l'interrogatoire préalable du Dr Bélisle et des représentants de l'hôpital. Cette liste ne se veut pas exhaustive.

III. Analyse et décision

[24] L'appel soulève fondamentalement deux questions : (1) le juge saisi de la motion était-il obligé de rejeter l'action, vu la disposition décisoire, après avoir conclu au [TRADUCTION] « défaut » de Mme Robichaud d'observer le délai prescrit aux parties par la disposition (b) de l'ordonnance par consentement pour s'acquitter de [TRADUCTION] « tous les engagements inexécutés »?; (2) s'il n'était pas tenu au rejet, a-t-il commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision lorsqu'il a appliqué les principes à mettre en oeuvre pour statuer sur une motion en mesure réparatoire sous le régime des règles 26.01 et 33.12? À mon respectueux avis, il faut répondre par la négative aux deux questions.

A. *Les appelants peuvent-ils l'emporter sur le fondement de la disposition décisoire?*

[25] Cette question ne peut être tranchée isolément de son contexte, lequel est notamment formé, de toute évidence, des dispositions des avis de motion initiaux et des observations présentées au juge saisi de la motion. Chacun des avis de motion sollicitait de la Cour un certain nombre de mesures réparatoires, qui s'y trouvaient listées dans cet ordre-ci : (1) abrègement du délai de signification, suivant la règle 3.02; (2) rejet de l'action en application de la règle 26.01; (3) rejet de l'action en application de la règle 33.12, pour [TRADUCTION] « défaut de remplir des engagements pris à l'interrogatoire préalable »; (4) rejet de l'action pour [TRADUCTION] « défaut de se conformer à une

ordonnance prescrivant de remplir, au plus tard le 30 juin 2008, tous les engagements inexécutés ». Les moyens avancés à l'appui étaient ensuite donnés dans l'ordre suivant : (1) il y a eu retard excessif dans la poursuite de l'action; (2) le retard est inexcusable et préjudiciable, et Mme Robichaud est seule à l'avoir causé; (3) elle ne s'est pas acquittée des engagements pris lors de son interrogatoire préalable, tenu en août et en novembre 2006; (4) Mme Robichaud a violé l'[ordonnance par consentement]. Il apparaît que les avis de motion, contrairement aux avis d'appel, font de la violation de l'ordonnance par consentement imputée à Mme Robichaud un fondement parmi d'autres à l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire en faveur d'une nouvelle ordonnance de rejet. En d'autres termes, les avis de motion n'avançaient pas que la disposition décisoire contraignait le juge saisi de la motion à rejeter l'action une fois établie la violation par Mme Robichaud de l'ordonnance par consentement. Il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'argumentation présentée à l'appui du rejet, devant notre Cour, diffère fondamentalement de celle qui a été présentée au tribunal d'instance inférieure.

[26] Encore que les auteurs de la motion aient appelé l'attention à maintes reprises, au cours de leurs observations orales, sur le [TRADUCTION] « défaut » de Mme Robichaud de se conformer à la disposition (b) de l'ordonnance par consentement, ils n'ont pas insisté pour faire valoir comme un fondement distinct, suffisant en soi, à une décision en leur faveur, que ce « défaut » amenait l'application de la disposition décisoire, ce qui interdisait l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire dans le choix d'une réparation. Au contraire, il m'apparaît, à la lecture du dossier, que les appelants ont essentiellement soutenu devant le juge saisi de la motion que ce [TRADUCTION] « défaut » était une [TRADUCTION] « désobéissance à une ordonnance impérative du tribunal », laquelle suffisait à satisfaire à la première des deux conditions préalables (à une ordonnance de rejet de l'action pour cause de retard) énoncées par le lord juge Diplock dans *Allen c. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 :

> [TRADUCTION]
>
> Quels sont donc les principes que doit appliquer la cour lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire de rejet d'une action pour défaut de poursuite, à la demande de la partie défenderesse? Habituellement, la demande n'est faite qu'une fois que le délai de prescription de la cause d'action est expiré. Il s'agit d'une ordonnance draconienne dans ce cas, et elle n'est pas accordée à la légère. Quoi qu'il en soit, le pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé sans que la possibilité ait été donnée au demandeur de réparer le défaut, à moins que la cour ne soit convaincue, soit que le défaut était intentionnel et outrageux, soit que le retard inexcusable dont sont responsables le demandeur ou ses avocats risque fort de rendre impossible la tenue d'un procès équitable sur les questions en litige à la date où, en raison du retard, le procès s'ouvrirait vraisemblablement, au plus tôt, s'il était permis que l'action se poursuive. Il appartient à la partie défenderesse de convaincre la cour que l'une ou l'autre de ces deux conditions est remplie. La désobéissance à une ordonnance impérative du tribunal suffirait à satisfaire à la première condition. Pour ce qui est de la seconde, les circonstances de l'espèce détermineront si elle est remplie. La longueur du retard pourrait cependant suffire, en soi, à satisfaire à cette condition si l'examen des questions en litige dépend du souvenir que des témoins ont conservé d'événements survenus il y a longtemps. [p. 555 et 556]
>
> [C'est moi qui souligne.]

De fait, dans les observations qu'elle a adressées au juge saisi de la motion, l'avocate d'un des appelants s'est référée à la phrase soulignée ci-dessus avant de clore par ces propos : [TRADUCTION] « C'est ce dont il s'agit ici, il s'agit bel et bien d'une ordonnance du tribunal [à laquelle on a désobéi] ».

[27] Comme il était permis de s'y attendre, les motifs du tribunal d'instance inférieure portent sur la question dont les auteurs de la motion ont fait le coeur du débat : les conditions préalables à une ordonnance de rejet, sous le régime de la règle 26.01, sont-elles remplies? Le juge saisi de la motion était prié de trancher la question par application de principes de common law, et c'est précisément ce qu'il a fait. Ses motifs

s'attachent donc à déterminer si le retard est inexcusable, et si la démonstration d'un préjudice imputable à ce retard est faite :

> [TRADUCTION]
> À l'appui de leurs prétentions, les défendeurs ont cité des précédents, dont *Allen c. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd,* arrêt souvent mentionné où lord Diplock a conclu que trois critères doivent être remplis pour que le défendeur qui présente une demande comme celle que formule la présente motion puisse avoir gain de cause.
>
> Les critères énoncés dans *Allen* et, je le constate, suivis par les tribunaux du Nouveau-Brunswick dans les décisions qui m'ont été soumises par les deux avocates des parties défenderesses, sont les suivants :
>
> - il faut un retard excessif de la part du demandeur;
>
> - le retard excessif doit être inexcusable;
>
> - le défendeur doit être susceptible de subir un préjudice grave en raison du retard.
>
> L'accent est mis sur [le passage suivant de] l'arrêt *Allen* :
>
> > [TRADUCTION]
> > La désobéissance à une ordonnance impérative du tribunal suffirait à satisfaire à la première condition. Pour ce qui est de la seconde, les circonstances de l'espèce détermineront si elle est remplie. La longueur du retard pourrait cependant suffire, en soi, à satisfaire à cette condition si l'examen des questions en litige dépend du souvenir que des témoins ont conservé d'événements survenus il y a longtemps.
> >
> > S'il est vrai qu'il y a eu retard à de nombreux égards en l'instance et qu'il est attribuable, à certains égards, en partie à la demanderesse, je ne suis pas convaincu que ce retard soit inexcusable et que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il serait approprié ou justifié de rejeter l'action pour cause de retard comme le demande la partie défenderesse.

> J'estime que le rejet de l'action, vu les circonstances dans leur ensemble, n'est tout simplement pas justifié. Je n'oublie pas les préoccupations que les défendeurs ont exprimées sur certains points, ni les demandes de renseignements continuelles qu'ils ont adressées à la partie adverse.
>
> Il reste que toute cause doit être fonction, et est fonction, de ses faits propres, et que, vu l'ensemble des circonstances, je ne saurais conclure que la mesure ou la réparation rigoureuse que constitue le rejet d'une action pour cause de retard soit la mesure appropriée et juste à envisager, en raison des circonstances de l'espèce.
>
> La demanderesse a satisfait aux conditions de l'ordonnance, quoique – plus précisément de l'alinéa (b) – quoique plus tard que l'ordonnance ne le prescrivait. Mais, il est permis d'avancer, je pense, que la demanderesse a satisfait, substantiellement, au gros de l'ordonnance du tribunal.
>
> Je ne suis pas convaincu que le retard à instruire cette action porte un préjudice grave aux défendeurs.
>
> La compétence inhérente dont la Cour est investie, à mon sens, de rejeter une action pour cause de retard, dans une affaire aussi grave que celle-ci, doit être exercée avec la plus grande circonspection.
>
> En somme, après avoir pris en considération les principes de droit applicables, les circonstances du retard, la nature du retard et l'importance du préjudice que les défendeurs ont peut-être subi, je conclus que les motions qu'ils ont présentées doivent être rejetées.

[28] L'eût-il fallu, j'aurais songé avec réticence, mais sérieusement, au rejet sommaire des moyens d'appel reposant sur l'effet censément décisif de la disposition décisoire, pour le motif que les appelants y tentent une reformulation inadmissible des prétentions avancées en première instance. Sur ce point, il me suffira de rappeler que la Cour a nettement exprimé à plusieurs reprises, et tout récemment dans *Sabian Ltd. c. Zildjian*, [2009] A.N.-B. n° 210 (QL), 2009 NBCA 43, son aversion pour les tactiques de ce genre. Heureusement, d'autres raisons exigent ici le rejet de ces moyens.

[29] Il est de droit élémentaire que le rejet d'une action pour cause de retard, ou pour cause de défaut de s'acquitter d'engagements, est une réparation discrétionnaire qu'il n'est approprié d'accorder que dans les cas les plus manifestes. Il est acquis, aussi, qu'il faut un libellé clair pour que soit écarté le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de procédure. Les avocates de la partie appelante devaient avoir conscience de ces principes élémentaires lorsqu'elles ont rédigé l'ordonnance par consentement, tout comme l'avocat de Mme Robichaud et le juge lorsqu'ils ont signé l'ordonnance. Cela étant, tous les signataires de l'ordonnance par consentement devaient s'attendre que la disposition décisoire et les dispositions porteuses de délai reçoivent une interprétation stricte. Après tout, ces dispositions définissent un processus qui exclut, en des circonstances données, le pouvoir discrétionnaire du tribunal de choisir la mesure réparatoire par laquelle il convient de réagir à des lacunes de procédure. Je suis d'avis que, si l'ordonnance par consentement autorise raisonnablement une interprétation ouvrant la porte à une solution sur le fond et une interprétation fermant la porte à cette solution, la Cour doit préférer la première.

[30] Je reproduis intégralement la disposition décisoire, pour entrer en matière de son analyse interprétative : [TRADUCTION] « [T]out défaut de [Mme Robichaud] d'observer ces délais amènera le rejet de l'action dans son entier, sans ordonnance de la Cour ». Force est de constater que la disposition ne vise pas explicitement le cas présent, où l'inobservation du délai imparti pour s'acquitter d'engagements résulte d'une erreur de bonne foi de l'avocat. En fait, les rédacteurs ne se sont pas même efforcés de prévoir, du moins expressément, le cas de « négligence » à s'acquitter d'engagements, lequel, comme le savent bien les avocats plaidants, est nommément envisagé par la règle 33.12.

[31] La simple inobservation des dispositions (a), (b), (c) et (d) de l'ordonnance par consentement ne suffit pas à entraîner l'application de la disposition décisoire. Il ressort manifestement de la disposition décisoire qu'il doit y avoir [TRADUCTION] « défaut » d'observer les [TRADUCTION] « délais » impartis, de la part de Mme Robichaud. Dans ce contexte, le mot « défaut » ne peut être interprété comme s'entendant de l'inobservation innocente du délai que la disposition (b) imposait aux

parties pour s'acquitter d'engagements. J'ai beau faire, je ne me résous pas à admettre que les parties et le juge signataire de l'ordonnance entendaient que l'action soit rejetée même dans un cas comme le présent, où seul l'un des délais n'a pas été respecté et où l'avocat de Mme Robichaud croyait honnêtement que ce délai, lui aussi, avait été respecté. Le juge saisi de la motion ne semble pas s'être penché sur cette question préliminaire d'interprétation. À mon respectueux avis, sa conclusion à un [TRADUCTION] « défaut » de Mme Robichaud d'observer le délai fixé par la disposition (b) ne tient pas. Un autre aspect de la disposition décisoire, également, fait obstacle à son application en l'espèce.

[32] Nous avons vu que Mme Robichaud avait observé chacun des délais de l'ordonnance par consentement, sauf un. Il est significatif que la disposition décisoire ne prévoie pas que le défaut d'observer l'un quelconque des délais impartis se traduira par un rejet, sans ordonnance de la Cour. La disposition prévoit que [TRADUCTION] « tout défaut d'observer ces délais » conduira à un rejet. Les appelants souhaiteraient que la Cour retouche la disposition de sorte qu'elle porte que « tout défaut de [Mme Robichaud] d'observer l'un quelconque de ces délais amènera le rejet de l'action dans son entier, sans ordonnance de la Cour ». Étant donné l'enjeu et les règles d'interprétation établies, dont l'ensemble joue en faveur de Mme Robichaud, une réécriture judiciaire de l'ordonnance par consentement est hors de question.

[33] À mon respectueux avis, le dossier ne révèle pas de [TRADUCTION] « défaut » de Mme Robichaud d'observer les [TRADUCTION] « délais [de l'ordonnance par consentement] ». Il s'ensuit que la disposition décisoire n'entre pas en application. Cette conclusion suffit pour que soient écartés les quatre premiers moyens des appelants. Il me semble opportun, néanmoins, de formuler certaines observations sur l'application de la règle 3.02 dans les causes de cette nature, ne serait-ce que pour poser les jalons d'un futur débat. De toute évidence, ce débat devra attendre une autre cause, puisque l'ordonnance par consentement n'est plus en vigueur. Les événements en ont eu raison, dont surtout l'abandon par les appelants, du fait de leur motion, du mécanisme de fixation des dates de procès prescrit par la disposition (d).

[34] Comme le savent très bien les avocats plaidants, nos règles 3.02(1) et (2), qui, dans leur version anglaise, reprennent à peu de choses près le libellé de la règle 5 de l'ordonnance 3, des *Rules of the Supreme Court* d'Angleterre, permettent au tribunal de prolonger le délai prescrit par une ordonnance, que ce soit avant ou après son expiration. Les tribunaux d'Angleterre semblent avoir largement adopté le point de vue voulant que la règle 5 de l'ordonnance 3, en dépit de sa formulation vaste, ne puisse être invoquée par le demandeur qui a manqué à une ordonnance prescrivant le rejet de l'action en cas d'inaccomplissement d'un acte donné dans le délai imparti (*Whistler c. Hancock* (1878), 3 Q.B.D. 83, *King c. Davenport* (1879), 4 Q.B.D. 402, et par la suite, *The Script Phonography Company (Limited) c. Gregg* (1890), 59 L.J. Ch. 406). Le raisonnement sur lequel s'appuie ce point de vue suppose que l'action n'existe plus et que rien ne sert, donc, de prolonger le délai. Il n'est pas certain toutefois que cette démarche, sans doute « de droit strict », s'harmonise avec nos *Règles de procédure*, vu d'une part la règle 1.03(2), qui exige des tribunaux qu'ils donnent de toutes les règles une interprétation libérale, afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive, et d'autre part la règle 2 (Inobservation des règles). Le moment venu de se prononcer sur ce point, la cour devra prendre en considération ces règles, de même que toute autre règle susceptible d'influer, directement ou indirectement, sur l'état de la poursuite lorsque son rejet conditionnel a été ordonné d'avance dans les circonstances susmentionnées. Il va de soi que la question sera, avant tout, celle de la concordance de la démarche retenue dans *Whistler c. Hancock*, *King c. Davenport* et *The Script Phonography Company (Limited) c. Gregg*, avec nos *Règles de procédure* et avec les valeurs qu'elles défendent (on pourra se reporter notamment, à ce propos, à *Coopers & Lybrand Ltd. c. Hongkong Bank of Canada* (1994), 150 R.N.-B. (2e) 81 (C.B.R.), [1994] A.N.-B. no 271 (QL) (le juge Deschênes, tel était alors son titre)).

B. *Le juge a-t-il commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision lorsqu'il a statué sur les motions en vertu des règles 26.01 et 33.12?*

[35] Le rejet, pour une raison qui ne ressortit pas au fond de la cause, est une réparation discrétionnaire, et le pouvoir discrétionnaire de la cour doit s'exercer contre

le rejet, sauf motif suffisant et valable de l'ordonner (*Betts c. Norris* (1991), 120 R.N.-B. (2e) 384 (C.A.), [1991] A.N.-B. no 1036 (QL), le juge d'appel Ryan, au nom de la Cour; *Michaud c. Robertson et al.* (1999), 219 R.N.-B. (2e) 362 (C.A.), [1999] A.N.-B. no 490 (QL)). Comme le lord juge Diplock le faisait remarquer dans *Allen c. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, les [TRADUCTION] « ordonnances de cette nature ne doivent pas être accordées à la légère, vu leur effet draconien – tout au moins lorsqu'un délai de prescription est expiré » (p. 555). Tel est précisément le cas ici. Pour qu'une action puisse être rejetée pour défaut de poursuite, le retard doit être à la fois excessif et inexcusable, et doit compromettre considérablement la capacité du défendeur à présenter une défense pleine et entière ou à déposer une demande entre défendeurs ou une mise en cause.

[36] Les appelants ne se plaignent pas sans raison de ce que les retards ont été un problème récurrent tout au long de la poursuite d'origine. Quoique Mme Robichaud soit la plus à blâmer pour cet état de choses inadmissible, les appelants ne sont pas pour autant irréprochables. À ce propos, je constate qu'ils ont attendu près d'un an, après la signification de l'acte introductif d'instance, pour déposer leurs exposés de la défense et demandes entre défendeurs. Cela dit, il serait vain de s'appesantir sur la part qu'ont eues les parties au retard de l'instance, puisque le juge saisi de la motion a conclu qu'il avait été expliqué de façon satisfaisante et qu'on n'avait pas établi qu'un préjudice important en était résulté. Ces conclusions de fait, qui apportent une réponse complète à la motion présentée en application de la règle 26.01, ne sont entachées d'aucune erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve et, de ce fait, tiennent.

[37] Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux est au coeur même du processus de définition des sanctions que supposent les règles 26.01 et 33.12. Cette réalité contraint notre Cour à appliquer la norme de contrôle la plus déférente, norme qui proscrit toute intervention à moins que « la décision ne soit fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou encore que la décision ne soit déraisonnable en ce sens qu'il n'y a rien au dossier qui puisse la justifier » (*Morgentaler c. Nouveau-Brunswick*, [2009] A.N.-B. no 139 (QL), 2009 NBCA 26, par. 60). Un examen attentif du dossier me

convainc que le juge saisi de la motion est arrivé à sa décision de ne pas rejeter l'action, que ce soit pour cause de retard ou pour défaut de s'acquitter d'engagements, sans avoir commis d'erreur justifiant de l'infirmer. Je ne doute pas, surtout, qu'il a judicieusement fait peser dans la balance de la justice la gravité des ennuis de santé de Mme Robichaud et l'importance de sa demande. Les règles 26.01 et 33.12 investissent l'une et l'autre les tribunaux d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de juger des circonstances qui sont pertinentes et du poids qu'il convient de leur accorder. Qui plus est, il ressort du dossier que, malgré les réserves qu'il avait au départ, le juge saisi de la motion a tenu compte en définitive des circonstances à la fois antérieures et postérieures à l'ordonnance par consentement, avant de refuser d'accéder à la demande de rejet des appelants.

IV. Dispositif

[38] Pour les motifs qui précèdent, notre Cour a débouté les appelants séance tenante, après avoir dûment pesé les observations de leurs avocates et sans avoir entendu l'avocat de l'intimée. Les dépens sont d'ordinaire fonction de l'issue de l'instance, on le sait, et rien au dossier ne justifie, à mon respectueux avis, de déroger à la règle générale. En conséquence, je suis d'avis de clore l'instance en ordonnant le versement, au titre des dépens, d'une somme unique de 3 000 $ par les Drs Blanchard et Bélisle, et de 3 000 $ par la Régie.