

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

120-09-CA
121-09-CA
122-09-CA

AMANDA SEWELL

(Plaintiff)

APPELLANT

- and -

SHAWN SEWELL, JASON JACKSON, CARLA McCANN, EUGENE GUITARD, WOODSTOCK TRAILMAKERS – SNOWMOBILE ASSOCIATION INC., THE NEW BRUNSWICK FEDERATION OF SNOWMOBILE CLUBS INC., ING INSURANCE COMPANY OF CANADA (Section B), ING INSURANCE COMPANY OF CANADA (SEF 44), AXA INSURANCE (CANADA), THE NEW BRUNSWICK FACILITY ASSOCIATION, EMILY B. RUNNELS and MICAH RUNNELS

(Defendants)

RESPONDENTS

Sewell v. Sewell et al., 2010 NBCA 32

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a ruling of the Court of Queen's Bench in respect of the admissibility of evidence:
August 26, 2009

History of Case:

Ruling under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2009] N.B.J. No. 2119
[2009] N.B.J. No. 345

AMANDA SEWELL

(Demanderesse)

APPELANTE

- et -

SHAWN SEWELL, JASON JACKSON, CARLA McCANN, EUGENE GUITARD, WOODSTOCK TRAILMAKERS – SNOWMOBILE ASSOCIATION INC., LA FÉDÉRATION DES CLUBS DE MOTONEIGE DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC., COMPAGNIE D'ASSURANCE ING DU CANADA (Chapitre B), LA COMPAGNIE D'ASSURANCE ING DU CANADA (F.A.N.-B. n° 44), AXA INSURANCE (CANADA), THE NEW BRUNSWICK FACILITY ASSOCIATION, EMILY B. RUNNELS et MICAH RUNNELS

(Défendeurs)

INTIMÉS

Sewell c. Sewell et autre, 2010 NBCA 32

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 sur l'admissibilité d'un élément de preuve :
Le 26 août 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2009] A.N.-B. n° 2119
[2009] A.N.-B. n° 345

[2009] N.B.J. No. 404

[2009] A.N.-B. n° 404

Appeal heard:
March 30, 2010

Appel entendu :
Le 30 mars 2010

Judgment rendered:
March 30, 2010

Jugement rendu :
Le 30 mars 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

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

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'appelante :
George A. McAllister

For the respondent Shawn Sewell:
Ronald J. Savoy

Pour l'intimé Shawn Sewell :
Ronald J. Savoy

For the respondent Jason Jackson:
James M. Barry

Pour l'intimé Jason Jackson:
James M. Barry

For the respondent Carla McCann:
Barry R. Morrison, Q.C.

Pour l'intimée Carla McCann :
Barry R. Morrison, c.r.

Eugene Guitard
Appeared in person

Eugene Guitard
En son propre nom

For the respondents Woodstock Trailmakers-
Snowmobile Association Inc. and the New
Brunswick Federation of Snowmobile Clubs Inc.:
Catherine M. Bowlen

Pour les intimées la Woodstock Trailmakers –
Snowmobile Association Inc. et la Fédération des
clubs de motoneige du Nouveau-Brunswick Inc. :
Catherine M. Bowlen

For the respondent ING Insurance Company of
Canada (Section B):
Melissa Everett Withers

Pour l'intimée la Compagnie d'assurance ING du
Canada (Chapitre B) :
Melissa Everett Withers

For the respondent ING Insurance Company of
Canada (SEF 44):
Andrew David Speight

Pour l'intimée la Compagnie d'assurance ING du
Canada (F.A.N.-B. n° 44) :
Andrew David Speight

For the respondent Axa Insurance (Canada):

Pour l'intimée AXA Insurance (Canada) :

Ann Marie McDonald

For the respondent The Facility Association:
No one appeared

For the respondents Emily B. Runnels and Micah
Runnels:
Steven R. Barnett

THE COURT

The Notices of Appeal are quashed for want of jurisdiction. The contested ruling as to the admissibility of evidence is not an appealable “order or decision” within the meaning of Rule 62 of the *Rules of Court* (“Civil Appeals to the Court of Appeal”) and s. 8 of the *Judicature Act* R.S.N.B. 1973, J.-2.

Ann Marie McDonald

Pour l’intimée The Facility Association :
Personne n’a comparu

Pour les intimés Emily B. Runnels et Micah
Runnels :
Stephen R. Barnett

LA COUR

Les avis d’appel sont annulés pour motif d’absence de compétence. La décision contestée concernant l’admissibilité de la preuve ne constitue pas une « ordonnance ou une décision » susceptible d’appel au sens de la règle 62 des *Règles de procédure* (« Appels en matière civile devant la Cour d’appel ») et de l’art. 8 de la *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.R.N.-B., ch. J-2.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

(Orally)

[1] In the underlying actions, the appellant, Amanda Sewell, seeks to recover compensation for the injuries and losses she sustained in a multi-snowmobile accident on March 8, 2003. Oral examinations for discovery of the respondents Shawn Sewell and Carla McCann took place on November 24 and 25, 2005, while the respondent Woodstock Trailmakers – Snowmobile Association was examined on September 22, 2008. During the latter examination, counsel for the Association advised that: (1) Ms. McCann had retained a medical practitioner, Dr. Xenia R. Kirkpatrick, to conduct a paper review of Ms. Sewell’s medical file and to provide a follow-up report; and (2) counsel for Ms. McCann had provided her with a copy. Counsel for the Association went on to deny Ms. Sewell’s request for a copy. The report in question was not identified in Ms. McCann’s or the Association’s affidavit of documents.

[2] In due course, the Court of Queen’s Bench was called upon to determine a motion by Ms. Sewell for production of the report mentioned above and motions by Ms. McCann and Mr. Sewell for separate medical examinations pursuant to Rule 36 of the *Rules of Court* (“Medical Examination of Parties”). In her Notice of Motion, Ms. Sewell articulated the following prayer for relief:

- (a) that [...] Woodstock Trailmakers - Snowmobile Association Inc. and/or [...] Carla McCann and Shawn Sewell produce Dr. Kirkpatrick's report and that the said report be produced before any of the Respondents are granted a defence medical examination;
- (b) in the alternative, that [she] be granted an order that John McLellan [the discovery representative of Woodstock Trailmakers – Snowmobile Association Inc.] re-attend at the examination for discovery to answer [her] questions and to answer such follow up questions, which are proper that [she] may have;

- (c) that [...] Woodstock Trailmakers - Snowmobile Association Inc. and/or John McLellan and/or [...] Carla McCann and Shawn Sewell, comply with any such order before [she] is ordered to attend on [any] physician for a defence medical examination [...].

Transcripts of Mr. McLellan's, Ms. McCann's and Mr. Sewell's examination for discovery were attached as exhibits to both Ms. Sewell's supporting and responding affidavits.

- [3] At the hearing, the motions judge ruled the discovery transcripts inadmissible on the authority of *Montreal Trust Company of Canada v. OCCO Dev.* (1997), 190 N.B.R. (2d) 386; [1997] N.B.J. No. 342 (QL). It bears pointing out, if only for future guidance, that none of the respondents has persuasively answered Ms. Sewell's submission that the motions judge erred on point, having regard to this Court's decision in *Dill v. East Coast Lumber Ltd.* (2000), 228 N.B.R. (2d) 184, [2000] N.B.J. No. 314 (QL) where Ryan J.A. made the following observations on behalf of a unanimous Court:

East Coast Lumber refers to *Montreal Trust v. OCCO* as a precedent from this court that discovery evidence is to be used only for trial purposes. In *Montreal Trust v. OCCO*, counsel for Occo authored an affidavit to which he appended discovery evidence of an Occo witness, not evidence of an opposite party. We held at para. [11] that when counsel makes the affidavit, discovery extracts of his own witness are not subject to cross examination. Further, cross examination of the lawyer in such a case would be bootless.

In the case on appeal before us, the discovery evidence is admissible to support the claim for financial statements. The extracts are of the opposite party's designated witness and go to the purpose of the motion, the production of financial records relating to company losses during the periods of Mr. Dill's alleged poor performance. [paras. 11-12]

[4] That said, the present appeals, which were consolidated at the outset of the hearing in this Court, do no more than challenge the motions judge's ruling in relation to the admissibility of the discovery transcripts. No decision has been rendered with respect to the motions themselves, and their ultimate disposition could very well render the contested ruling moot. Be that as it may, the fact remains, as the Court pointed out *proprio motu*, that the present appeals are from an interlocutory ruling on the admissibility of evidence proffered in the context of an interlocutory proceeding.

[5] It is trite law that no appeal lies against such a ruling when made in the course of a trial or other hearing into the merits of a dispute: *New Brunswick Telephone Company, Limited v. John Maryon International Limited et al.* (1980), 32 N.B.R. (2d) 133, [1980] N.B.J. No. 244 (QL), at paras. 9-11; *Belliveau (Re)* (2001), 240 N.B.R. (2d) 139, [2001] N.B.J. No. 236 (QL), at paras. 9-12; *Mary and David Goodine Dairy Farm v. New Brunswick (Milk Marketing Board)* (2002), 251 N.B.R. (2d) 5, [2002] N.B.J. No. 177 (QL), 2002 NBCA 38, at paras. 3-7; and *Baniuk v. Filliter*, [2003] N.B.J. No. 181 (QL). It is perforce the case in the context of an interlocutory proceeding. A ruling on the admissibility of evidence is not an "order or decision" from which an appeal may be taken, whether as of right or with leave, under Rule 62 ("Civil Appeals to the Court of Appeal") and s. 8 of the *Judicature Act* R.S.N.B. 1973, c. J-2. As Robertson J.A. explains in *Mary and David Goodine Dairy Farm v. New Brunswick (Milk Marketing Board)*: "Simply stated, if the decision at quo is not appealable, the Rules of Court dealing with interlocutory matters do not come into play" (para. 14). It follows that this Court lacks jurisdiction to hear and determine the present appeals.

[6] For the reasons outlined above, I would quash the Notices of Appeal. Since the respondents neither raised the issue of this Court's jurisdiction to hear and

determine the appeals nor provided assistance to the Court on that critical threshold question, I would order each side to bear its own post-leave costs on appeal.

J. ERNEST DRAPEAU, J.C.N.-B.

(oralement)

[1] Dans les actions sous-jacentes, l'appelante, Amanda Sewell, sollicite une indemnité au titre des blessures et des pertes qu'elle a subies dans un accident ayant impliqué plusieurs motoneiges le 8 mars 2003. Les interrogatoires préalables des intimés Shawn Sewell et Carla McCann ont eu lieu les 24 et 25 novembre 2005, tandis que l'intimée la Woodstock Trailmakers – Snowmobile Association a été interrogée le 22 septembre 2008. Au cours de ce dernier interrogatoire, l'avocate de l'Association a indiqué que : (1) M^{me} McCann avait retenu les services d'une médecin, la D^{re} Xenia R. Kirkpatrick, afin qu'elle procède à un examen du dossier médical de M^{me} Sewell et rédige un rapport de suivi; (2) l'avocat de M^{me} McCann lui en avait fourni une copie. L'avocate de l'Association a ensuite refusé d'en fournir une à M^{me} Sewell. Le titre de ce rapport n'apparaissait pas dans l'affidavit des documents de M^{me} McCann ou de l'Association.

[2] Le moment venu, la Cour du Banc de la Reine a été appelée à statuer sur une motion présentée par M^{me} Sewell en vue d'obtenir la production du rapport susmentionné, et sur des motions dans lesquelles M^{me} McCann et M. Sewell demandaient, en vertu de la règle 36 des *Règles de procédure* (Examen médical des parties), que des examens médicaux distincts soient effectués. Dans son avis de motion, M^{me} Sewell a formulé la demande de redressement suivante :

[TRADUCTION]

- a) que [...] la Woodstock Trailmakers - Snowmobile Association Inc. et (ou) [...] Carla McCann et Shawn Sewell lui fournissent le rapport de la D^{re} Kirkpatrick, et que ce rapport lui soit fourni avant qu'aucun intimé n'obtienne de faire effectuer un examen médical pour les fins de la défense;
- b) subsidiairement, que la cour [lui] accorde une ordonnance prescrivant à John McLellan [qui représentait la Woodstock Trailmakers – Snowmobile Association Inc. à l'interrogatoire

préalable] de se présenter à nouveau à l'interrogatoire préalable pour répondre à [ses] questions et pour répondre aux questions de suivi qu'[elle] puisse à juste titre poser;

- c) que la [...] Woodstock Trailmakers – Snowmobile Association Inc. et (ou) John McLellan et (ou) [...] Carla McCann et Shawn Sewell obéissent à pareille ordonnance avant que la cour [lui] ordonne de se présenter à [tout] médecin devant lui faire subir un examen médical pour les fins de la défense [...]

Les transcriptions des interrogatoires préalables de M. McLellan, de M^{me} McCann et de M. Sewell sont jointes comme pièces à l'affidavit à l'appui de M^{me} Sewell comme à son affidavit en réponse.

- [3] Lors de l'audience, la juge saisie des motions a décidé que les transcriptions d'interrogatoires préalables étaient irrecevables, en vertu de la décision *Montreal Trust Co. of Canada c. OCCO Developments Ltd. et al.* (1997), 190 R.N.-B. (2^e) 386, [1997] A.N.-B. n^o 342 (QL). Il convient de faire remarquer, si ce n'est qu'en guise d'indication pour l'avenir, qu'aucun des intimés n'a répondu de façon persuasive à l'allégation de M^{me} Sewell voulant que la juge saisie des motions ait commis une erreur sur ce point, compte tenu de la décision de notre Cour dans *Dill c. East Coast Lumber Ltd.* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 184, [2000] A.N.-B. n^o 314 (QL), dans laquelle le juge Ryan, au nom de la Cour unanime, a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION]

East Coast Lumber invoque l'arrêt *Montreal Trust c. OCCO* comme précédent émanant de notre Cour et portant que les extraits de l'interrogatoire préalable ne doivent être utilisés qu'aux fins du procès. Dans cette affaire, l'avocat de OCCO avait fait un affidavit auquel il avait joint des extraits de l'interrogatoire préalable d'un témoin de OCCO et non d'un témoin d'une des parties adverses. Nous avons statué, au paragraphe 11, que, lorsque c'est l'avocat qui fait l'affidavit, les extraits de l'interrogatoire préalable de son propre témoin ne peuvent pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire. De plus, le contre-interrogatoire de l'avocat serait, dans ce cas, infructueux.

Dans l'instance qui est portée en appel devant nous, les extraits de l'interrogatoire préalable sont admissibles dans la mesure où ils étayent la demande de production des états financiers. Il s'agit d'extraits de l'interrogatoire du témoin désigné de la partie adverse qui concernent l'objet de la motion, savoir la production des états financiers faisant état des pertes que la compagnie a subies pendant la période où le rendement de M. Dill aurait laissé à désirer [par. 11 et 12].

[4] Cela dit, les présents appels, qui ont été réunis au début de l'audience devant notre Cour, ne font que mettre en cause la décision de la juge saisie des motions relativement à l'admissibilité des transcriptions des interrogatoires préalables. Aucune décision n'a été rendue quant aux motions elles-mêmes, et la décision rendue en définitive à leur sujet pourrait très bien rendre théorique celle qui est contestée. Quoiqu'il en soit, le fait demeure que, comme notre Cour l'a signalé de son propre chef, les présents appels ont été interjetés d'une décision interlocutoire relative à l'admissibilité de la preuve introduite dans le cadre d'une procédure interlocutoire.

[5] Il est bien établi en droit qu'aucun appel ne peut être interjeté de pareille décision lorsqu'elle a été rendue au cours d'un procès ou d'une autre audience tenue pour débattre du bien-fondé d'un litige : *New Brunswick Telephone Company, Limited c. John Maryon International Limited et al.* (1980), 32 R.N.-B. (2^e) 133, [1980] A.N.-B. n^o 244 (QL), aux par. 9 à 11; *Belliveau (Bankrupt), Re* (2001), 240 R.N.-B. (2^e) 139, [2001] A.N.-B. n^o 236 (QL), aux par. 9 à 12; *Milk Marketing Board (N.B.) c. Goodine Dairy Farm* (2002), 251 R.N.-B. (2^e) 5, [2002] A.N.-B. n^o 177 (QL), 2002 NBCA 38, aux par. 3 à 7; et *Baniuk c. Filliter*, [2003] A.N.-B. n^o 181 (QL). Cela est nécessairement le cas dans le cadre d'une procédure interlocutoire. Une décision sur l'admissibilité de la preuve n'est pas une « ordonnance ou décision » dont il peut être interjeté appel, de plein droit ou sur autorisation, en vertu de la règle 62 (« Appels en matière civile devant la Cour d'appel ») et de l'art. 8 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2. Comme le juge Robertson l'explique dans *Milk Marketing Board (N.B.) c. Goodine Dairy Farm*, « [p]our le dire simplement, si la décision *at quo* est insusceptible d'appel,

les *Règles de procédure* qui traitent des questions interlocutoires n'entrent pas en jeu » (par. 14). Il s'ensuit que notre Cour n'a pas compétence pour entendre et pour trancher les présents appels.

[6] Pour les motifs énoncés plus haut, j'annulerais les avis d'appel. Puisque les intimés n'ont pas soulevé la question de la compétence de notre Cour d'entendre et de trancher les appels, ni ne lui ont prêté secours sur cette question préliminaire déterminante, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie supporte ses propres dépens en appel après obtention d'une autorisation.