

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

14-14-CA / 15-14-CA

KAREN JOHNSON

APPELLANT

- and -

STATE FARM FIRE AND CASUALTY
COMPANY

RESPONDENT

Johnson v. State Farm Fire and Casualty
Company, 2015 NBCA 4

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
January 15, 2014

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 30, 2014

Judgment rendered:
January 22, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

KAREN JOHNSON

APPELANTE

- et -

STATE FARM FIRE AND CASUALTY
COMPANY

INTIMÉE

Johnson c. State Farm Fire and Casualty Company,
2015 NBCA 4

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 15 janvier 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 30 octobre 2014

Jugement rendu :
le 22 janvier 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
George A. McAllister, Q.C.

For the respondent:
Peter M. Rogers, Q.C.

THE COURT

The first appeal is dismissed; the second is allowed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
George A. McAllister, c.r.

Pour l'intimée :
Peter M. Rogers, c.r.

LA COUR

Le premier appel est rejeté; le deuxième est accueilli avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] Two appeals arising from the same factual background were heard together by consent of the parties. The appellant, Karen Johnson, owned a home insured by the respondent. On June 20, 2008, she lost her house to fire, for which she submitted a proof of loss on April 13, 2009, claiming the replacement cost of her home, the loss of her personal property, the loss of use, and the cost of demolition. The respondent denied the appellant's claim primarily on the basis that the house had been vacant for more than 30 consecutive days prior to the fire. The respondent also alleged that the appellant failed to notify it of a material change to the risk.

[2] On June 3 and 4, 2013, the parties proceeded to an examination for discovery in Fredericton. The appellant's counsel provided the respondent's counsel with several undertakings on the first day of discovery, though stated that the undertakings were conditional, depending on how respondent counsel responded to the appellant's request for undertakings later in the discovery process. A dispute arose between opposing counsel on the second day of discovery regarding the appellant counsel's line of questioning. A standstill resulted whereby counsel for the respondent would not continue the discovery and left with his client, and counsel for the appellant would not deliver copies of the exhibits as marked at the discovery. Communications broke down between the parties, and each filed a motion seeking relief from the Court.

[3] The first appeal arises from a Notice of Motion filed by the respondent on November 19, 2013, seeking an order for the fulfillment of the appellant's four undertakings and delivery of the sixteen exhibits marked at discovery. The motion judge granted the motion and rendered an order accordingly, including costs payable to the respondent. With leave, the appellant appeals from that decision and seeks a dismissal of the respondent's motion with costs.

[4] A discretionary order may be interfered with on appeal only if: the order 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 if the order is unreasonable in the sense that nothing in the record can justify it: *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, at para. 4; *Williamson et al. v. Gillis et al.*, 2011 NBCA 53, 374 N.B.R. (2d) 311, at paras. 13-15.

[5] With respect to this first appeal, the motion judge reviewed the record, determined that the respondent had fulfilled its undertakings to the appellant (confirmed by a three page letter), and saw no impediment to the appellant fulfilling her undertakings or producing exhibits marked at discovery. Nor can I. This discretionary order is owed deference. There is no merit to the first appeal and I would dismiss it.

[6] On November 27, 2013, the appellant brought a second motion that gives rise to the second appeal. In the motion, the appellant sought to strike out the respondent's Statement of Defence, or alternatively, that David Magee, who was testifying as an officer, director, or manager of the respondent at the examination for discovery in June, 2013, be directed to return to the discovery at a date and time to be specified by the appellant, and answer a specific question that had been posed by the appellant. The appellant also sought costs. The motion judge made an order instead that Mr. Magee provide a detailed affidavit, and that if the appellant was not satisfied with that affidavit, the portion of the motion requesting a return to discovery was adjourned *sine die* so that a further hearing could be requested. With leave, the appellant seeks a reversal of that decision and that her motion be granted with costs.

[7] The applicable Rules are 32.06(1) and (2) (Scope of Examination), 33.11 (Improprieties on Examination) and 33.12 (Penalty for Refusal or Neglect): see Appendix A. Rule 32.06 provides that persons examined for discovery shall answer any proper question relating to an issue in the action to the best of their knowledge, information and belief, and goes on to specify grounds on which questions are not to be objected to. Rule 33.11 sets out the circumstances under which a person being examined for discovery, or a

party present or represented at a discovery, can adjourn the examination to seek directions from the Court as to its continuation, or seek an order terminating the examination or limiting its scope. Rule 33.12 particularizes the Court's powers in the event a person refuses or neglects to attend or to remain in attendance for his or her examination, or refuses to be sworn, answer a proper question, produce a document which he or she is bound to produce, comply with an order under Rule 33.11, or fulfill an undertaking.

[8] In *Seely v. Corrier*, 2009 NBCA 3, 340 N.B.R. (2d) 262, Drapeau, C.J.N.B. examined Rule 32.06(1), by which a person being examined for discovery is required to answer any "proper question relating to an issue in the action". He stated the following:

In my respectful judgment, the disposition in this Court depends on the answer to questions of law, namely the propriety and relevance of certain questions posed at discovery pursuant to Rule 32. That being so, correctness is the controlling standard of review. In any event, one cannot distil from the record at our disposal an explanation for the judge's dismissal of the appellant's motion. Where, as here, a Caesarian thumbs down is given without substantiating reasons, the Court can only confirm if it concludes the order made in first instance is the one "that ought to have been made" (see Rule 62.21(1)). [para. 22]

[9] There is a body of New Brunswick jurisprudence that refers to discovery procedure, and it may be helpful to review it. In *Seven Seas Restaurant Ltd. v. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 26 N.B.R. (2d) 533, [1978] N.B.J. No. 341 (Q.B.) (QL), Dickson, J. dealt with the validity of objections made to certain questions asked of the president of the plaintiff company who testified at a discovery. He found all of the questions pertinent and relevant to the issues; they had to be answered, along with supplementary questions relevantly pertaining to the same subject matter and which directly flowed from the answers given (para. 5). As to the purposes of discovery generally, he expanded that they are: (1) to enable the examining party to know the case he has to meet; (2) to enable him to procure admissions which will dispense with other

formal proof of his case; and (3) to procure admissions which will destroy the plaintiff's case (para. 6). After confirming that the tendency of our courts in modern times is to widen all avenues of discovery, he states:

Discovery of course must be relevant to the issues but it is now firmly recognized that that relevance should be construed with some latitude. It should not be overlooked that where evidence is elicited on discovery which is not properly admissible at trial, it is always within the competence of the trial judge to refuse to admit its introduction. [para. 6]

[10] In *Violette et al. v. Wandlyn Inns Ltd. et al.* (1995), 169 N.B.R. (2d) 374, [1995] N.B.J. No. 574 (C.A.) (QL), the respondents unilaterally adjourned an examination for discovery, and the appellant brought a motion seeking a finding that the respondents were in contempt for their cancellation of the examination. Ryan, J.A., for the Court, found the respondents did not have the right to unilaterally adjourn an examination for discovery under Rule 33.10 (para. 5). In his reasons he explains the scope and general purpose of discovery:

One of the objectives of oral examination for discovery is to enable the opposite party to know what case he or she is called upon to meet and, in addition, to simplify the trial by procuring admissions: *Graydon v. Graydon* (1921), 51 O.L.R. 301 (H.C.). The tendency of the courts is not to circumscribe the avenues of discovery but to widen them: *Henderson v. Mercantile Trust Co.* (1922), 52 O.L.R. 198.

The objectives just mentioned are examples of the general purpose of discovery which includes particulars, disclosure of documents, inspection of documents, admitting of documents, physical examination, production of reports, inspection of property and interrogatories. The general purpose of discovery can be summarily described as follows:

1. to enable the examining party to know the case he or she has to meet;

2. to enable a party to obtain admissions which will dispense with other formal proof of your own case;
3. to obtain admissions which will permit you to destroy your opponent's case; and
4. to facilitate settlement. [paras. 2-3]

[11] Ryan, J.A. went on to approve of the reasoning of Stevenson, J. in *Bank of Montreal v. Peter J. Donovan Ltd. et al.* (1983), 51 N.B.R. (2d) 208, [1983] N.B.J. No. 351 (Q.B.) (QL). In that case an examination was abruptly adjourned, upon the refusal of a witness to answer a question, and the questioning counsel withdrew along with his client. The plaintiff applied to strike the defence and counterclaim of the defendants with leave to apply for judgment forthwith. Stevenson, J. opined that it would be wrong to grant such a motion. He concluded that the discovery should be resumed, concluded, and the action brought on for trial. He emphasized “[a]ll counsel should cease their cold war tactics” (para. 18). Ryan, J.A. emphatically endorsed this approach:

I approve the ruling in *Bank of Montreal and Donovan*; counsel should cease such tactics. Counsel do not have the right to unilaterally adjourn an examination for discovery under Subrule 33.10. To hold otherwise would leave the procedure subject to potential abuse by litigants who wish to delay the process. [para. 9]

[12] In *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157, Binnie, J. comments that pre-trial discovery is “essential to prevent surprise or ‘litigation by ambush’, to encourage settlement once the facts are known, and to narrow issues even where settlement proves unachievable” (para. 24).

[13] Recently in *Rumble v. Sobeys Incorporated*, 2014 NBCA 72, [2014] N.B.J. No. 322 (QL), Drapeau, C.J.N.B., citing *Kay v. Kay* (1999), 215 N.B.R. (2d) 291, [1999] N.B.J. No. 289 (C.A.) (QL), reiterated the importance of achieving the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits. The possibility of doing so is enhanced “where the risk of surprise is minimized, if not

eliminated, by giving the parties an opportunity to know beforehand precisely what they will face at trial” (para. 12). Surely, as is evident from the jurisprudence reviewed above, discovery is one of the most important tools in that arsenal to alleviate from surprise at trial.

[14] The motion judge in this case ruled in the following manner on the appellant’s motion:

I am going to order that Mr. Magee is to provide a detailed affidavit with regard to the items Mrs. Johnson has contended were in the home or around the home or in the porch to be delivered to Mr. Rogers within 45 days. And further that if Mr. McAllister is not satisfied with the affidavit that the portion of his motion with respect to returning for further discovery will be adjourned *sine die* so that he may, after he receives that, request a further hearing which could probably be done by court call or telephone conference call so that you don’t have to come back up, Mr. Rogers.

The motion judge gave no substantiating reasons for her decision. Thus, in accordance with *Seely*, we are able to interfere if the order made in first instance is not the one that ought to have been made.

[15] The discovery was in its second day and a reading of the transcript reveals the detailed questioning by counsel for the appellant was leading to a deteriorating situation. When the discovery abruptly ended, counsel for Ms. Johnson was posing questions to Mr. Magee regarding the contents of the house, questions he alleges are relevant to the vacancy issue. The following is the exchange in the discovery that immediately preceded counsel for State Farm leaving with Mr. Magee:

Q. 582 Do you have evidence that the footwear, winter boots...

MR. ROGERS Mr. McAllister, I’m afraid I must interrupt. This is a grotesque waste of time. Why don’t you just ask him

if his answer is the same for the other items on the page?

MR. McALLISTER: I'm...

MR. ROGERS: But honestly, you know what?

MR. McALLISTER: Because I want to direct...

MR. ROGERS: Have some respect for your time and my time, the court reporter's time, your client's time, my client's time.

MR. McALLISTER: I want to direct his mind to each and every one of these items.

A. As I've indicated, the Point of Origin's report says both bedrooms were void of furnishings. This list that you're going through now is in those bedrooms. I just said their...our evidence is that there was no furnishings in those bedrooms.

Counsel for Ms. Johnson was asking questions from page 2 of a 5 page document where Ms. Johnson had listed the contents of her home:

MR. McALLISTER: I'm...I'm continuing and I'm going to continue this discovery in the sequence that I choose, okay? Now...

MR. ROGERS: Okay. Well, we're going to terminate if then, Mr. McAllister. I'm sorry, we're not willing to engage in that. It's an abuse of our time.

[16] It is clear from *Violette et al. v. Wandlyn Inns Ltd. et al.* that under Rule 33.10 counsel do not have the right to unilaterally adjourn an examination. Perceived tedious questioning does not provide sufficient reason. The witness is required to answer any proper question that has a semblance of relevance, and must do so to the best of his or her knowledge, information and belief (Rule 32.06(1)). As Drapeau, C.J.N.B. pointed

out, “[o]ral discovery dwarfs all other available discovery devices in terms of importance and effectiveness”: *Seely v. Corrier*, at para. 27. There is no evidence on the record to suggest Mr. Magee is under any impediment, or that he is a novice with respect to discovery proceedings and is suffering some kind of disadvantage because of the questioning. The fact that Mr. Rogers and his client would have to return to Fredericton is of no moment. The motion judge gave no explanation as to why she ordered the filing of an affidavit by Mr. Magee to replace oral examination. She does not refer to any of the remedies enumerated in Rule 33.12(1)(a)-(e).

[17] That leaves the question of what order ought to have been made. I see no reason, following *Violette et al. v. Wandlyn Inns Ltd. et al.*, why oral examination for discovery should not be completed.

[18] In *Canadian Union of Public Employees, Local 821 v. Vitalité Health Network (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, Drapeau, C.J.N.B. states certain provinces, including New Brunswick, have codified the principle of proportionality (Rule 1.02.1), which allows the Court to consider the importance and complexity of the triable issue even if the litigation itself is not considered important or complex. He explains the context:

The principle of proportionality has long held an important place in the Canadian legal landscape. In *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, the Supreme Court of Canada confirms this principle must be taken into account in the exercise of any discretionary power under rules of procedure. At paragraph 31, the Supreme Court adopts the observations in *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, [2010] N.J. No. 187 (QL) to the effect that, at common law, the principle of proportionality ordains consideration of “the appropriateness of the procedure, its cost and impact on the litigation, and its timeliness, given the nature and complexity of the litigation” (para. 52).

[...]

It bears emphasizing that Rule 1.02.1 does not alter the principles that govern the interpretation of the provisions of the *Rules of Court*. In other words, it has no interpretive

value (see the comments of LeBel J., on behalf of the majority, in *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, at paras. 43 and 68-71). Under Rule 1.02.1, the court is duty bound to bring into play the principle of proportionality whenever it applies the rules.

That said, the wording of Rule 1.02.1 gives it a very broad scope. Like the Ontario rule, it authorizes the court to consider the importance and complexity of the issues even if the litigation itself might not be considered important or complex. Moreover, under Rule 1.02.1, the “issues” include, but are not limited to, financial issues. [paras. 55, 57-58]

[19] Rule 62.21(1) authorizes the Court to make the decision or order that ought to have been made in first instance: see *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, at para. 11, where the Court applied the principle of proportionality and decided the issue itself instead of remitting it to the Court of Queen's Bench. In *J.H. v. T.H.*, as in *Canadian Union of Public Employees, Local 1773 v. Town of Shediac*, 2005 NBCA 20, 280 N.B.R. (2d) 324, the Court had at its disposition the means to decide the matter.

[20] I am of the view that remitting this matter to the Court of Queen's Bench, to have the order made that ought to have been, would be wasteful of the parties' time and money. Therefore, in accordance with Rules 1.02.1 and 62.21(1), I am prepared to make the determination that should have been made in the first instance. The parties will resume discovery within sixty days from the date of the publication of this decision and complete it.

[21] For these reasons, I would dismiss the first appeal, and allow the second. Since I am of the opinion that the appellant has been more successful on the appeals than the respondent, I would order the respondent to pay costs of \$1,500.

LA JUGE LARLEE

[1] Deux appels dont le contexte factuel est le même ont été entendus ensemble du consentement des parties. L'appelante, Karen Johnson, était propriétaire d'une maison assurée par l'intimée. Le 20 juin 2008, la maison de l'appelante a été détruite par un incendie. Le 13 avril 2009, elle a présenté une preuve du sinistre dans laquelle elle réclamait le coût de remplacement de sa maison, la perte de ses biens personnels, la privation de jouissance et le coût de la démolition de la maison. L'intimée a rejeté sa demande essentiellement au motif que la maison avait été inoccupée pendant plus de trente jours consécutifs avant que l'incendie ne survienne. Elle soutient en outre que l'appelante ne l'a pas avisée d'un changement essentiel pour l'appréciation du risque.

[2] Les 3 et 4 juin 2013, les parties ont procédé à un interrogatoire préalable à Fredericton. Le premier jour de l'interrogatoire, l'avocat de l'appelante a donné plusieurs engagements à l'avocat de l'intimée, mais il a indiqué qu'il les donnait conditionnellement, selon ce que répondrait l'avocat de l'intimée à sa demande d'engagements plus tard dans l'interrogatoire préalable. Le deuxième jour de l'interrogatoire, un différend opposant les avocats adverses est survenu à propos de l'orientation des questions de l'avocat de l'appelante. L'interrogatoire s'est trouvé dans une impasse : l'avocat de l'intimée n'a pas voulu poursuivre l'interrogatoire et il a quitté la salle avec sa cliente, tandis que l'avocat de l'appelante n'a pas voulu fournir les pièces cotées à l'interrogatoire. Il y a eu rupture des communications entre les parties, puis chacune d'elles a déposé une motion devant notre Cour dans laquelle elle sollicite des mesures de redressement.

[3] Le premier appel découle d'un avis de motion que l'intimée a déposé le 19 novembre 2013 et dans lequel elle sollicite une ordonnance d'exécution des quatre engagements de l'appelante et la communication des seize pièces cotées à l'interrogatoire. La juge saisie de la motion l'a accueillie, et elle a rendu une ordonnance

en conséquence avec dépens en faveur de l'intimée. Avec l'autorisation de la Cour, l'appelante interjette appel de cette décision et sollicite le rejet de la motion de l'intimée avec dépens.

[4] Une ordonnance discrétionnaire ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire qu'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie : *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, au par. 4, et *Williamson et autre c. Gillis et autre*, 2011 NBCA 53, 374 R.N.-B. (2^e) 311, aux par. 13 à 15.

[5] En ce qui concerne ce premier appel, la juge saisie de la motion a examiné le dossier, a jugé que l'intimée avait rempli ses engagements envers l'appelante (ce qui est confirmé dans une lettre de trois pages) et n'a rien vu qui empêchait l'appelante de remplir ses engagements ou de communiquer les pièces cotées à l'interrogatoire. Je partage son avis. L'ordonnance discrétionnaire qu'elle a rendue doit être traitée avec déférence. Ce premier appel est sans fondement et je suis d'avis de le rejeter.

[6] Le 27 novembre 2013, l'appelante a présenté une autre motion qui donne lieu au second appel. Cette motion visait la radiation de l'exposé de la défense de l'intimée ou, à titre subsidiaire, l'obtention d'une ordonnance enjoignant à David Magee, qui a témoigné en tant que dirigeant, administrateur ou gérant de l'intimée à l'interrogatoire préalable en juin 2013, de comparaître à la reprise de l'interrogatoire préalable aux date et heure fixées par l'appelante pour y répondre à une question particulière que lui avait posée l'appelante. L'appelante sollicitait également les dépens. La juge saisie de la motion a plutôt rendu une ordonnance enjoignant à M. Magee de fournir un affidavit détaillé et précisant que si l'appelante était insatisfaite de cet affidavit, elle pouvait demander la tenue d'une nouvelle audience, la partie de la motion où elle sollicitait une reprise de l'interrogatoire préalable étant ajournée *sine die*. Avec

l'autorisation de la Cour, l'appelante demande que cette décision soit infirmée et que sa motion soit accueillie avec dépens.

[7] Les règles qui s'appliquent en l'espèce sont les règles 32.06(1) et (2) (Portée de l'interrogatoire), 33.11 (Conduite irrégulière à l'interrogatoire) et 33.12 (Sanction). Ces règles sont jointes à l'annexe A. D'abord, la règle 32.06 prévoit que la personne interrogée au préalable doit répondre selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit à toute question légitime qui se rapporte à un des objets du litige. Puis, elle précise les motifs qui ne constituent pas des objections valables. Ensuite, la règle 33.11 énonce les circonstances dans lesquelles l'interrogé ou une partie présente ou représentée à l'interrogatoire peut ajourner l'interrogatoire afin de demander à la cour des directives quant à la poursuite de l'interrogatoire ou une ordonnance y mettant fin ou en restreignant le champ. Finalement, la règle 33.12 précise les pouvoirs que peut exercer la cour dans le cas où une personne refuse ou néglige de comparaître ou de demeurer présente à son interrogatoire ou refuse de prêter serment, de répondre à une question légitime, de produire un document qu'elle est tenue de produire, de se conformer à une ordonnance rendue en application de la règle 33.11 ou de s'acquitter d'un engagement.

[8] Dans l'affaire *Seely c. Corrier*, 2009 NBCA 3, 340 R.N.-B. (2^e) 262, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a examiné la règle 32.06(1) qui prescrit qu'une personne interrogée au préalable doit répondre à toute « question légitime qui se rapporte à un des objets du litige ». Il a formulé les observations suivantes :

En toute déférence, le dispositif auquel parviendra notre Cour dépend de la réponse qui sera fournie à des questions de droit, savoir l'à-propos et la pertinence de certaines questions qui ont été posées à l'interrogatoire préalable conformément à la règle 32. Cela étant, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. De toute façon, il est impossible de dégager du dossier qui nous a été soumis un motif justifiant le rejet par la juge de la motion présentée par l'appelant. Lorsque, comme en l'espèce, un rejet césarien est prononcé sans motif justificatif, la Cour ne peut confirmer le rejet que si elle conclut que l'ordonnance rendue en première instance est

celle qui « aurait dû être rendue » (voir la règle 62.21(1)).
[par. 22]

- [9] Au Nouveau-Brunswick, il y a une jurisprudence abondante sur la procédure relative à l'interrogatoire préalable qu'il pourrait s'avérer utile de passer en revue. Dans l'affaire *Seven Seas Restaurant Ltd. c. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 26 R.N.-B. (2^e) 533, [1978], A.N.-B. n^o 341 (C.B.R.) (QL), le juge Dickson a traité de la validité des objections soulevées à l'égard de certaines questions posées au président de la société demanderesse qui a témoigné à un interrogatoire préalable. Selon le juge, toutes les questions étaient pertinentes et elles se rapportaient aux objets du litige. Par conséquent, il fallait y répondre, comme il fallait répondre aux questions supplémentaires pertinentes qui se rapportaient au même objet et qui découlaient directement des réponses données (par. 5). Le juge a ajouté que les objectifs généraux de l'interrogatoire préalable se résument ainsi : 1) permettre à la partie interrogante de savoir quelle preuve elle doit contrer, 2) permettre à la partie interrogante d'obtenir des aveux qui lui éviteront de devoir faire la preuve de ses propres prétentions par d'autres moyens et 3) obtenir des aveux qui réfuteront la preuve de la partie adverse (par. 6). Après avoir réitéré que la tendance moderne de nos tribunaux est d'élargir les possibilités de l'interrogatoire préalable, le juge Dickson a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] L'interrogatoire préalable doit bien entendu se rapporter aux objets du litige, mais il est désormais clairement établi qu'il convient d'interpréter cette pertinence avec une certaine latitude. On ne doit pas perdre de vue que lorsque l'on obtient, à l'interrogatoire préalable, une preuve qui n'est pas admissible à bon droit au procès, le juge du procès a toujours compétence pour refuser d'admettre cette preuve en cour. [par. 6]

- [10] Dans l'affaire *Violette et al. c. Wandlyn Inns Ltd. et al.* (1995), 169 R.N.-B. (2^e) 374, [1995] A.N.-B. n^o 574 (C.A.) (QL), les intimés avaient unilatéralement ajourné l'interrogatoire préalable, et les appelants ont demandé, par voie de motion, une conclusion d'outrage au tribunal contre les intimés pour annulation de l'interrogatoire préalable. Le juge Ryan, au nom de la Cour, a conclu que la règle 33.10 ne confère pas

aux intimés le droit d'ajourner unilatéralement un interrogatoire préalable (par. 5). Dans ses motifs, le juge explique le champ d'application et le but général de l'enquête préalable :

[TRADUCTION]

L'un des objectifs de l'interrogatoire oral de l'enquête préalable est de permettre à la partie adverse de savoir quelle preuve elle doit contrer; il vise également à simplifier le procès en procurant des aveux (*Graydon c. Graydon* (1921), 51 O.L.R. 301 (H.C.)). La tendance des tribunaux n'est pas de borner les voies d'enquête préalable, mais de les élargir (*Henderson c. Mercantile Trust Co.* (1922), 52 O.L.R. 198).

Les objectifs susmentionnés s'inscrivent dans le but général de l'enquête préalable, laquelle comporte les précisions, la divulgation de documents, l'examen de documents, la reconnaissance de documents, l'examen physique, la production de rapports, l'examen de biens et les interrogatoires écrits. Le but général de l'interrogatoire préalable peut se résumer en ces termes :

1. permettre à la partie interrogeante de savoir quelle preuve elle doit contrer;
2. permettre à une partie d'obtenir des aveux qui lui éviteront de devoir faire la preuve de ses propres prétentions par d'autres moyens;
3. obtenir des aveux qui permettront de démolir l'argumentation de l'adversaire;
4. faciliter un règlement. [par. 2 et 3]

[11] Le juge Ryan a ensuite approuvé le raisonnement du juge Stevenson dans l'affaire *Bank of Montreal c. Peter J. Donovan Ltd. et al.* (1983), 51 R.N.-B. (2^e) 208, [1983] A.N.-B. n^o 351 (C.B.R.) (QL). Dans cette affaire, un interrogatoire préalable a été ajourné soudainement en raison du refus d'un témoin de répondre à une question; l'avocat qui procédait à l'interrogatoire a alors quitté la salle avec son client. La demanderesse a sollicité la radiation de la défense et de la demande reconventionnelle des défenderesses et l'autorisation de demander un jugement sommaire. Le juge Stevenson a

déclaré qu'il serait injuste d'accorder une telle motion. Il a conclu que l'interrogatoire devait être repris et terminé, et l'action inscrite au rôle. Il a souligné que [TRADUCTION] « les avocats doivent mettre fin à ces tactiques de guerre froide » (par. 18). Le juge Ryan a ainsi souscrit énergiquement à cette démarche :

[TRADUCTION]

J'approuve la décision rendue dans *Bank of Montreal c. Donovan*; les avocats doivent mettre fin à ce genre de tactiques. La règle 33.10 ne confère pas aux avocats le droit d'ajourner unilatéralement l'interrogatoire préalable. Toute autre interprétation exposerait la procédure à un éventuel usage abusif de la part de plaideurs souhaitant retarder l'instance. [par. 9]

[12] Dans l'affaire *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157, le juge Binnie fait remarquer que l'étape de l'enquête préalable est « essentielle pour éviter les surprises ou les “litiges par guet-apens”, pour encourager les règlements une fois les faits connus et pour circonscrire les questions en litige même lorsqu'un règlement s'avère impossible » (par. 24).

[13] Récemment dans l'affaire *Rumble c. Sobeys Incorporated*, 2014 NBCA 72, [2014] A.N.-B. n° 322 (QL), le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, citant *Kay c. Kay* (1999), 215 R.N.-B. (2^e) 291, [1999] A.N.-B. n° 289 (C.A.) (QL), a réitéré l'importance d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. Les chances d'y parvenir sont meilleures « si le risque de surprise est minimisé, sinon éliminé, en faisant savoir à l'avance aux parties à quoi elles devront faire face au procès » (par. 12). Certes, il ressort clairement de la jurisprudence examinée ci-dessus que l'interrogatoire préalable représente l'un des moyens les plus importants parmi cet arsenal permettant d'atténuer l'effet de surprise au procès.

[14] Dans la présente affaire, la juge saisie de la motion présentée par l'appelante a statué ainsi :

[TRADUCTION]

Je vais ordonner à M. Magee de fournir un affidavit détaillé portant sur les articles dont M^{me} Johnson affirme qu'ils étaient dans la maison, autour de la maison ou sur le porche, et cet affidavit doit être remis à M. Rogers dans les 45 jours qui suivent. En outre, si M. McAllister est insatisfait de l'affidavit, la partie de sa motion portant sur la reprise de l'interrogatoire préalable sera ajournée *sine die*. M. McAllister sera alors en mesure, après réception de l'affidavit, de demander une nouvelle audience. Celle-ci pourra probablement se faire par comparution téléphonique ou par conférence téléphonique de façon à ce que vous n'ayez pas à revenir, M. Rogers.

Elle n'a fourni aucun motif à l'appui de sa décision. Donc, conformément à l'affaire *Seely*, nous pouvons intervenir si l'ordonnance rendue en première instance n'est pas celle qui aurait dû être rendue.

[15] L'interrogatoire en était à son deuxième jour. À la lecture de la transcription, il appert que l'interrogatoire détaillé de l'avocat de l'appelante faisait en sorte que la situation se dégradait. Au moment où l'interrogatoire a soudainement pris fin, l'avocat de M^{me} Johnson interrogeait M. Magee à propos du contenu de la maison. Au dire de l'avocat de M^{me} Johnson, ses questions se rapportaient à l'inoccupation de la maison. Voici l'échange qui a eu lieu lors de l'interrogatoire préalable juste avant le départ de l'avocat de State Farm avec M. Magee :

[TRADUCTION]

Q. 582 Avez-vous une preuve que les chaussures, les bottes d'hiver [...]

M. ROGERS : M. McAllister, je regrette de devoir vous interrompre. C'est une énorme perte de temps. Pourquoi ne lui demandez-vous pas simplement si sa réponse est la même pour les autres articles indiqués sur la page?

M. McALLISTER : J'suis...

M. ROGERS : Mais honnêtement, vous savez quoi?

M. MCALLISTER : C'est parce que je veux qu'il s'arrête...

M. ROGERS : Ayez un peu de respect pour votre temps ainsi que le mien, celui du sténographe judiciaire, de votre client, de mon client.

M. MCALLISTER : Je veux qu'il s'arrête sur chacun de ces articles.

R. Comme je l'ai mentionné, le rapport de Point of Origin indique que les deux chambres à coucher n'étaient pas meublées. Vous être en train de passer à travers une liste d'articles dans ces pièces. Je viens de dire que leur ... que nous disposons d'une preuve qui indique que ces chambres à coucher n'étaient pas meublées.

L'avocat de M^{me} Johnson était rendu à la deuxième page d'un document, qui en contenait cinq, dans lequel M^{me} Johnson avait énuméré les articles qui se trouvaient dans sa maison :

[TRADUCTION]

M. MCALLISTER : Je... Je poursuis et je vais poursuivre cet interrogatoire selon l'ordre que je veux bien, d'accord? Maintenant...

M. ROGERS : D'accord. Bon, nous allons cesser cet interrogatoire dans ce cas, M. McAllister. Je suis désolé, nous refusons de nous embarquer dans ça. Vous abusez de notre temps.

[16] Il ressort clairement de l'affaire *Violette et al. c. Wandlyn Inns Ltd. et al.* que la règle 33.10 ne confère pas à un avocat le droit d'ajourner unilatéralement un interrogatoire préalable. Un interrogatoire perçu comme étant fastidieux n'est pas un motif suffisant. Le témoin est tenu de répondre à toute question légitime qui a un air de pertinence, et il doit le faire selon ce qu'il sait, ce qu'il a appris ou ce qu'il croit

(règle 32.06(1)). Comme l'indique le juge en chef du Nouveau-Brunswick, le juge Drapeau, au paragraphe 27 de l'affaire *Seely c. Corrier* « [l']interrogatoire oral éclipse tous les autres modes de divulgation qui existent pour ce qui est de son importance et de son efficacité ». Aucune preuve au dossier ne démontre que M. Magee a quelque empêchement ou bien qu'il n'est pas habitué à la procédure d'interrogatoire et qu'il subit un quelconque désavantage en raison des questions qui lui sont posées. Le fait que M. Rogers et son client devraient revenir à Fredericton est sans importance. La juge saisie de la motion n'a fourni aucun motif pour expliquer pourquoi elle avait ordonné à M. Magee de déposer un affidavit au lieu de se soumettre à un interrogatoire oral. Elle ne renvoie à aucune des mesures de redressement prévues à la règle 33.12(1)a) à e).

[17] Maintenant, il ne reste qu'à déterminer l'ordonnance qui aurait dû être rendue. Appliquant l'affaire *Violette et al. c. Wandlyn Inns Ltd. et al.*, je ne vois aucune raison qui justifie de ne pas terminer l'interrogatoire préalable.

[18] Dans l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 821 c. Réseau de santé Vitalité (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, fait état des provinces, dont le Nouveau-Brunswick, ayant codifié le principe de la proportionnalité (règle 1.02.1), qui autorise la Cour à prendre en considération l'importance et la complexité de la question en litige, même si le litige lui-même n'est pas considéré comme important ou complexe. Le juge Drapeau a ainsi expliqué le contexte :

Le principe de proportionnalité occupe depuis longtemps une place importante dans le paysage juridique canadien. Dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, la Cour suprême du Canada confirme que ce principe doit être pris en compte lorsqu'il s'agit d'exercer un pouvoir discrétionnaire en vertu des règles de procédure. Dans cet arrêt, la Cour suprême fait siennes, au par. 31, les observations dans l'arrêt *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, [2010] N.J. No. 187 (QL), portant que, selon la common law, le principe de proportionnalité commande la prise en considération « de l'opportunité de la procédure, de son

coût, de son incidence sur le litige et de sa célérité, selon la nature et la complexité du litige » (par. 52).

[...]

Il vaut de souligner que la règle 1.02.1 ne modifie pas les principes applicables à l'interprétation des dispositions des *Règles de procédure*. En d'autres mots, elle n'a pas de valeur interprétative (voir les observations du juge LeBel, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, aux par. 43 et 68-71). Aux termes de la règle 1.02.1, la cour doit tenir compte du principe de proportionnalité lorsqu'elle applique les règles.

Cela dit, le libellé de la règle 1.02.1 lui donne une portée très large. Ainsi, comme la règle ontarienne, elle autorise la cour à prendre en considération l'importance et la complexité des questions en litige même si le litige lui-même pourrait ne pas être considéré important ou complexe. En outre, aux termes de la règle 1.02.1, les « enjeux » comprennent, mais ne sont pas limités à des enjeux financiers. [pars. 55, 57 et 58]

[19] La règle 62.21(1) autorise la Cour à rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue en première instance : voir à ce sujet *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2^e) 388, où la Cour a appliqué le principe de la proportionnalité et rendu une décision sur la question en litige plutôt que de renvoyer celle-ci à la Cour du Banc de la Reine. Dans cette affaire, comme dans celle de *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1773 c. Ville de Shediac*, 2005 NBCA 20, 280 R.N.-B. (2^e) 324, la Cour disposait de tous les moyens pour trancher le litige.

[20] Je suis d'avis que le renvoi de la présente affaire à la Cour du Banc de la Reine, pour que cette dernière rende l'ordonnance qui aurait dû être rendue, constituerait une perte de temps et d'argent pour les parties. Par conséquent, en vertu des règles 1.02.1 et 62.21(1), je suis prête à rendre la décision qui aurait dû être rendue en première instance. Les parties reprendront l'interrogatoire préalable dans les soixante jours suivant la date de la publication de la présente décision et elles la termineront.

[21] Pour ces motifs, je rejette le premier appel, et j'accueille le second. Puisque j'estime que l'appelante a eu davantage gain de cause sur les deux appels que l'intimée, je condamne l'intimée au paiement des dépens de 1 500 \$.

APPENDIX A / ANNEXE A

1.02.1 Proportionality

In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.

[...]

32.06 Scope of Examination

(1) Unless ordered otherwise, a person being examined for discovery shall answer to the best of his knowledge, information and belief, any proper question relating to an issue in the action, including any matter made discoverable by paragraph (2) to (4) and a question shall not be objected to on the ground that

- (a) the information sought is evidence,
- (b) the question is cross-examination if it relates to an issue in the action and is not directed solely to the credibility of the witness, or
- (c) the question is cross-examination on the affidavit of documents of the party being examined.

(2) A party being examined for discovery shall answer, to the best of his knowledge, information and belief, any question concerning the names and addresses of potential witnesses.

1.02.1 Proportionnalité

Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

[...]

32.06 Portée de l'interrogatoire

(1) Sauf ordonnance contraire, la personne interrogée au préalable doit répondre selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit à toute question légitime qui se rapporte à un des objets du litige et notamment à tout renseignement qui peut être, aux termes des paragraphes (2) et (4), l'objet d'une communication. Les motifs suivants ne doivent pas constituer des objections valables :

- a) le renseignement recherché est un élément de preuve,
- b) la question relève du contre-interrogatoire si elle se rapporte à une question en litige et ne vise pas seulement la crédibilité du témoin ou
- c) la question constitue un contre-interrogatoire sur l'affidavit des documents établi par la partie interrogée.

(2) Toute partie interrogée au préalable doit répondre selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit à toute question relative aux nom et adresse de témoins éventuels.

33.11 Improprieties on Examination

33.11 Conduite irrégulière à l'interrogatoire

(1) An examination may be adjourned by the person being examined or by any party present or represented on the examination for the purpose of applying to the court for directions as to its continuation, or for an order terminating the examination or limiting its scope where

(1) Tout interrogatoire peut être ajourné à la demande de l'interrogé ou d'une partie présente ou représentée à l'interrogatoire, afin de demander à la cour des directives quant à la poursuite de l'interrogatoire ou une ordonnance y mettant fin ou en restreignant le champ, lorsque l'une des situations suivantes se produit :

(a) the right to examine is being abused by an excess of improper questions or obstructed by an excess of improper interruptions or objections,

a) un usage abusif est fait du droit d'interroger par un nombre excessif de questions injustifiées, ou l'exercice de ce droit est gêné par des interruptions ou des objections injustifiées,

(b) the examination is being conducted in bad faith, or in an unreasonable manner so as to annoy, embarrass or oppress the person being examined,

b) l'interrogatoire est exécuté de mauvaise foi ou de façon déraisonnable de sorte à ennuyer, à gêner ou à accabler l'interrogé,

(c) the examination is excessive in length having regard to the nature of the proceeding,

c) la durée de l'interrogatoire est excessive compte tenu de la nature de l'instance,

(d) many of the answers to the questions are evasive, unresponsive or unduly prolix, or

d) plusieurs réponses sont évasives, vagues ou indûment prolixes ou

(e) there has been a neglect or improper refusal to produce a relevant document in the possession, custody or control of the person being examined, which is not privileged, and which he was required to produce by these rules or by the Notice of Examination or the Summons to Witness served upon him, as may be.

e) l'interrogé a négligé ou refusé sans raison valable de produire des documents pertinents et non privilégiés se trouvant en sa possession, sous sa garde ou sous son contrôle, documents qu'il était tenu de produire conformément aux présentes règles ou aux termes de l'avis d'interrogatoire ou de l'assignation à témoin, selon le cas, qui lui a été signifié.

(2) On a motion under paragraph (1), the court may order the person whose improper conduct necessitated the motion or the person who improperly brought the motion, as may be, to personally pay forthwith the

(2) Sur une motion présentée en application du paragraphe (1), la cour peut ordonner à celui dont la conduite irrégulière a rendu nécessaire la motion ou dont la motion n'était pas justifiée, selon le cas, de payer

costs of the motion, any costs unnecessarily incurred and the costs of any continuation of the examination. The court may fix those costs or make such other order as may be just.

immédiatement et personnellement les dépens afférents à la motion, ceux qui ont été encourus inutilement et ceux qui ont été occasionnés par la poursuite de l'interrogatoire. Elle peut aussi fixer le montant de ces dépens ou rendre toute autre ordonnance qu'elle estime juste.

33.12 Penalty for Refusal or Neglect

33.12 Sanction

Where a person refuses or neglects to attend or to remain in attendance for his examination or refuses to be sworn, or to answer a proper question, or to produce a document which he is bound to produce, or to comply with an order under Rule 33.11, or to fulfill an undertaking, the court may

Lorsqu'une personne refuse ou néglige de comparaître ou de demeurer présente à son interrogatoire ou refuse de prêter serment, de répondre à une question légitime, de produire un document qu'elle est tenue de produire, de se conformer à une ordonnance rendue en application de la règle 33.11 ou de s'acquitter d'un engagement, la cour peut

(a) where an objection is held to be improper, order him to re-attend at his own expense and answer that question and any proper questions arising from his answer,

a) lui ordonner, si elle a formulé une objection jugée injustifiée, de comparaître à nouveau, à ses propres frais, pour répondre à la question et à toute autre question légitime découlant de sa réponse,

(b) order him to produce any document, to re-attend at his own expense and to answer any proper questions arising from such document,

b) lui ordonner de produire un document, de comparaître à nouveau à ses propres frais et de répondre à toute question légitime relative audit document,

(c) if he is a party, or an officer, director or manager of a corporate party, dismiss the claim or strike out the Statement of Defence, as may be,

c) rejeter la demande ou radier l'exposé de la défense, selon le cas, si ladite personne est une partie ou un dirigeant, un administrateur ou un gérant d'une corporation partie à l'action,

(d) strike out his evidence, or part thereof, including any affidavit made by him,

d) radier la totalité ou une partie de sa déposition, y compris tout affidavit qu'elle a établi,

(e) by Warrant (Form 33C) to any sheriff or other peace officer in New Brunswick, cause the person being examined to be apprehended anywhere in New Brunswick and brought before the court. Upon being

e) lancer un mandat (formule 33C) à l'adresse de tout shérif ou autre agent de la paix au Nouveau-Brunswick d'arrêter la personne interrogée n'importe où au Nouveau-Brunswick et de l'amener devant

apprehended, he may be detained in custody or released on such terms as the court may order, and he may be ordered to pay all costs arising out of his refusal or neglect, and

(f) make such other order as may be just.

[...]

62.21 Powers of Court of Appeal

To Draw Inferences and Make Decisions

(1) The Court of Appeal may draw inferences of fact, render any decision and make any order which ought to have been made, and may make such further or other order as the case may require.

la cour. Après son arrestation, elle peut être détenue ou libérée aux conditions ordonnées par la cour et se voir condamnée, par ordonnance, aux dépens découlant de son refus ou de son omission et

f) rendre toute autre ordonnance qu'elle estime juste.

[...]

62.21 Attributions de la Cour d'appel

Pouvoir d'inférer et de décider

(1) La Cour d'appel peut faire des inférences à partir des faits et rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Elle peut également rendre toute autre ordonnance appropriée à la cause.