

Rule / Règle **31**

Discovery of Documents /
Communication préalable des documents

DISCOVERY	ENQUÊTE PRÉALABLE
RULE 31	RÈGLE 31
DISCOVERY OF DOCUMENTS	COMMUNICATION DES DOCUMENTS
<p>31.01 Definition</p>	<p>31.01 Définitions</p>
<p>In this rule,</p>	<p>Dans la présente règle,</p>
<p><i>affiliated corporation</i> or <i>affiliate</i> means one of two bodies corporate where one of them is the subsidiary of the other or both are subsidiaries of the same corporate body or each of them is controlled by the same person or persons;</p>	<p><i>affiliée</i> s’entend d’une de deux personnes morales lorsque l’une d’elles est la filiale de l’autre ou que toutes deux sont des filiales de la même personne morale ou que chacune d’elles est sous le contrôle de la même personne ou des mêmes personnes;</p>
<p><i>document</i> means, unless the context requires otherwise, a record of information, however recorded or stored, whether in printed form, on film, by electronic means or otherwise;</p>	<p><i>document</i>, sauf indication contraire du contexte, s’entend d’un enregistrement de renseignements, indépendamment de la façon dont ils sont enregistrés ou conservés, que ce soit, notamment, sous forme imprimée, sur pellicule ou par moyens électroniques;</p>
<p><i>subsidiary corporation</i> or <i>subsidiary</i> means a body corporate that is controlled directly or indirectly by one or more bodies corporate.</p>	<p><i>filiale</i> s’entend d’une personne morale contrôlée directement ou indirectement par une ou plusieurs personnes morales.</p>
<p>2016-73</p>	<p>2016-73</p>
<ul style="list-style-type: none"> ● The Court established that, by virtue of Rule 31, a videotape is a document for which litigation privilege may be claimed, and affirmed that Rule 31.09 sets out the limited circumstances in which a party who has claimed privilege may use the document at trial. The Court stated that the trial judge was justified in declaring that: [L]itigation privilege attaches to surveillance video tapes prepared at the request of a party's solicitor to assist him or her in the conduct of an action. The preparation of the video tapes was for the dominant purpose of being submitted to the respondents' solicitor for his use in this litigation and falls within s. 43.1. For that reason, they are subject to privilege and may be used only as provided by Rule 31.09. <p>However, as to the videotapes’ identification on the affidavit of documents, the Court stated that “[e]ach video tape is a document and the present description of each as an "accompanying video tape", is insufficient.” The Court went on to order the respondents to file an amended affidavit of documents specifying a “description sufficient for identification’ of each video tape. Such description should include at least the name of the person who made the video tape, the date, time and</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● La Cour d’appel a établi qu’il ressort du libellé de la règle 31 qu’une bande magnétoscopique est un document aux fins d’application de la règle 31, tandis que la règle 31.09 édicte en quelles circonstances la partie qui a revendiqué le privilège peut utiliser le document au procès. La Cour d’appel estime que le juge de première instance était justifié de conclure que: [L]e caractère privilégié des documents préparés en vue d’une instance s’appliquait aux bandes magnétoscopiques produites par suite d’activités de surveillance et préparées à la demande de l’avocat d’une partie afin de l’aider à mener l’action Les bandes magnétoscopiques ont été préparées dans le but principal d’être soumises à l’avocat des intimés pour son usage dans ce litige et elles sont visées par l’article 43.1. Pour ces motifs, ces bandes sont privilégiées et elles ne peuvent être utilisées qu’aux termes de la règle 31.09. <p>La Cour d’appel ordonne par contre aux intimés de signifier un affidavit des documents modifié comprenant une « description suffisante à l’identification » de chaque bande magnétoscopique et que cette description devrait indiquer au moins le nom de la personne qui a produit la</p>

place at which each video tape, or any segment thereof, was made.”

Main v. Goodine (1997), 192 N.B.R. (2d) 230 (C.A.) at paras. 4, 7 and 9, Hoyt C.J.N.B.

- In this case the Court allowed the appeal of the trial judge’s refusal to order a medical examination of the plaintiff-respondent as contemplated by Rule 36.02(1). In so ordering the Court discussed the delimitation of the examination’s scope in the context of Rule 31:

we view the delimitation of the examination’s scope as an important part of the process: it is at that level that the legitimate privacy concerns of the party to be examined stand to be addressed (see *Lafrance v. Corney et al.* (1992), 125 N.B.R. (2d) 368 (Q.B.; P.S. Creaghan J.) for a discussion of privacy issues in connection with an injured claimant’s past medical file under Rule 31 (Discovery of Documents)). In the case at bar, it was up to [the respondent] to establish a valid objection to the appellants’ motion. He failed to discharge that burden.

Murdock v. Reid, [2005] N.B.J. No. 562 (C.A.)(QL) at para. 17, Drapeau C.J.N.B.

31.02 Scope of Documentary Discovery

Disclosure

(1) Every document which relates to a matter in issue in an action and which is or has been in the possession or control of a party or which the party believes to be in the possession, custody or control of some person not a party, shall be disclosed as provided in this rule, whether or not privilege is claimed in respect of that document.

Production for Inspection

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

- In this case, the respondent sought, under Rule 31.02(2),

bande magnéto-scopique, ainsi que le jour, l’heure et l’endroit où l’enregistrement, ou une partie de l’enregistrement, a été fait.

Main c. Goodine (1997), 192 R.N.-B. (2^e) 230 (C.A.) aux par. 4, 7 et 9, Hoyt J.C.N.-B.

- Dans cette affaire où la Cour d’appel accueille l’appel et annule le refus de la juge qui a entendu la motion d’ordonner à l’intimé de se soumettre à un examen médical conformément à la règle 36.02(1) des Règles de procédure, la Cour est appelée à discuter de la question de la délimitation de l’étendue de l’examen médical dans le contexte de la règle 31:

nous considérons la délimitation de l’étendue de l’examen comme une partie importante du processus : c’est à cette étape que doivent être prises en compte les préoccupations légitimes de la partie qui doit subir l’examen pour ce qui a trait à la protection de la vie privée (voir la décision *Lafrance c. Corney et al.* (1992), 125 R.N.-B. (2^e) 368 (C.B.R.; le juge P. S. Creaghan) pour une analyse des questions ressortissant à la protection de la vie privée dans le cadre d’une demande de production du dossier médical antérieur de la victime demanderesse déposée sous le régime de la règle 31 (Communication des documents). En l’espèce, c’est à [l’intimé] qu’il incombait d’établir l’existence d’une objection valable à la motion des appelants. Or, il ne s’est pas acquitté de cette charge.

Murdock c. Reid, [2005] A.N.-B. n^o 562 (C.A.)(QL) au par. 17, Drapeau, J.C.N.-B.

31.02 Portée de la communication des documents

Divulgation

(1) Tout document qui a trait à une question en litige dans une action et dont une partie a ou a eu la possession ou le contrôle ou que cette partie croit être en la possession, sous la garde ou sous le contrôle d’une personne non partie à l’action, doit être divulgué conformément à la présente règle, qu’il y ait ou non revendication de privilège par rapport à ce document.

Production pour examen

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

Dans le présent appel, l’intimé cherchait, en vertu de la

production for inspection of several documents in Schedules “B” and “D” of the appellant’s Affidavit of Documents. The motion judge allowed the motion in part, ordering the appellant to produce one document from Schedule “B”, and three bundles of documents from Schedule “D” which were in the possession or control of DRUGstore Pharmacy, Dr. Bruce Poole and Rehabilitation Alternatives. This Court allowed the appeal in part. The only issue on appeal was whether a condition precedent to the production orders had been met, namely whether the documents were in the appellant’s control.

Rumble v. Sobey’s Incorporated, 2014 NBCA 72, at paras. 2 and 23, per Drapeau C.J.N.B..

Insurance Policy

(3) Within 10 days after the close of pleadings, each party shall disclose by letter to all parties adverse in interest and shall produce for inspection, if requested, any insurance policy under which an insurer may be liable to satisfy part or all of any judgment which may be obtained in the action, or to indemnify or reimburse any party for money paid by him in satisfaction of the judgment, but information concerning such insurance policy shall not be admissible in evidence at the trial unless it is relevant to an issue in the action.

31.03 Affidavit of Documents

(1) A party may serve on any other party a Notice Requiring Affidavit of Documents (Form 31A).

(2) Within 10 days after receipt of a Notice Requiring Affidavit of Documents a party shall file and serve on every other party an Affidavit of Documents (Form 31B).

(3) The Affidavit of Documents shall be made by the party or, in the case of a corporation, by an officer, director or employee.

(4) The Affidavit of Documents shall contain

(a) a list and description of all documents which relate to a matter in issue in the action and which are in the possession or control of the party and for which he claims no privilege,

(b) a list and description of all documents which relate to a matter in issue in the action and which are in the possession or control of the party and for which he claims

règle 31.02(2), à obtenir la production pour examen de plusieurs documents contenus dans les Annexes « B » et « D » de l’affidavit des documents de l’appelant. Le juge de la motion a accueilli la motion en partie, ordonnant à l’appelant de produire un des documents de l’Annexe « D » qui était en la possession ou sous le contrôle de DRUGstore Pharmacy, Dr. Bruce Poole et Rehabilitation Alternatives. La Cour d’appel a accueilli l’appel en partie. La seule question en litige était de savoir une condition préalable à l’obtention d’une ordonnance enjoignant à une partie de produire des documents avait été respectée, à savoir si les documents étaient sous le contrôle de l’appelant.

Rumble c. Sobey’s Incorporated, 2014 NBCA 72, aux par. 2 et 23, Drapeau J.C.N.-B.

Police d’assurance

(3) Dans les 10 jours de la clôture des plaidoiries, chaque partie doit divulguer par lettre à toutes les parties aux intérêts opposés et, sur demande, produire pour examen toute police d’assurance en vertu de laquelle un assureur peut être tenu d’exécuter partiellement ou totalement tout jugement qui pourrait être obtenu dans cette action ou être tenu d’indemniser ou de rembourser une partie pour les sommes qu’elle a dû payer en exécution du jugement. Cependant, aucun renseignement concernant cette police d’assurance ne sera admissible en preuve au procès à moins qu’il ne soit pertinent à une question en litige dans cette action.

31.03 Affidavit des documents

(1) Toute partie peut signifier à une autre partie un avis de production d’un affidavit des documents (formule 31A).

(2) La partie qui reçoit un avis de production d’un affidavit des documents doit, dans les 10 jours, déposer et signifier à chaque autre partie un affidavit des documents (formule 31B).

(3) L’affidavit des documents doit être établi par la partie ou, dans le cas d’une corporation, par un dirigeant, un administrateur ou un employé de cette corporation.

(4) L’affidavit doit contenir

a) la liste et la description de tous les documents relatifs au litige dont la partie déposante a la possession ou le contrôle et sur lesquels elle ne revendique pas de privilège,

b) la liste et la description de tous les documents relatifs au litige dont la partie déposante a la possession ou le contrôle et sur lesquels elle revendique un privilège ainsi

<p>privilege and the grounds for such claim,</p> <p>(c) a list and description of all documents which relate to a matter in issue in the action, which the party has had, but no longer has, in his possession or control, giving their present whereabouts so far as he can say from his own knowledge, information or belief,</p> <p>(d) a list and description of all documents which relate to a matter in issue in the action which the deponent believes to be in the possession or control of a person not a party to the action and a description sufficient to identify the person,</p> <p>(e) a statement by the deponent that he is not aware of any other document relating to a matter in issue in the action.</p> <p>(5) The Affidavit of Documents shall provide a description sufficient for identification of each document, or, in the case of bundles of documents of the same nature, of each bundle.</p> <p>(6) The solicitor for a party making an Affidavit of Documents shall endorse it with a certificate that he has explained to the deponent the necessity of making a full disclosure of all relevant documents and that he has no knowledge of any other document which should have been disclosed.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Opinion evaluations (consultation reports) of doctors are considered privileged at common law as peer evaluations. Here the question was whether other hospital documents could properly be claimed as privileged. Those included documents collected in the course of investigations as a response to apparent common disasters, and not for the dominant purpose of medical education or improvement in care or practice. The Court answered that question in the negative. <i>Doyle v. Green</i> (1996), 182 N.B.R. (2d) 341 (C.A.), Ryan J.A ● As a general rule, all motions for summary judgment will be dismissed with costs when the moving party has not complied with the requirements of Rule 31. In this case the Court dealt with the obligation created by Rules 31.03(2) and (4) to provide an affidavit of documents. The Court affirmed that summary judgment would not be awarded where the affidavit of documents had not been tendered by the moving party. <i>Whelton v. Mercier et al.</i> (2004), 277 N.B.R. (2d) 251 (C.A.) at para. 2, Drapeau C.J.N.B. 	<p>que les motifs de cette revendication,</p> <p>c) la liste et la description de tous les documents relatifs au litige dont la partie déposante a déjà eu la possession ou le contrôle, mais ne les a plus, avec une indication du lieu où ils se trouvent actuellement selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit.</p> <p>d) la liste et la description de tous les documents relatifs au litige que le déposant croit être en la possession ou sous le contrôle d'une personne non partie à l'action, en plus d'une description suffisante à son identification,</p> <p>e) une déclaration dans laquelle le déposant affirme n'être au courant d'aucun autre document relatif au litige.</p> <p>(5) L'affidavit des documents doit fournir une description suffisante à l'identification de chaque document ou, s'il s'agit de liasses de documents de même nature, une description de chaque liasse.</p> <p>(6) L'avocat de la partie déposante doit ajouter à l'affidavit des documents un certificat attestant qu'il a expliqué au déposant l'obligation d'une divulgation complète de tous les documents pertinents et qu'il ne connaît aucun autre document qui aurait dû être divulgué.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Les évaluations subjectives d'un médecin faites par des pairs sont privilégiées en common law. Il est question ici de savoir si des documents d'un hôpital pouvaient être privilégiés. Cela incluait des documents rassemblés dans le but premier de réagir à de probables calamités communes, et non dans le but principal et exclusif de la formation médicale ou l'amélioration des pratiques ou des soins médicaux. La cour a répondu par la négative à cette question. <i>Doyle c. Green</i> (1996), 182 R.N.-B. (2^e) 341 (C.A.), Ryan j.c.a. ● En règle générale, toute motion en jugement sommaire présentée dans le cadre d'un tel litige devrait être rejetée avec dépens lorsque l'auteur de la motion ne s'est pas plié aux exigences de la règle 31. Dans cette affaire il est particulièrement question de l'obligation formulée à la règle 31.03 (2) et 31.03(4) de fournir un affidavit des documents. La Cour confirma que le jugement sommaire n'aurait pas dû être accordé alors que l'affidavit des documents n'avait pas été fourni par la partie requérante. <i>Whelton c. Mercier</i> (2004), 277 R.N.-B. (2^e) 251 (C.A.), Drapeau J.C.N.-B.
--	--

- The appellant had filed a motion seeking a *Rules*-compliant affidavit of documents from the respondents, alleging the ones received did not meet the requirements of Rule 31.03 and 31.04. The respondents, the driver and owner of the vehicle in which the appellant was injured in a motor vehicle accident, had provided two affidavits. The respondents filed a counter-motion seeking a better and further affidavit of documents from the appellant. Both sides alleged there were problems with the content of the respective affidavits. The motion judge allowed the appellant’s motion, and allowed the respondents’ motion in part, ordering the appellant to provide a copy of his section B file and medical records. The appellant appealed this order and the respondents cross-appealed.

The appeal was allowed as the section B file was not in the possession or control of the appellant, and he did not have an enforceable right to obtain it; further, it was unclear what was meant by “medical records”. The cross-appeal was dismissed. Drapeau C.J.N.B. found the “procedure followed by the Foulkes constitutes a major and unwarranted departure from the requirements of Rule 31” (para. 55). He provides the following salient comments about Rule 31.03:

Rule 31.03(3) is unambiguous. The making of an Affidavit of Documents is the responsibility of the party served with a Notice Requiring Affidavit of Documents. Of course, there will be cases where, at least initially, the party’s personal knowledge of the file or files is limited and incomplete. Likewise, it will typically be the case that the party does not have a proper appreciation of the concepts of “relevance”, “privilege”, “possession” and “control” as they apply to the documentary discovery process. Yet, that party is bound to make an Affidavit of Documents that meets the requirements of Rule 31.03. The solution is obvious: the missing factual and legal knowledge stands to be remedied through the parties’ diligence and the input of their solicitor. [para. 60]

Tower v. Foulkes and Foulkes, 2015 NBCA 29, per Drapeau C.J.N.B.

31.04 Inspection of Documents

- (1) A party is entitled, at any time, to request inspection

- L’appellant a déposé un avis de motion dans lequel il sollicite une ordonnance enjoignant aux intimés de produire un affidavit des documents qui soit conforme aux règles 31.03 et 31.04. Les intimés, le conducteur et le propriétaire du véhicules qui a causé l’accident de voiture and lequel l’appellant a été blessé, ont fourni deux affidavits. Les intimés ont déposé à leur tour leur propre avis de motion dans lequel ils sollicitaient une ordonnance enjoignant à l’appellant de produire un autre affidavit des documents, plus complet et souscrit comme il se doit. Les deux parties soutiennent qu’ils y avaient des irrégularités dans le contenu des affidavits respectifs. Le juge de la motion a accueilli la motion de l’appellant et en partie celle des intimés dans le sens où il a ordonné à l’appellant de produire le dossier de l’assureur au titre du chapitre B et des copies de ses dossiers médicaux. L’appellant appel de cette ordonnance et l’intimé également.

L’appel est accueilli au motif que le dossier de l’assureur au titre du chapitre B n’était pas en la possession ou sous le contrôle de l’appellant, et il n’avait pas un droit à la production du document par un tiers ; de plus, ce que l’on doit entendre par « dossiers médicaux » n’est pas clair. L’appel reconventionnel a été rejeté. Le juge en chef Drapeau a statué que « la procédure suivie par les Foulkes constitue un départ majeur et injustifié par rapport aux prescriptions de la règle 31 » (par. 55). Il fournit les commentaires saillants suivant relatifs à la règle 31.03 :

La règle 31.03(3) est très claire. L’établissement de l’affidavit des documents incombe à la partie à qui a été signifié l’avis de production d’un affidavit des documents. Bien entendu, il y aura des cas où, du moins au départ, la connaissance personnelle de la partie à l’égard du ou des dossiers est limitée et incomplète. De même, le plus souvent, la partie n’aura pas une juste appréhension des concepts de « pertinence », de « privilège », de « possession » et de « contrôle » en ce qu’ils s’appliquent au processus de communication des documents. Néanmoins, cette partie a l’obligation d’établir un affidavit des documents qui satisfait aux exigences de la règle 31.03. La solution est évidente : c’est par la diligence des parties et la participation de leur avocat qu’on arrive à remédier à ce manque de connaissances factuelles et juridiques. [par. 60]

Tower c. Foulkes et Foulkes, 2015 NBCA 29, par Drapeau C.J.N.B.

31.04 Examen des documents

- (1) En tout temps, toute partie a le droit de demander d’examiner tout document dont une autre partie a la possession

<p>of any document in the possession or control of any other party which</p> <p>(a) is referred to in the originating process, a pleading or an affidavit filed by such other party, or</p> <p>(b) is listed in the other party's Affidavit of Documents and is not privileged.</p> <p>(2) A party who wishes to inspect a document shall serve on the other party a Request to Inspect Documents (Form 31C).</p> <p>(3) A party upon whom a Request to Inspect Documents is served shall forthwith serve on the party making such request, a notice stating a time between 9:30 a.m. and 4:30 p.m. and a date within 5 days from the service of the Request to Inspect Documents on which the documents may be inspected at the office of his solicitor or some other convenient place, and shall make the documents available for inspection at that time and place.</p> <p>(4) A court may, at any time, order production for inspection of documents generally or of any particular documents in the possession or control of a party for which no privilege is claimed. Where privilege is claimed for a document, the court may inspect the document to determine the validity of such claim.</p> <p>The Court cannot make an order requiring a party to request documentation from a stranger to the action. In this case the Appellants argued that the Respondent had waived privilege to a rehabilitation report when she provided that report to her Section B insurer. Therefore, the appellants contended, the report would be like all non-privileged documents in the hands of a party and relate to an issue in the action, and are therefore discoverable. At para. 40 the Court stated:</p> <p>The short answer to the appellants' motion for production in relation to the Section B file is that the <i>Rules</i> do not authorize the courts to make an order requiring a party <u>to request</u> documentation from a stranger to the action. (That such orders are commonplace is undeniable, but they are invariably made on consent). If a document in the possession or "control" of a party relates to a matter in issue in the action and is not privileged, the court may <u>order its production</u>: Rule 31.04(4). Thus, in <i>El-Bayoumi v. Wade</i>, the case cited by the appellants in their Notice of</p>	<p>ou le contrôle et</p> <p>a) qui est mentionné dans l'acte introductif d'instance, dans une plaidoirie ou dans un affidavit déposés par cette autre partie ou</p> <p>b) qui est inclus dans l'affidavit des documents établi par cette autre partie et qui n'est pas privilégié.</p> <p>(2) Une partie qui désire examiner un document doit signifier à l'autre partie une demande d'examen de documents (formule 31C).</p> <p>(3) La partie qui reçoit signification d'une demande d'examen de documents doit immédiatement signifier un avis à la partie qui a fait cette demande, indiquant l'heure (entre 9h30 et 16h30) et la date (dans les 5 jours de la signification de ladite demande) auxquelles les documents pourront être examinés, soit au bureau de son avocat ou en un autre lieu commode. Elle devra rendre les documents accessibles pour examen à l'heure et à l'endroit indiqués.</p> <p>(4) En tout temps, la cour peut ordonner la production pour examen des documents en général ou d'un document en particulier dont une partie a la possession ou le contrôle et sur lesquels aucun privilège n'a été revendiqué. Si un privilège est revendiqué, la cour peut examiner les documents en question afin de décider si la revendication est justifiée.</p> <p>Aucune règle ne permet à la Cour d'ordonner à une partie de demander à un tiers de lui fournir des copies de documents. À défaut du consentement des parties, elle est dépourvue de la compétence lui permettant de rendre une telle ordonnance. En l'espèce, les appelants ont avancé que l'intimée a renoncé à son privilège sur un rapport de réhabilitation lorsqu'elle a soumis le rapport la Section B de son assureur. Conséquemment, les appelants maintiennent que le rapport est comme tous autres documents non privilégiés entre les mains d'une des partie et qui est pertinent à l'action et donc susceptible à être divulgué. Au par. 40 la Cour a statué:</p> <p>Pour répondre laconiquement à la motion des appelants afin d'obtenir la production de documents versés au dossier de la demande au titre du chapitre B, je dirai que les <i>Règles</i> n'autorisent pas les tribunaux à ordonner à une partie <u>de demander</u> à un étranger à l'action de fournir une documentation. (Le fait que pareilles ordonnances soient chose courante est indéniable, mais elles sont invariablement rendues par suite d'un consentement.) Si un document se trouvant en la possession ou sous le « contrôle »</p>
--	---

Motion, Russell J. ordered the defendant in a malpractice action to produce the document at issue there, a tape recording of disciplinary proceedings that was in the actual possession of a person not a party to the action, the New Brunswick Dental Society. If a relevant and non-privileged document is not in the possession or control of a party to the action, the court may order its production by whoever has the possession or control: Rule 31.11 ("Documents in the Possession of a Person Not a Party"). This Court, like the court below, lacks jurisdiction to make the order sought [...].

Reilly v. Paul, 2006 NBCA 84, Drapeau C.J.N.B.

- Chief Justice Drapeau granted the appeal of an order instructing a patient and his neuropsychologist to produce the medical documents of the patient. Chief Justice Drapeau specified that:

Rule 31.04(4) invests the court with jurisdiction to make a production order against a party. Its key features are: (1) the making of a production order is discretionary; (2) the court may make the order "at any time"; (3) the order may target documents generally, or a particular document; (4) the document must be in the possession or control of a party; and (5) there must be no claim of privilege over the document.

In the case at bar, only two of those features were in controversy: (1) were the documents targeted by the order in the control of Mr. Stone?; and (2) assuming they were, did the motion judge exercise her discretion judicially in favour of ordering production?

Regarding the first issue, Chief Justice Drapeau held that :

A document is in a party's "control" if he or she has an enforceable right to its production for inspection (see *Reilly v. Paul* (2006), 305 N.B.R. (2d) 146, [2006] N.B.J. No. 380 (QL), 2006 NBCA 84, para. 41). In *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, [1992]

d'une partie porte sur une question en litige dans l'action et n'est pas privilégié, la cour pourra ordonner sa production : règle 31.04(4). Ainsi, dans la décision *El-Bayoumi c. Wade*, cette affaire ayant été invoquée par les appelants dans leur avis de motion, le juge Russell a ordonné au défendeur à une action pour faute professionnelle de produire les documents litigieux, savoir l'enregistrement sonore d'une instance disciplinaire qui se trouvait en la possession effective d'une personne qui n'était pas partie à l'action, soit la Société dentaire du Nouveau-Brunswick. Si un document pertinent et non privilégié ne se trouve pas en la possession ou sous le contrôle d'une partie à l'action, la cour peut ordonner sa production par quiconque en a la possession ou le contrôle : règle 31.11 (« Documents en possession d'un tiers »). Notre Cour, comme la cour d'instance inférieure, est dépourvue de la compétence lui permettant de rendre l'ordonnance [...].

Reilly c. Paul, 2006 NBCA 84, Drapeau J.C.N.-B.

- Le juge en chef Drapeau a accueilli la demande en appel d'une ordonnance enjoignant un patient et son neuropsychologue à produire les dossiers médicaux du patient. Le juge en chef Drapeau a précisé que :

La règle 31.04(4) confère à la Cour la compétence de rendre une ordonnance de production contre une partie. Les éléments essentiels de cette règle sont les suivants: (1) le prononcé d'une ordonnance de production est discrétionnaire; (2) la cour peut rendre l'ordonnance « [e]n tout temps »; (3) l'ordonnance peut viser des documents en général ou un document en particulier; (4) il doit s'agir d'un document dont une partie a la possession ou le contrôle; et (5) le document ne doit faire l'objet d'aucune revendication de privilège.

Dans la cause en l'espèce, seuls deux de ces éléments étaient en litige : à savoir (1) si M. Stone avait le contrôle des documents visés par l'ordonnance et (2) à supposer qu'il en ait le contrôle, si la juge saisie de la motion avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire aux fins d'ordonner la production.

En ce qui concerne le premier élément, le juge en chef a expliqué :

qu'[u]n document relève du « contrôle » d'une partie si celle-ci jouit d'un droit exécutoire à sa production pour examen (voir l'arrêt *Reilly c. Paul* (2006), 305 R.N.-B. (2^e) 146, [2006] A.N.-B. n^o 380 (QL), 2006

S.C.J. No. 57 (QL), the Court held that a patient is entitled, upon request, to inspect and copy "all information in the patient's medical file, which the physician considered in administering advice or treatment" (para. 39). Although Dr. Mills is not a physician, there is, in my respectful judgment, no principled basis for limiting the *McInerney* principle to patient/physician relationships. Mr. Stone is a patient of Dr. Mills. As such, he has "control" of the raw test records, clinical notes and testing documentation in Dr. Mills' possession since he has an enforceable right to inspect them and to obtain copies.

[...]

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

Stone v. Sharp (2008), 333 N.B.R. (2d) 220, [2008] N.B.J. No. 301 (QL), 2008 NBCA 55 at para. 23-24 and 28, Drapeau C.J.N.B.

(5) Where a document is produced for inspection, the

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

[...]

Même lorsqu'un document qui est sous la garde d'une personne étrangère à l'action est néanmoins, *stricto jure*, sous le « contrôle » de la partie intimée, la cour conserve un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet, quoique dans des circonstances exceptionnelles, de s'abstenir d'ordonner la production sous le régime de la règle 31.04(4). Autrement dit, la cour n'est pas obligée, en droit, d'ordonner la production d'un document susceptible d'être produit. Cela dit, en règle générale, la cour ne devrait exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle a de ne pas ordonner la production seulement lorsque la partie intimée a pris des mesures raisonnables, mais en vain, pour obtenir que les documents se trouvant en la possession ou sous le contrôle du tiers lui soient transmis volontairement. Dans ce cas, la partie qui souhaite la production devrait viser le tiers et recourir à la règle 31.11. L'omission de la juge saisie de la motion d'examiner cet aspect fondamental de la règle 31.04(4) ouvre la voie à l'intervention de la Cour d'appel.

Stone c. Sharp (2008), 333 R.N.-B. (2e) 220, [2008] A.N.-B. n° 301 (QL), 2008 NBCA 55 aux par. 23-24 et 28, Drapeau J.C.N.-B.

(5) La partie qui examine un document produit pour

party inspecting the document is entitled to make a copy at his own expense unless the person having possession or control of the document agrees to make a copy for the party inspecting the document, in which case he shall be reimbursed for the cost of so doing.

(6) Where a document may become relevant only after the determination of one or more of the issues in the action and the production of such document for inspection prior to that determination would result in a serious prejudice to a party, he may apply to the court for leave to withhold the production until after such determination.

- The Court stated that “Rule 31.04(6) must be liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits” and therefore, “it must be remembered that the onus rests on the party seeking leave to withhold production of a document to meet the requirements of the Rule.” The Court went on:

First, [the party] must satisfy the court that the document in question is not relevant in respect of the issue to be determined first and may only become relevant after the determination of this issue. It is settled law that the relevance of any document is a question of law; it is not a discretionary matter.

[...]

Second, the party seeking leave to withhold the production of a document must satisfy the court that he or she would suffer "serious" prejudice as a result of its immediate production for inspection. The drafters of Rule 31.04(6) refrained from defining the level of seriousness of the prejudice required. In doing so, they were no doubt motivated by a concern for flexibility in the application of the Rule. In my view, it would be unwise to undermine this sound approach by ascribing an overly rigid meaning to the expression "serious prejudice".

[...]

Rule 31.04(6) is the only rule among the rules expressly concerned with prejudice to a party that requires a demonstration of "serious" prejudice. See for example Rules 29.10 and 30.11. The adjective "serious" makes it plain that evidence of prejudice simpliciter will not pass muster. [...] What must be shown is some detriment, harm or injury that is neither slight nor negligible. "Serious" prejudice in

examen a le droit d'en faire une copie à ses frais, à moins que celui qui en a la possession ou le contrôle ne consente à lui en faire une. Dans ce cas, il sera remboursé pour ses frais de reproduction.

(6) Dans le cas où un document ne deviendrait pertinent qu'après la solution d'une ou de plusieurs des questions en litige et que la production de ce document pour examen avant que ces questions ne soient résolues causerait un préjudice grave à une partie, celle-ci peut demander à la cour la permission de différer la production du document jusqu'à ce que ces questions soient résolues.

- La Cour d'appel précise que : la règle 31.04(6) doit recevoir 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 pour répondre aux exigences de la règle. et que « le fardeau de la preuve incombe à la partie qui demande l'autorisation de différer la production d'un document ». La Cour précise que:

Cette partie doit convaincre la cour que le document en question n'est pas pertinent pour la solution de la question qui doit être tranchée en premier et peut ne devenir pertinent qu'après la solution de cette question. Il est bien établi en droit que la pertinence d'un document est une question de droit; il ne s'agit pas d'une question discrétionnaire.

[...]

Deuxièmement, la partie qui demande l'autorisation de différer la production d'un document doit convaincre la cour que sa production immédiate pour examen lui causerait un préjudice « grave ». Les rédacteurs de la règle 31.04(6) se sont abstenus de définir le degré requis de gravité du préjudice. Ils étaient fort probablement motivés par un besoin de flexibilité dans l'application de la règle. À mon avis, il ne serait pas sage de saper cette démarche judicieuse en attribuant une signification trop rigide à l'expression « préjudice grave ».

[...]

[L]a règle 31.04(6) est la seule des règles qui traite expressément de préjudice envers une partie qui exige que la preuve soit faite d'un préjudice « grave ». Voir par exemple les règles 29.10 et 30.11. L'utilisation de l'adjectif « grave »

the context of Rule 31.04(6) connotes detriment, harm or injury that is grave, important or onerous; mere inconvenience to a party does not meet the test. [...]

Finally, it bears mention that the party seeking leave to withhold production of a document must satisfy the court that he or she "would", not "may", suffer serious prejudice as a result of its immediate production. The word "would" implies such a degree of certainty as to the occurrence of the requisite prejudice that mere conclusory statements or speculation by a party as to its potential will rarely, if ever, suffice.

[...]

Rule 31.04(6) permits the withholding of a document, not information. Moreover, any Order under this Rule must identify, at least generally, the documents in question. Clarity in the terms of the Order is required so that the parties can appreciate its reach.

As to the nature of serious prejudice that would justify refusing to meet the disclosure requirements set out in Rule 31.04(6), the Court refused to find that serious prejudice would result from the cost and inconvenience of producing the documents in question. The Court accordingly allowed the appeal.

Kay v. Kay (1999), 215 N.B.R. (2d) 291(C.A.) at paras. 26-31 & 33, Drapeau J.A. (as he then was).

31.05 Effect of Disclosure or Production for Inspection

(1) The disclosure, or the production for inspection, of a document is not an admission of its admissibility.

(2) Unless the parties agree otherwise, a document listed in an Affidavit of Documents or produced for inspection by a

montre clairement que la preuve d'un simple préjudice ne suffira pas. [...] Il faut démontrer qu'il y a un préjudice, un dommage ou un tort qui ne soit ni léger ni négligeable. Un préjudice « grave » dans le contexte de la règle 31.04(6) suppose un préjudice, un dommage ou un tort sérieux, important ou lourd; le simple inconvénient pour une partie ne répond pas au critère.[...]

Enfin, il y a lieu de mentionner que la partie qui demande l'autorisation de différer la production d'un document doit convaincre la cour que la production immédiate lui « causerait » et non « pourrait » lui causer un préjudice grave. L'emploi du conditionnel sans le verbe « pouvoir », qui indique la simple possibilité, implique qu'il doit y avoir un degré de certitude tel quant au fait que le préjudice se produise, que les simples conclusions ou suppositions d'une partie quant à son éventualité seront rarement, sinon jamais, suffisantes.

[...]

La règle 31.04(6) permet de différer la production d'un document et non de renseignements. En outre, toute ordonnance rendue en vertu de cette règle doit identifier, du moins de façon générale, les documents en question. L'ordonnance doit être rédigée en termes clairs, de façon que les parties puissent en apprécier la portée.

En l'espèce, rien ne permettait de conclure que la production immédiate de tous les documents se rapportant à la situation financière de l'intimé au moment de l'exécution du contrat domestique lui causerait un préjudice. La Cour a donc accueilli l'appel et a annulé l'ordonnance du juge des motions.

Kay c. Kay. (1999), 215 R.N.-B. (2^e) 291 (C.A.), aux par. 26-31 et 33, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

31.05 Effets de la divulgation ou de la production pour examen

(1) La divulgation ou la production pour examen d'un document ne constitue pas un aveu d'admissibilité dudit document.

(2) À moins que les parties n'en conviennent autrement, la partie qui a inclus un document dans un affidavit des

party shall, without notice, summons or order, be taken by him to his examination for discovery and to the trial of the action and shall there be produced upon demand by any party.

31.06 Where Affidavit Incomplete or Privilege Improperly Claimed

Where the court is satisfied that a document has been omitted from or inadequately described in an Affidavit of Documents, or a claim of privilege may have been improperly made therein, the court may

- (a) order cross-examination upon the Affidavit of Documents,
- (b) order delivery of a further and better Affidavit of Documents,
- (c) order the disclosure or production for inspection of any document, or any part of any document, which is not privileged, and
- (d) inspect any document for the purpose of determining the validity of a claim of privilege.

- “[C]ourts, where possible, should construe broadly the rules relating to discovery of documents. When a party claims privilege, such claim should be narrowly construed. Rule 1.03(2) favours this interpretation”.

[...]

Where a document has been omitted or inadequately described or privilege improperly claimed, the judge, if so satisfied, has several options. The judge may order cross-examination, the delivery of a further and better Affidavit of Documents, disclosure or production and may inspect the documents to decide the validity of any claim for privilege. All of this is discretionary. [...]

Janel Ouellet Design Inc. v. Desbiens, [1998] N.B.J. No. 513 (C.A.) (QL) at paras. 17, 20, Ryan J.A.

- A party cannot claim litigation privilege on documents over which its solicitor has exercised no legal skill or industry in creating. At issue in this case was the appellant’s claim for privilege on his client’s hospital records. The Court summarized the general principle of civility in litigation as follows:

[O]ur system of civil procedure is founded on the general rule that the interests of justice are best served if parties to litigation are obliged to disclose and produce for the other

documents ou qui l’a produit pour examen doit, sans préavis, sommation ni ordonnance, l’apporter à son interrogatoire préalable et au procès et l’y produire à la demande d’une partie.

31.06 Affidavit incomplet ou privilège non justifié

Lorsque la cour est convaincue qu’un document a été omis d’un affidavit des documents, que sa description n’est pas adéquate ou qu’une revendication de privilège n’est pas justifiée, elle peut

- a) ordonner qu’il y ait contre-interrogatoire sur l’affidavit des documents,
- b) ordonner la délivrance d’un autre affidavit des documents plus complet,
- c) ordonner la divulgation ou la production pour examen de tout document non privilégié, en tout ou en partie et
- d) examiner tout document afin de décider si la revendication de privilège est justifiée.

- « [L]es tribunaux doivent interpréter libéralement les règles relatives à la communication des documents mais lorsqu’une partie revendique un privilège, cette revendication devrait recevoir une interprétation restrictive. La règle 1.03(2) appuie cette interprétation ».

[...]

- Lorsqu’un document a été omis ou décrit d’une manière inadéquate ou lorsque la revendication de privilège n’est pas justifiée, le juge, s’il en est convaincu, peut faire différentes choses. Il peut ordonner un contre-interrogatoire, la délivrance d’un autre affidavit des documents plus complet ou encore la divulgation ou la production et il peut examiner les documents afin de décider si la revendication de privilège est justifiée. Ces pouvoirs sont par contre tous discrétionnaires [...]

Janel Ouellet Design Inc. c. Desbiens, [1998] A. N.-B. n° 513, aux par. 17 et 20, Ryan j.c.a.

- La Cour d’appel établit dans cette affaire que rien ne justifie de reconnaître le privilège relatif à un litige à l’égard des dossiers d’hospitalisation et des dossiers médicaux qu’a obtenus l’avocat de l’appelant ainsi que deux déclarations recueillies par un expert en sinistre. La Cour résume ainsi ce principe général :

[N]otre système de procédure civile est fondé sur la règle générale voulant que les intérêts de la justice soient mieux servis si les parties au litige sont obligées de

party's inspection all documents in their possession, custody or power relating to the issues in the action. This is not an absolute rule as is demonstrated by solicitor-client privilege and litigation privilege.

Here, the Court stated that those documents must be produced to the respondent and are not subject to "litigation privilege". The Court of Appeal affirmed the decision of the court below and dismissed the appeal.

Edgar v. Auld (2000), 225 N.B.R. (2d) 71 (C.A.) at para. 12, Ryan J.A.

31.07 Documents or Errors Subsequently Discovered

Where, after filing and serving his Affidavit of Documents, a party acquires possession or control of a document relating to a matter in issue in the action, or he discovers that his Affidavit of Documents is inaccurate or incomplete, he shall forthwith disclose the additional documents and specify the extent to which his Affidavit of Documents requires qualification.

31.08 Effect of Failure to Disclose or Produce for Inspection

(1) Where a party fails to disclose a document in his Affidavit of Documents or fails to produce a document for inspection in compliance with this rule or an order made thereunder, he may not use such document at the trial, except by leave of the trial judge.

(2) Where a party fails to file and serve an Affidavit of Documents or disclose a document or produce a document for inspection in compliance with this rule, or fails to comply with an order made under this rule, the court may

- (a) revoke or suspend his right, if any, to initiate or continue an examination for discovery,
- (b) dismiss his action if he is a plaintiff, or strike out his Statement of Defence if he is a defendant, and

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

Stone v. Sharp (2008), 333 N.B.R. (2d) 220,

divulguer et de produire pour l'examen de l'autre partie tous les documents qu'ils ont en leur possession ou en leur pouvoir concernant les questions en litige. Cette règle n'est pas absolue comme le montre le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif à un litige.

Ici, la Cour conclut que ces documents doivent être produits aux intimés et n'entrent dans la catégorie visée par le « privilège relatif à un litige ». La Cour d'appel confirme ainsi la décision de première instance et rejette l'appel.

Edgar c. Auld (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 71 (C.A.), au par. 12, Ryan j.c.a.

31.07 Documents ou erreurs découverts ultérieurement

Toute partie qui, après avoir déposé et signifié son affidavit des documents, acquiert la possession ou le contrôle d'un document relatif au litige ou découvre que son affidavit est inexact ou incomplet, doit immédiatement divulguer tous les documents supplémentaires et spécifier dans quelle mesure son affidavit a besoin d'être nuancé.

31.08 Effet du défaut de divulguer des documents ou de les produire pour examen

(1) Toute partie qui omet de divulguer un document dans son affidavit des documents ou de le produire pour examen conformément à la présente règle ou à une ordonnance rendue en application de cette règle, ne peut utiliser ce document au procès sans la permission du juge du procès.

(2) Lorsqu'une partie omet de déposer et signifier un affidavit des documents, de divulguer un document ou de le produire pour examen conformément à la présente règle ou à une ordonnance rendue en application de cette règle, la cour peut

- a) révoquer ou suspendre son droit, le cas échéant, d'entamer ou de continuer un interrogatoire préalable,
- b) rejeter la demande, s'il s'agit du demandeur, ou radier l'exposé de la défense, s'il s'agit d'un défendeur et

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

Stone c. Sharp (2008), 333 R.N.-B. (2^e) 220,

<p>[2008] N.B.J. No. 301 (QL), 2008 NBCA 55 at para. 26, Drapeau C.J.N.B.</p> <p>(c) impose such terms as to costs or otherwise, as may be just.</p> <p>31.09 Effect of Failure to Abandon Claim of Privilege</p> <p>Where a party</p> <p>(a) has claimed privilege with respect to a document,</p> <p>(b) has not abandoned that claim on or before the Motions Day on which the proceeding is set down for trial, by</p> <p>(i) giving to all parties notice in writing of the abandonment, and</p> <p>(ii) serving a copy of the document on each party or by producing it for inspection, without request,</p> <p>he may not use the document at trial except to contradict a witness or by leave of the court.</p> <p>31.10 Request to Admit Documents</p> <p>(1) A party may request any other party to admit</p> <p>(a) the authenticity of the original or a copy of a document, or</p> <p>(b) the dispatch or receipt of a document,</p> <p>by serving on him at least 20 days before trial a Request to Admit Documents (Form 31D).</p> <p>(2) Where practicable, a copy of any document referred to in a Request to Admit Document shall be served with it unless a copy is already in possession of the party served.</p> <p>(3) party upon whom a Request to Admit Documents is served shall be deemed to admit as requested unless, within 10 days thereafter, he serves Notice of Refusal to Admit Documents (Form 31E).</p> <p>(4) Where the authenticity, dispatch or receipt of a document is admitted or deemed to be admitted by a party, he may not put the admissions in issue, without leave of the court.</p>	<p>[2008] A.N.-B. n° 301 (QL), 2008 NBCA 55 au par. 26, Drapeau J.C.N.-B.</p> <p>c) imposer toute condition, notamment quant aux dépens, qu'elle estime juste.</p> <p>31.09 Effets du défaut de renoncer à la revendication de privilège</p> <p>Toute partie</p> <p>a) qui a revendiqué un privilège sur un document,</p> <p>b) qui n'y a pas renoncé avant ou lors de la séance des motions au cours de laquelle l'instance est mise au rôle,</p> <p>(i) en donnant, à toutes les parties, un avis par écrit de la renonciation et</p> <p>(ii) en signifiant une copie de ce document à chacune des parties ou en le produisant pour examen, sans en être priée,</p> <p>ne peut utiliser ce document au procès que pour mettre en doute la déposition d'un témoin ou qu'avec la permission de la cour.</p> <p>31.10 Demande de reconnaissance de documents</p> <p>(1) Toute partie peut demander à une autre partie d'admettre</p> <p>a) l'authenticité de l'original ou d'une copie d'un document ou</p> <p>b) l'expédition ou la réception d'un document,</p> <p>en lui signifiant une demande de reconnaissance de documents (formule 31D) au moins 20 jours avant le procès.</p> <p>(2) Dans la mesure du possible, copie de tout document mentionné dans la demande de reconnaissance de documents doit être signifiée avec celle-ci à moins que le destinataire n'en possède déjà une.</p> <p>(3) La partie à qui la demande de reconnaissance de documents est signifiée sera réputée avoir admis ce qui lui a été demandé à moins qu'elle ne signifie dans les 10 jours, un avis de refus de reconnaître des documents (formule 31E).</p> <p>(4) Toute partie qui a admis ou qui est réputée avoir admis l'authenticité, l'expédition ou la réception d'un document ne peut, par la suite, contester ces aveux sans la permission de la cour.</p>
---	--

31.11 Documents in the Possession of a Person Not a Party

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

- Here the Court dealt with an appeal of a Family Division decision that varied an interim custody order. The Court had previously granted leave with respect to, *inter alia*, “the dismissal of the appellant’s motion for the inspection and copying of all tests, notes and summaries upon which the psychologist’s report was based (Rule 52.01(4) of the *Rules of Court*.” The Court allowed the appeal on the question of privilege and specified that:

The production of the psychologist’s material should be determined before trial pursuant to Rule 31.11(1) with due notice to the psychologist as required by that Rule. If either party applies pursuant to that Rule, the judge will be required to determine the issue on the basis of the evidence adduced and the arguments made by the parties, the psychologist and any other party to whom standing might be granted. To the extent that it becomes necessary to resolve the issue on the basis of privilege, that determination should be made in accordance with these reasons.

D.G. v. H.F., [2006] N.B.J. No. 158 (C.A.)(QL) at paras. 1, 44, Larlee & Deschênes JJ.A.

A party seeking relief under Rule 31.11 bears the burden of demonstrating that the application is not in the nature of a “fishing expedition”. Rule 31.11 envisages a motion focused on one or more adequately described documents and an order directing their production for inspection (see *Trustee of the Property of Lang Shirt Co. v. London Life Insurance Co.*, [1926] O.J. No. 245 (Ont. Sup. Ct.) (QL), and *Esso Resources Canada Ltd. v. Stearns Catalytic Ltd.*, [1990] A.J. No. 479 (C.A.) (QL)). Although the targeted document need not be identified in such detail “that it can be picked out from any number of other documents”, it must

31.11 Documents en possession d’un tiers

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

- Il s’agit ici de l’appel de la décision d’un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, qui modifie une ordonnance de garde provisoire. L’appelante contestait le rejet de sa motion en vue de l’examen et de la reproduction de tous les tests, notes et résumés sur lesquels se fondait le rapport du psychologue (règle 52.01(4) des *Règles de procédure*). La Cour d’appel ici, accueille l’appel portant sur la question du privilège et spécifie que :

La question de la production des documents du psychologue devra être tranchée avant le procès conformément à la règle 31.11(1), le préavis prévu à cette règle devant être remis au psychologue. Si l’une ou l’autre partie présente une demande sous le régime de cette règle, le juge sera tenu de trancher la question en fonction de la preuve produite et des arguments présentés par les parties, le psychologue et toute autre partie susceptible de se voir reconnaître la qualité pour agir. Dans la mesure où il deviendrait nécessaire de trancher la question sur la base du privilège, cette décision devrait être prise en conformité avec les présents motifs.

D.G. c. H.F., [2006] A.N.-B. n° 158 (C.A.)(QL) aux par. 1 et 44, Larlee et Deschênes j. c.a.

Toute partie qui sollicite les mesures réparatoires envisagées à la règle 31.11 a le fardeau de démontrer que sa demande ne constitue pas une « mission exploratoire ». La règle 31.11 vise une motion axée sur des documents qui sont décrits de façon plus précise et une ordonnance prescrivant leur production pour examen (voir *Trustee of the Property of Lang Shirt Co. Ltd. c. London Life Insurance Co.*, [1926] O.J. No. 245 (C. sup. Ont.) (QL), et *Esso Resources Canada Ltd. c. Stearns Catalytic Ltd.*, [1990] A.J. No. 479 (C.A.) (QL)). Même s’il est vrai que le document visé n’a pas à être identifié de façon si détaillée [TRADUCTION]

nonetheless be adequately described (see *Canadian Civil Procedure Law*, at para. 13.159). The determination of descriptive adequacy must, of necessity, be case-specific

Bennett v. State Farm Fire & Casualty Co., 2011 NBCA 27, para. 24.

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

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

(4) On an application under this subrule, where

- (a) privilege is claimed for a document, or
- (b) the court, with respect to a document, is in doubt as to
 - (i) its relevance, or
 - (ii) the necessity for its discovery,

the court may inspect the document.

- Chief Justice Drapeau held that Rules 31.11(1) and (4) articulate four criteria for the issuance of a production order directed at a non-party:

“(1) the document in question must be in the possession or control of the non-party; (2) the document must not be privileged; (3) the document must relate to a material issue in the action; and (4) it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without having discovery of the document.

Stone v. Sharp (2008), 333 N.B.R. (2e) 220, [2008] N.B.J. No. 301 (QL), 2008 NBCA 55 au par. 39, Drapeau C.J.N.B.

« qu’il puisse être repéré parmi un certain nombre d’autres documents », il doit tout de même être décrit de façon suffisante (voir *Canadian Civil Procedure Law*, par. 13.159). Il va sans dire que le caractère suffisant de la description peut varier d’une affaire à l’autre.

Bennett c. State Farm Fire & Casualty Co., 2011 NBCA 27, au par. 24

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

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

(4) Lors d’une requête présentée en application du présent article, dans les cas où

- a) un privilège serait revendiqué sur un document ou
- b) la cour douterait
 - (i) de la pertinence d’un document ou
 - (ii) de la nécessité de communiquer un document,

la cour peut examiner le document.

- D’après le juge en chef Drapeau, les règles 31.11(1) et (4) énoncent quatre critères qui régissent la délivrance d’une ordonnance de production à un tiers :

«(1) le document en question doit être en la possession ou sous le contrôle de la personne qui n’est pas partie à l’action; (2) il doit s’agir d’un document non privilégié; (3) le document doit avoir trait à une question déterminante dans cette action; et (4) il serait injuste d’exiger que le requérant entame le procès sans que le document lui ait été communiqué au préalable ».

Stone c. Sharp (2008), 333 R.N.-B. (2^e) 220, [2008] A.N.-B. n^o 301 (QL), 2008 NBCA 55 au par. 39, Drapeau J.C.N.-B.

- The Court held that an application judge lacked jurisdiction under Rule 31.11 to order the delivery of material documents from one non-party to another. The Court stated that:

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

May v. Lythgoe, [2008] N.B.J. No. 299 (QL), 2008 NBCA 53 at para. 7.

31.12 Documents Deposited for Safe-Keeping

The court may order that a document which relates to a material issue in the action be deposited for safe-keeping with the clerk and thereafter that document shall not be inspected by any person other than a party to the action or his solicitor, except by leave of the court.

- Cette Cour a infirmé une ordonnance prescrivant la remise, par un tiers à un autre, de documents juridiquement pertinents. La Cour a affirmé que la règle 31.11 :

laquelle fait partie des règles concernant l'enquête préalable (règles 31 à 36), prévoit la communication d'un document pour examen par le requérant et seule une partie à l'action peut faire une demande de redressement en application de la règle. Évidemment, des restrictions imposées par les tribunaux sur l'utilisation des documents peuvent être appropriées dans certaines circonstances (voir *Fougère c. Clements* (2007), 311 R.N.-B. (2^e) 368, [2007] A.N.-B. n^o 18 (QL), 2007 NBCA 4, au par. 54). Quoi qu'il en soit, une fois que la partie qui obtient gain de cause est mise en possession d'un document en vertu d'une ordonnance rendue en application de la règle 31.11, elle doit promptement le communiquer à toute autre partie qui en fait la demande (voir la règle 31.02(2) dont le libellé est reproduit à l'annexe A).

May c. Lythgoe, [2008] A.N.-B. n^o 299 (QL), 2008 NBCA 53 au par. 7.

31.12 Dépôt aux soins du greffier

La cour peut ordonner qu'un document relatif à une question déterminante du litige soit confié aux soins du greffier. Ce document ne doit, par la suite, être examiné par nul autre qu'une partie à l'action ou son avocat, sauf permission de la cour.