

## Rule / Règle **36**

Medical Examination of Parties / Examen médical des parties

DISCOVERY	ENQUÊTE PRÉALABLE
<p style="text-align: center;"><b>RULE 36</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>RÈGLE 36</b></p>
<p style="text-align: center;"><b>MEDICAL EXAMINATION OF PARTIES</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>EXAMEN MÉDICAL DES PARTIES</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● “Rule 36 sets up a scheme for court-ordered medical examinations of a party whose physical and/or mental condition is in issue. Most importantly, at least for our present purposes, it obligates the party obtaining such an order to serve a copy of the examining medical practitioner's report on every other party to the action (see Rule 36.07). That statutory compulsion is of critical importance in understanding the ratio decidendi of <i>O'Neill v. Campbell</i>. Unlike that case, the one at hand features a voluntary production of the reports to which counsel's letters relate. The significance of that distinction has long been recognized. On that score, suffice it to repeat what is stated in Ronald D. Manes and Michael P. Silver, <i>Solicitor-Client Privilege in Canadian Law</i> (Toronto: Butterworths, 1993), at p. 163: <p style="padding-left: 40px;">However, where a medical report is [produced] to the other side pursuant to statute, the [production] is not deemed to be voluntary and no waiver of attendant communications has occurred. Accordingly, attendant communications [...] remain privileged.”</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>MacKenzie v. Davis</i>, [2008] N.B.J. No. 457 (QL), 2008 NBCA 85 at para. 23, Drapeau C.J.N.B.</p> </li> </ul> <p><b>36.01 Definition</b></p> <p>For the purpose of this rule, <i>medical practitioner</i> means a person licenced to practice medicine or dentistry in the jurisdiction where he practices and includes a medical or dental officer of the Canadian Armed Forces.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● See generally the decision as it is annotated below. <i>Murdock v. Reid</i>, [2005] N.B.J. No. 562 (C.A.) (QL) at paras. 11-20, Drapeau J.C.N.B.</li> </ul> <p><b>36.02 Who May be Examined</b></p> <p>(1) Where the physical or mental condition of a party to an action is in issue, the court may order him to submit to a physical or mental examination, or both.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● « La règle 36 établit un régime prévoyant, sur ordonnance de la Cour, l'examen médical d'une partie dont l'état physique ou mental est en question. La chose la plus importante, du moins pour les fins qui nous occupent en l'espèce, est qu'elle oblige la partie qui obtient cette ordonnance à signifier une copie du rapport du médecin examinateur aux autres parties à l'action (voir la règle 36.07). Cette contrainte d'origine législative a une importance fondamentale aux fins de comprendre le ratio decidendi de la décision <i>O'Neill c. Campbell</i>. Contrairement à ce qui s'est passé dans cette affaire, il y a eu, dans celle qui nous occupe en l'espèce, production volontaire des rapports auxquels se rapportent les lettres des avocats. L'importance de cette distinction est reconnue depuis longtemps. À cet égard, il suffit de répéter ce qu'on peut lire dans l'ouvrage de Ronald D. Manes et Michael P. Silver, intitulé <i>Solicitor-Client Privilege in Canadian Law</i> (Toronto : Butterworths, 1993), à la page 163 :</li> </ul> <p style="padding-left: 40px;">[TRADUCTION] Toutefois, lorsqu'un rapport médical est [fourni] à la partie adverse conformément à la loi, la [production] n'est pas réputée être volontaire et il n'y a pas renonciation aux communications connexes. Par conséquent, les communications connexes [...] restent privilégiées ».</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>MacKenzie c. Davis</i>, [2008] A.N.-B. n° 457 (QL), 2008 NBCA 85 au par. 23, Drapeau J.C.N.-B.</p> <p><b>36.01 Définition</b></p> <p>Dans la présente règle, le terme <i>médecin</i> s'entend d'une personne autorisée à exercer la médecine ou l'art dentaire dans la juridiction où il exerce sa profession et comprend un médecin ou un dentiste des Forces armées canadiennes.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Voir la décision largement citée plus bas : <i>Murdock c. Reid</i>, [2005] A.N.-B. n° 562 (C.A.) (QL) aux. par. 11-20, Drapeau J.C.N.-B.</li> </ul> <p><b>36.02 Qui peut subir l'examen</b></p> <p>(1) Lorsque l'état physique ou mental d'une partie à une action est en question, la cour peut lui ordonner de se soumettre à un examen physique ou mental ou aux deux</p>

<p>● “Rule 36.02(1) provides that the court may order a party to submit to a physical <u>or</u> mental examination, <u>or</u> both. When the court orders both, whether in the same or separate proceedings, distinct adjudicative standards do not come into play. Neither is a "second examination" within the meaning of Rule 36.04(4); rather, one is a first "physical" examination while the other is a first "mental" examination.”</p> <p><i>Blyth v. Crowther</i>, [2009] N.B.J. No. 379 (QL), 2009 NBCA 80, at para. 6, Drapeau C.J.N.B.</p> <p>(2) Where the initial allegation concerning the physical or mental condition of a party to an action is made in the pleading of an adverse party, an order under paragraph (1) may only be made where the court is satisfied that</p> <p>(a) there is real substance to the allegation, and</p> <p>(b) the allegation is relevant to a material issue in the action.</p> <p>● In this case the Court allowed the appeal of the motion judge’s refusal to order the respondent to submit to a medical examination pursuant to Rule 36.02(1). The Court provided helpful insight into when it is proper to order a party to submit to a medical examination, and the applicable procedural context:</p> <p>The following principles structure the exercise of judicial discretion under Rule 36.02(1). They are designed to help achieve the just, least expensive and most expeditious determination of proceedings on their merits: Rule 1.03(2). The application of those principles in the case at bar leads inexorably to the conclusion that the decision under appeal is not the product of a properly exercised discretion, and cannot stand.</p> <p>First, while privacy rights may quite properly influence the delineation of the scope of any court-ordered medical examination and, arguably, the exercise of judicial discretion required to determine a motion for a second or</p>	<p>examens.</p> <p>● La règle 36.02(1) prévoit que la cour peut ordonner à une partie de se soumettre à un examen physique <u>ou</u> mental, <u>ou</u> les deux. Lorsque la cour ordonne les deux, que ce soit lors de la même audience ou non, aucune distinction n’est faite entre les deux examens au niveau du fardeau de preuve à appliquer. Ni un ni l’autre n’est un « examen supplémentaire » au sens de la règle 36.04(4). Il faut plutôt voir l’un comme un premier examen « physique » alors que l’autre sera un premier examen « mental ».</p> <p><i>Blyth c. Crowther</i>, [2009] A.N.-B. n° 379 (QL), 2009 NBCA 80, par. 6, Drapeau J.C.N.-B.</p> <p>(2) Lorsque l’allégation initiale relative à l’état physique ou mental d’une partie à l’action figure dans la plaidoirie d’une partie adverse, la cour ne peut rendre une ordonnance en application du paragraphe (1) que si elle constate</p> <p>a) que l’allégation est fondée et</p> <p>b) que cette allégation se rapporte à une question déterminante du litige.</p> <p>● Dans cette affaire, 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 détaillera donc dans quelles circonstances la Cour pourra rendre une ordonnance de se soumettre à un examen médical:</p> <p>Les principes suivants établissent les paramètres de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que la règle 36.02(1) confère à la Cour. Ils ont pour but de favoriser la solution équitable de l'instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive : voir la règle 1.03(2). L'application de ces principes, en l'espèce, mène inexorablement à la conclusion que la décision qui fait l'objet de l'appel n'est pas le fruit d'un pouvoir discrétionnaire exercé à bon droit et cette décision doit être infirmée.</p> <p>Premièrement, bien que les droits relatifs à la vie privée puissent, et cela est légitime, influencer la délimitation de l'étendue d'un examen médical ordonné par la Cour et, peut-on penser, l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est requis pour trancher une motion visant à obtenir un ou plusieurs examens</p>
---	--

further examination under Rule 36.04(4), they cannot stand in the way of an order under Rule 36.02(1). The party who claims damages for personal injuries and whose condition is put in issue by the pleadings cannot invoke privacy concerns as a shield against relief under the last-mentioned Rule: the law rightly implies a waiver of any related privacy rights.

Second, Rule 36 has nothing to do with the admissibility or weight of evidence at trial: Practice Manual, 1982, at p.133 and *Sylvain Pinet v. Unifund Assurance Company*, [2004] N.B.J. No. 375, 2005 NBQB 290 (Q.B.; McNally J.), leave to appeal denied November 10, 2005, [2005] N.B.J. No. 504, per Deschênes J.A. Indeed, Rule 36 is an integral part of the discovery process established by the Rules of Court. Like Rule 31 (Discovery of Documents), Rule 32 (Examination for Discovery), Rule 33 (Procedure on Oral Examinations), Rule 34 (Procedure on Written Examinations), Rule 35 (Inspection and Preservation of Property), Rule 36 (Medical Examination of Parties) falls under the DISCOVERY rubric.

Third, Rule 36 does not provide for an "IME", the acronym for "independent medical examination" employed by the motion judge in rejecting the appellants' motion. Upon his or her appointment under Rule 36, the medical examiner does not become the court's expert. Nor does the court's order ipso facto have the effect of increasing the evidential weight or value of that examiner's findings, diagnosis, prognosis and opinions regarding, among other matters, the employability and care needs of the party examined. In our view, Rule 36 examinations are best described as defense medical examinations. That is the point of the observations of Hoyt J.A., later C.J.N.B., in *Leclerc v. Sunbury Transport Limited* (1992), 124 N.B.R. (2d) 433 at paras. 10-11:

There may be some confusion about the purpose of Rule 36. In my view,

supplémentaires en vertu de la règle 36.04(4), ils ne peuvent empêcher qu'une ordonnance soit rendue en vertu de la règle 36.02(1). La partie qui sollicite des dommages-intérêts pour préjudice corporel et dont l'état est mis en question dans les plaidoiries ne peut invoquer des préoccupations ressortissant à la vie privée comme bouclier contre la mesure de redressement visée à cette dernière règle : le droit suppose, à juste titre d'ailleurs, qu'il y a eu renonciation à tout droit connexe en matière de vie privée.

Deuxièmement, la règle 36 n'a rien à voir avec l'admissibilité ou la force probante d'un élément de preuve au procès : voir le Manuel de procédure, 1982, à la page 133, et la décision *Sylvain Pinet c. Unifund, compagnie d'assurance*, 2005 NBBR 290 (C.B.R., le juge McNally), autorisation d'interjeter appel refusée le 10 novembre 2005 par le juge d'appel Deschênes. En effet, la règle 36 fait partie intégrante du processus de communication ou d'enquête préalable établi par les Règles de procédure. Tout comme la règle 31 (Communication des documents), la règle 32 (Interrogatoire préalable), la règle 33 (Procédure de l'interrogatoire oral), la règle 34 (Procédure de l'interrogatoire écrit) et la règle 35 (Examen et conservation de biens), la règle 36 (Examen médical des parties) s'inscrit sous la rubrique intitulée ENQUÊTE PRÉALABLE.

Troisièmement, la règle 36 ne prévoit pas [TRADUCTION] d'« EMI », pour reprendre l'acronyme de l'expression « examen médical indépendant » qu'a employé la juge qui a entendu la motion au moment où elle a rejeté celle-ci. Lorsqu'il est nommé sous le régime de la règle 36, le médecin examinateur ne devient pas l'expert de la Cour. L'ordonnance de la Cour n'a pas non plus automatiquement pour effet d'accroître la valeur, probante ou autre, des constatations, du diagnostic, du pronostic et des opinions de ce médecin concernant, notamment, l'employabilité de la partie qui se soumet à l'examen et les soins dont elle a besoin. À notre avis, la meilleure façon de décrire les examens visés à la règle 36 consiste à dire qu'il s'agit d'examens médicaux au profit de la partie défenderesse. C'est précisément là le sens des observations qu'a formulées le juge d'appel Hoyt, plus tard devenu juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *LeClerc c. Sunbury Transport Ltd. and Risteen* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 433, aux paragraphes 10 et 11 :

[TRADUCTION]

Il est possible que l'objet de la règle 36 prête à une certaine confusion. Je suis

its purpose is to permit an adverse party to have a medical examination to help that party evaluate the claim. The doctor who performs the examination may assist counsel in understanding the medical problems involved. The doctor may also, in addition to testifying on the party's behalf, evaluate testimony of witnesses or other medical reports.

The term "independent medical examination" is often used to describe the examination envisioned by Rule 36. This is, in my view, an unfortunate choice of words and tends to confuse the purpose of the Rule. If the term is used to describe a medical examination independent from examinations the claimant may have had from his doctors, its use may be appropriate. It would be wrong, however, to think of the physician chosen as independent only because he or she is sanctioned by the court and is thus somehow the court's witness. Nor should more weight be given to that person's evidence simply because the examination was ordered by the court.

Fourth, an adverse party is prima facie entitled to have his or her choice of "medical practitioner" respected by the court: *LeBlanc v. Bourque* (Q.B.; Landry J.), unreported, May 2, 1996, and *Cyr v. Richey* (2004), 278 N.B.R. (2d) 158 (Q.B.; McIntyre, J.)(QL) at para. 11. Moreover, Rule 36.01's definition of "medical practitioner" makes plain that the moving party may choose as his or her examiner a doctor who is not licensed to practice medicine in New Brunswick. Here, Dr. Lloyd is licensed in Ontario, where his regular practice is situated, and in New Brunswick, where the proposed examination was to take place. That being so, we need not decide whether an examiner who is licensed to practice medicine in the jurisdiction where his regular practice is situated, but not in the jurisdiction where the proposed examination is to take place, qualifies as a "medical practitioner" for Rule 36 purposes.

d'avis que cette règle a pour objet de permettre à une partie adverse d'obtenir un examen médical de l'autre partie afin de lui permettre d'évaluer la demande de celle-ci. Le médecin qui procède à l'examen peut aider l'avocat à comprendre les problèmes médicaux que comporte l'affaire. Il peut aussi, en plus de témoigner pour le compte de la partie, évaluer les affirmations des témoins ou les autres rapports médicaux.

L'expression « examen médical indépendant » est souvent utilisée pour décrire l'examen que la règle 36 envisage. À mon avis, il s'agit d'un mauvais choix de mots qui tend à semer la confusion sur l'objet de la règle. Si cette expression sert à désigner un examen médical indépendant des examens auxquels le demandeur peut s'être soumis avec ses propres médecins, son utilisation peut s'avérer justifiée. Cependant, il serait erroné de penser que le médecin choisi est considéré comme indépendant uniquement parce qu'il (ou elle) est agréé(e) par le tribunal et est en quelque sorte ainsi un témoin de la cour. Il ne faut pas non plus accorder plus de valeur probante à son témoignage simplement parce que c'est la cour qui a ordonné l'examen.

Quatrièmement, la partie adverse a, à première vue, le droit à ce que la Cour respecte son choix en ce qui concerne le « médecin » chargé d'effectuer l'examen : *LeBlanc c. Bourque* (C.B.R., le juge Landry), inédit, le 2 mai 1996, et *Cyr c. Richey* (2004), 278 R.N.-B. (2e) 158 (C.B.R., le juge McIntyre) (QL), au paragraphe 11. Il est également clair, à la lecture de la définition du mot « médecin » qui est donnée à la règle 36.01, que l'auteur de la motion peut choisir comme examinateur un médecin qui n'est pas autorisé à exercer la médecine au Nouveau-Brunswick. Dans le cas qui nous occupe, le Dr Lloyd est autorisé à exercer en Ontario, où, d'ailleurs, il exerce habituellement sa profession, et au Nouveau-Brunswick, où l'examen proposé devait avoir lieu. Puisque tel est le cas, nous n'avons pas à décider si un examinateur qui est autorisé à exercer la médecine dans la « juridiction » où il exerce habituellement sa profession, mais pas dans celle où l'examen proposé doit avoir lieu, peut être considéré comme un « médecin » aux fins de la règle 36.

Absent exceptional circumstances (e.g. risk of serious harm associated with an examination by a medical practitioner who lacks specialized training), judicial deference for the moving party's choice of medical practitioner should be automatic in cases where the requirements of Rule 36 have been met. In that regard, it should be pointed out that *Perreault v. Ramsay* (1994), 150 N.B.R. (2d) 91 (C.A.) is not authority for the contrary view. The outcome in that case turned on the motion judge's failure to take into account evidence of travel-related hardship associated with an out-of-province medical examination.

Thus, where a party's condition is in issue and the examiner proposed by the moving party is a "medical practitioner", the debate should shift to the time, place and scope of the examination, unless a valid objection is raised and established by the party targeted by the motion. In that regard, 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 Mr. Reid to establish a valid objection to the appellants' motion. He failed to discharge that burden.

What may constitute a valid objection to a motion for relief under Rule 36.02(1) is discussed in *Leclerc* at paras. 14 and 15:

Although, as noted, the applicant here met the requirements set out in the Rule, the judge may nevertheless refuse the order if the party who is to be examined establishes a valid objection to the order being made. For example, *Paul Creaghan, J.* in *Wheaton v. Mellish* (1989), 103 N.B.R. (2d) 271 refused an order

En l'absence de circonstances exceptionnelles (par exemple un risque de préjudice grave imputable à un examen pratiqué par un médecin qui n'a pas la formation spécialisée nécessaire), la retenue judiciaire envers le choix d'un médecin que fait l'auteur de la motion devrait être automatique dans les cas où on a satisfait aux conditions énoncées à la règle 36. À cet égard, il est à remarquer que l'arrêt *Perreault c. Ramsay* (1994), 150 R.N.-B. (2e) 91 (C.A.), ne constitue pas un précédent appuyant l'opinion contraire. Dans cette affaire, la décision était fondée sur l'omission du juge saisi de la motion de tenir compte d'éléments de preuve établissant les ennuis qu'aurait causés au demandeur le fait de devoir se déplacer pour subir un examen médical à l'extérieur de la province.

Par conséquent, lorsque l'état d'une partie est en question et lorsque l'examineur proposé par l'auteur de la motion est un « médecin », le débat doit se déplacer et porter uniquement sur la date, l'heure, l'endroit et l'étendue de l'examen, à moins que la partie visée par la motion ne soulève une objection valable et n'établisse son bien-fondé. À cet égard, 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. (2e) 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 M. Reid 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.

La question de savoir en quoi consiste une objection valable à une motion en vue d'obtenir un redressement visé à la règle 36.02(1) a été examinée dans l'arrêt *LeClerc*, aux paragraphes 14 et 15 :

[TRADUCTION]

Même si, comme je l'ai déjà dit, le requérant remplit les conditions énoncées dans la règle, le juge peut quand même refuser l'ordonnance si la partie assujettie à l'examen soulève une objection valable contre le prononcé de celle-ci. Par exemple, le juge Paul S. Creaghan, dans l'affaire

where he was satisfied that, without evidence that there were no qualified doctors in New Brunswick, it would cause undue hardship and inconvenience for the claimant to travel from Moncton to Toronto for a medical examination that would take three days.

There are different factors that may be considered when determining whether an objection is valid. Without intending this list to be exhaustive, I would include such factors as whether the proposed examination involves risk or painful invasive procedures, the extent of any hardship or inconvenience to the party to be examined, the qualifications of the doctor proposed and whether the claimant has had a previous unsatisfactory experience with that doctor.

One feature of that pronouncement, "the qualifications of the doctor proposed," has been a source of uncertainty and controversy, which we now seek to dispel. The quoted phrase was not employed with a view to recognizing a judicial veto over the moving party's choice of "medical practitioner" that could be exercised whenever the court is of the opinion that another "medical practitioner", with different qualifications, might prove more helpful in answering the claim at trial. Indeed, if the court harbors any such opinion, it should remain above the fray and keep its counsel.

Once it is established that the qualifications of the examiner proposed by the moving party meet the requirements of Rule 36.01 (definition of "medical practitioner"), the inquiry on the subject should end, absent evidence that the proposed examiner is unqualified to safely conduct the examination. Needless to say, those cases will be extremely rare and the case at hand does not come close to qualifying.

*Murdock v. Reid*, [2005] N.B.J. No. 562 (C.A.)(QL) at paras. 11-20, Drapeau J.C.N.B.

Wheaton and Duff c. Mellish et al. (1989), 103 R.N.-B. (2e) 271 a refusé de prononcer une ordonnance parce qu'il était convaincu qu'en l'absence de preuve voulant qu'il n'y ait pas de médecins compétents au Nouveau-Brunswick une ordonnance prescrivant au demandeur d'aller de Moncton à Toronto pour subir un examen médical qui prendrait trois jours lui causerait des ennuis et des inconvénients injustifiés.

Différents éléments peuvent être pris en compte pour décider si une objection est valable. Sans tenter d'en dresser une liste exhaustive, j'inclurais des éléments comme les risques que l'examen est susceptible de comporter, le caractère douloureux des procédés effectifs, l'étendue des ennuis ou des inconvénients que l'examen cause à la partie qui doit s'y soumettre, la compétence du médecin proposé et l'existence d'une mauvaise expérience que le demandeur aurait eue auparavant avec ce médecin.

Un des éléments de cet énoncé, savoir « la compétence du médecin proposé, » est une source d'incertitude et de controverse que nous cherchons maintenant à dissiper. L'expression citée n'a pas été employée dans le but de reconnaître l'existence d'un veto que la Cour peut opposer au choix d'un « médecin » par l'auteur de la motion dès qu'elle estime qu'un autre « médecin » ayant des compétences différentes pourrait être plus utile dans l'affaire. En effet, si la Cour entretient une opinion de ce genre, elle doit rester au-dessus de la mêlée et garder son opinion pour elle.

Une fois qu'il est établi que la compétence de l'examineur proposé par l'auteur de la motion satisfait aux conditions énoncées à la règle 36.01 (savoir à la définition du mot « médecin »), l'analyse de cette question devrait cesser en l'absence de preuves établissant que l'examineur proposé n'est pas compétent pour effectuer l'examen en toute sécurité. Il va sans dire que ces cas seront extrêmement rares et que celui qui nous occupe ici n'en fait pas partie, tant s'en faut.

*Murdock c. Reid*, [2005] A.-N.-B. no 562 (C.A.)(QL), aux par. 11-20, Drapeau J.C.N. -B.

### 36.03 Who May Examine

- Nothing in Rule 36 gives the judge seized of the matter the authority to name the doctor of his or her choice. Instead, Rule 36.03(1) permits an adverse party to obtain an independent medical examination by an expert of its choice for the purpose of evaluating the claim and presenting a full defense. It is that adverse party who chooses the expert contemplated by the Rule. The Court stated that “[i]f, for example, the appellants had offered several choices, it may be that the Judge could have picked one of them. In my opinion, however, Rule 36 does not permit a judge to designate a doctor of his or her choice.” The Court continued:

The term "independent medical examination" is often used to describe the examination envisioned by Rule 36. This is, in my view, an unfortunate choice of words and tends to confuse the purpose of the Rule. If the term is used to describe a medical examination independent from examinations the claimant may have had from his doctors, its use may be appropriate. It would be wrong, however, to think of the physician chosen as independent only because he or she is sanctioned by the court and is thus somehow the court's witness. Nor should more weight be given to that person's evidence simply because the examination was ordered by the court.

Finally, on the threshold issue, the Court stated that Rule 36 “prevents frivolous applications” and that “there must be "real substance to the allegation" concerning the party's condition and the allegation must be relevant to a material issue in the action.”

*LeClerc v. Sunbury Transport Ltd.* (1992), 124 N.B.R. (2d) 433 (C.A.), Hoyt J.A.

- On the issue of a trial judge's discretionary power to order a party to submit to a medical examination outside of New Brunswick, the Court stated:

In my opinion it is often preferable to retain the expertise and services of New Brunswick specialists for at least three reasons: (1) the availability of the specialist to assist the party at trial; (2) follow-up visits after an examination, and (3) the cost involved.

*Perreault v. Ramsay* (1994), 150 N.B.R. (2d) 91 (C.A.) at para. 11, Ryan J.A.

### 36.03 Qui peut effectuer l'examen

- Rien dans la règle 36 ne donne au juge le pouvoir de nommer le médecin de son choix. La règle 36 permet donc à une partie adverse d'obtenir l'aide précieuse d'un médecin et de pouvoir présenter ainsi une défense pleine et entière, ou de désigner le médecin chargé de procéder à l'examen envisagé par cette règle. Une partie adverse devrait avoir la possibilité de vérifier les allégations graves à l'aide de témoins qu'elle a choisis pour que la cour dispose de suffisamment d'éléments de preuve pertinents pour être en mesure de rendre une décision. La Cour d'appel a donc ordonné à l'appelant de se faire examiner par le médecin choisi par l'intimé. La Cour a précisé ce qui suit:

L'expression « examen médical indépendant » est souvent utilisée pour décrire l'examen que la règle 36 envisage. A mon avis, il s'agit d'un mauvais choix de mots qui tend à semer la confusion sur l'objet de la règle. Si cette expression sert à désigner un examen médical indépendant des examens auxquels le demandeur peut s'être soumis avec ses propres médecins, son utilisation peut s'avérer justifiée. Cependant, il serait erroné de penser que le médecin choisi est considéré comme indépendant uniquement parce qu'il (ou elle) est agréé(e) par le tribunal et est en quelque sorte ainsi un témoin de la cour. Il ne faut pas non plus accorder plus de valeur probante à son témoignage simplement parce que c'est la cour qui a ordonné l'examen.

Finalement sur la question du seuil à rencontrer pour éviter les demandes frivoles, relativement à la règle 36, la Cour précise « qu'il faut que l'allégation concernant l'état de la partie soit " fondée " et qu'elle se rapporte à une question déterminante du litige »

*Leclerc c. Sunbury Transport Ltée* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 433 (C.A.), Hoyt j.c.a.

- Cet appel traite du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance d'ordonner à une partie à une action de se soumettre à un examen médical à l'extérieur de la province. La cour d'appel statue qu'il est souvent préférable d'engager l'expertise et les services de spécialistes du Nouveau-Brunswick, et ce pour au moins trois raisons: (1) la disponibilité du spécialiste pour aider la partie à l'instance; (2) les consultations subséquentes à un examen, et (3) le coût.

*Perreault c. Ramsay* (1994), 150 R.N.-B. (2e) 91 (C.A.) au par. 11, Ryan j.c.a.



Where, under this rule, the court orders a physical or mental examination of a party, it shall be conducted by one or more medical practitioners appointed by the court for that purpose.

- See also:  
*Murdock v. Reid*, [2005] N.B.J. No. 562 (C.A.)(QL) at paras. 11-20, Drapeau J.C.N.B.

### 36.04 Order for Examination

- “There are different factors that may be considered when determining whether an objection is valid. Without intending this list to be exhaustive, I would include such factors as whether the proposed examination involves risk or painful invasive procedures, the extent of any hardship or inconvenience to the party to be examined, the qualifications of the doctor proposed and whether the claimant has had a previous unsatisfactory experience with that doctor.” The refusal to submit to an examination by a particular doctor for personal reasons is not a valid objection.

*LeClerc v. Sunbury Transport Ltd.* (1992), 124 N.B.R. (2d) 433 (C.A.), Hoyt J.A.

(1) An order for a physical or mental examination of a party shall be made only on motion of an adverse party.

(2) The order shall specify the time, place and scope of the examination, and shall name the medical practitioner or practitioners by whom it is to be made.

(3) Unless ordered otherwise, the party obtaining the order shall be liable initially for the expense of the examination but such expense may be included in fixing or assessing the costs awarded to that party.

(4) The court may order a second examination or further examinations on such terms as to costs or otherwise as may be just.

- Separate applications for physical and mental examinations do not engage Rule 36.04(4), but are rather “first” examinations under Rule 36.02(1), so long as both the physical and mental status of the party to be examined

Tout examen physique ou mental d’une partie que la cour ordonne en application de la présente règle doit être effectué par un ou plusieurs médecins nommés à cette fin par la cour.

- Voir aussi:  
*Murdock c. Reid*, [2005] A.-N.-B. no 562 (C.A.)(QL) aux par. 11-20, Drapeau J.C.N.-B.

### 36.04 Ordonnance d’examen

- Différents éléments peuvent être pris en compte pour décider si une objection à l’ordonnance d’un examen médical est valable, par exemple : les risques que l’examen est susceptible de comporter, le caractère douloureux des procédés effectifs, l’étendue des ennuis ou des inconvénients que l’examen cause à la partie qui doit s’y soumettre, la compétence du médecin proposé et l’existence d’une mauvaise expérience que le demandeur aurait eue auparavant avec ce médecin. Le refus de se soumettre à un examen médical indépendant avec un médecin en particulier pour des raisons personnelles ne serait pas un motif valable.

*LeClerc c. Sunbury Transport Ltée* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 433 (C.A.), Hoyt j.c.a.

(1) L’ordonnance prescrivant l’examen physique ou mental d’une partie ne doit être rendue que sur motion d’une partie adverse.

(2) L’ordonnance doit préciser la date, l’heure, l’endroit et l’étendue de l’examen et doit mentionner le nom du ou des médecins examineurs.

(3) Sauf ordonnance contraire, la partie qui obtient l’ordonnance est initialement responsable des frais occasionnés par l’examen. Cependant, ces frais peuvent être inclus dans les dépens recouvrables par cette partie.

(4) La cour peut ordonner un ou plusieurs examens supplémentaires aux conditions qu’elle estime justes, notamment quant aux dépens.

- Des demandes distinctes pour un examen physique et un examen mental ne font pas entrer en jeu la règle 36.04(4), mais doivent plutôt être vues comme étant chacune une demande de « premier » examen en vertu de la règle 36.02(1), en autant que la capacité physique et mentale de

<p>is in issue.  <i>Blyth v. Crowther</i>, [2009] N.B.J. No. 379, 2009 NBCA 80.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● See also:  <i>Murdock v. Reid</i>, [2005] N.B.J. No. 562 (C.A.) (QL), at paras. 11-20, Drapeau J.C.N.B.</li> </ul> <p><b>36.05 Scope of Examination</b></p> <p>(1) Where examined under this rule, a party shall answer any questions put to him by the medical practitioner which are relevant to the purpose of the examination.</p> <p>(2) Where authorized to do so by an order made under this rule, the examining medical practitioner may</p> <p>(a) examine hospital records and X-rays previously made or taken in respect of the party being examined,</p> <p>(b) have samples taken of blood and other body fluids and cause analyses to be made, and</p> <p>(c) cause any other test recognized by medical science to be made including, without restricting the generality of the foregoing, X-rays, electrocardiograms, electroencephalograms and psychological tests; but a party shall not be required to submit to any test which is unduly painful or potentially dangerous.</p> <p>(3) Unless ordered otherwise, the party to be examined shall deliver to the party obtaining the order, at least 2 days before the day appointed for the examination, a copy of every report made by every medical practitioner who has treated the party to be examined in respect of the mental or physical condition in issue, and the party obtaining the order shall make a copy of every such report available to the medical practitioner appointed to make the examination, before the examination begins.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● “The making of an order by a judge pursuant to Rule 36.05(2)(c) of the <i>Rules of Court</i> is discretionary. A discretionary order may be interfered with on appeal only if: the order is founded upon either an error of law, an error in the application of the governing</li> </ul>	<p>la partie à être examinée sont toutes les deux en litige.  <i>Blyth c. Crowther</i>, [2009] A.N.-B. n° 379, 2009 NBCA 80.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Voir aussi:  <i>Murdock c. Reid</i>, [2005] A.-N.-B. no 562 (C.A.) (QL), par. 11-20, Drapeau J.C.N.-B.</li> </ul> <p><b>36.05 Étendue de l’examen</b></p> <p>(1) Toute partie examinée en application de la présente règle doit répondre aux questions que le médecin lui pose et qui sont pertinentes au but de l’examen.</p> <p>(2) Lorsqu’une ordonnance rendue en application de la présente règle l’y autorise, le médecin examinateur peut</p> <p>a) consulter les archives hospitalières de la partie examinée ainsi que les radiographies prises d’elle antérieurement,</p> <p>b) faire des prises de sang et d’autres liquides organiques et en faire faire l’analyse et</p> <p>c) procéder à tout autre test reconnu par la science médicale, notamment des radiographies, des électrocardiogrammes, des électroencéphalogrammes et des tests psychologiques. Cependant, une partie ne peut être contrainte de se soumettre à des tests trop douloureux ou pouvant être dangereux.</p> <p>(3) Sauf ordonnance contraire, la partie à examiner doit, 2 jours au moins avant la date de l’examen, délivrer à la partie qui a obtenu l’ordonnance copie de tout rapport établi par chaque médecin par qui elle a déjà été traitée en rapport avec l’état mental ou physique en question dans ce litige. La partie qui a obtenu l’ordonnance doit mettre une copie de ces rapports à la disposition du médecin examinateur avant l’examen.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● « Le prononcé d’une ordonnance par un juge en vertu de l’alinéa 36.05(2)c) des <i>Règles de procédure</i> est discrétionnaire. Une ordonnance discrétionnaire ne peut être infirmée en appel que dans les cas suivants : l’ordonnance est fondée sur une erreur de droit, une</li> </ul>
--	--

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[.]

[...] Moreover, the judge's decision cannot be said to be unreasonable. Frankly, the decision is quite justified. Psychological testing is specifically identified in Rule 36.05(2) as a type of further testing that may be required in order for the medical practitioner to complete his or her assessment. The psychiatrist deposed personality testing was required and his evidence was unchallenged. The appellant argues the psychiatrist had an obligation to specify all tests the psychologist would have to administer, but that is putting the cart before the horse. The psychologist says he determines the specific tests after interviewing the patient. There is no valid basis for appellate interference in this case, and the judge's discretionary order is therefore owed deference." *Trider v. Galloway*, 2017 NBCA 16, [2017] N.B.J. No. 83 (QL), at paras. 2-3, Larlee J.A.

### **36.06 Who May Attend on Examination**

No person other than the party being examined, the examining medical practitioner, his nurse or assistant and a medical practitioner nominated by the party being examined, if any, shall be present at the examination of a party under this rule, unless the court orders otherwise.

### **36.07 Medical Reports**

After conducting an examination under this rule, the examining medical practitioner shall prepare a written report setting out his observations, including the results of any tests made and his conclusions therefrom as well as his diagnosis and prognosis, and shall forthwith deliver the report to the party obtaining the order. Upon receipt, the party obtaining the order shall serve a copy of the report on every other party to the action.

### **36.08 Penalty for Failure to Comply**

Where a party fails to comply with this rule or with any

erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve, ou encore, si elle est déraisonnable en ce sens que rien au dossier ne peut justifier pareille ordonnance[.]

[...]De plus, on ne peut pas dire que la décision du juge est déraisonnable. À vrai dire, la décision est tout à fait justifiée. Les tests psychologiques sont spécifiquement nommés à la règle 36.05(2) comme étant un type de test supplémentaire qui peut être exigé pour permettre au médecin d'effectuer son examen. Le psychiatre a témoigné que les tests de personnalité étaient nécessaires et son témoignage n'a pas été contesté. L'appelante prétend que le psychiatre avait l'obligation de lui préciser tous les tests que le psychologue allait devoir lui faire passer, mais ce faisant il aurait mis la charrue devant les bœufs. Le psychologue dit qu'il choisit les tests particuliers après avoir rencontré le patient. Il n'y a pas de motif suffisant qui justifie l'intervention de la Cour d'appel en l'espèce. Par conséquent, l'ordonnance discrétionnaire du juge commande la déférence. » *Trider c. Galloway*, 2017 NBCA 16, [2017] A.N.-B. n° 83 (QL), aux par. 2-3, la juge d'appel Larlee.

### **36.06 Qui peut assister à l'examen**

Sauf ordonnance contraire de la cour, seuls la partie examinée, le médecin examinateur avec son infirmière ou son assistant et, le cas échéant, un médecin désigné par la partie examinée, assistent à l'examen d'une partie ordonné en application de la présente règle.

### **36.07 Rapports médicaux**

Après avoir effectué un examen en application de la présente règle, le médecin examinateur doit rédiger un rapport dans lequel il expose ses constatations, y compris les résultats des tests auxquels il a procédé et les conclusions qu'il en a tirées, en plus de ses diagnostic et pronostic. Il doit immédiatement délivrer ce rapport à la partie qui a obtenu l'ordonnance. Sur réception du rapport, celle-ci doit en signifier copie aux autres parties à l'action.

### **36.08 Sanction en cas d'inobservation**

La partie qui ne se conforme pas à la présente règle ou à

order made pursuant thereto, he shall be liable, if a plaintiff, to have his action dismissed or, if a defendant, to have his Statement of Defence struck out.

**36.09 Examination by Consent**

This rule applies to any physical or mental examination conducted by consent of the parties in writing, except to the extent that it has been modified by the parties.

une ordonnance rendue en application de cette règle peut voir sa demande rejetée, si elle est demanderesse, ou voir sa défense radiée, si elle est défenderesse.

**36.09 Examen sur consentement**

La présente règle s'applique à tout examen physique ou mental effectué du consentement écrit des parties, sauf dans la mesure où elles ont écarté la règle.