

Rule / Règle **39**

Evidence on Motions and Applications /
Administration de la preuve sur une motion ou une requête

<p style="text-align: center;">MOTIONS AND APPLICATIONS</p>	<p style="text-align: center;">MOTIONS ET REQUÊTES</p>
<p style="text-align: center;">RULE 39</p>	<p style="text-align: center;">RÈGLE 39</p>
<p style="text-align: center;">EVIDENCE ON MOTIONS AND APPLICATIONS</p>	<p style="text-align: center;">ADMINISTRATION DE LA PREUVE SUR UNE MOTION OU REQUÊTE</p>
<p>39.01 By Affidavit</p>	<p>39.01 Par affidavit</p>
<p>(1) On a motion or application evidence may be given by affidavit unless directed otherwise by these rules or by order.</p>	<p>(1) La preuve relative à une motion ou à une requête peut être établie par affidavit, sauf prescription contraire des présentes règles ou d’une ordonnance.</p>
<p>(2) A party serving a Notice of Motion or Notice of Application shall serve with it any affidavits which he intends to use at the hearing.</p>	<p>(2) La partie qui signifie un avis de motion ou de requête doit y annexer les affidavits qu’elle entend utiliser à l’audience.</p>
<p>(2.1) The judge who fixes the date for the making of a motion or the judge who fixes the return date for a Notice of Application may dispense with the requirement for service of any of the exhibits to the affidavits referred to in paragraph (2).</p>	<p>(2.1) Le juge qui fixe la date de présentation d’une motion ou le juge qui fixe la date d’audition d’une requête peut dispenser de l’obligation de signifier les pièces accompagnant les affidavits visés au paragraphe (2).</p>
<p>(3) Where a motion or application is made without notice, it shall be sufficient to file any affidavit in support of the motion or application on or before the hearing thereof.</p>	<p>(3) Dans le cas d’une motion ou d’une requête présentée sans préavis, il suffira de déposer tout affidavit appuyant la motion ou la requête au moment de l’audience ou avant celle-ci.</p>
<p>(4) Subject to section 34 of the Judicature Act, an affidavit for use on a motion need not be confined to statements of fact within the personal knowledge of the deponent, but may contain statements as to the deponent’s information and belief, if the source of the deponent’s information and the deponent’s belief in the statements are specified in the affidavit.</p>	<p>(4) Sous réserve de l’article 34 de la Loi sur l’organisation judiciaire, il n’est pas nécessaire qu’un affidavit utilisé dans le cadre d’une motion se limite à l’exposé des faits dont le déposant a une connaissance directe; l’affidavit peut comprendre un exposé des renseignements qu’il a appris ou qu’il croit être vrais, pourvu qu’y soient précisées la source de ses renseignements et ses raisons d’y croire.</p>
<p>(5) An affidavit for use on an application shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent; but the affidavit may contain statements as to the information and belief of the deponent with respect to facts which are not contentious, if the source of his information and his belief therein are specified in the affidavit.</p>	<p>(5) L’affidavit à l’appui d’une requête doit être restreint aux faits que le déposant connaît personnellement. Cependant, l’affidavit peut relater des faits que le déposant a appris ou qu’il croit être vrais en rapport avec des faits non contentieux, pourvu que la source de ses renseignements et que ses raisons d’y croire soient spécifiées dans l’affidavit.</p>
<p>87-111; 2016-73</p>	<p>87-111; 2016-73</p>

- Affidavit evidence is admissible on applications for public interest standing, but they must nevertheless comply with Rule 39.01(4).

Morgentaler v. New Brunswick (2009), 344 N.B.R. (2d) 39, [2009] N.B.J. No. 139 (QL), 2009 NBCA 26, at para. 50.

39.02 By Examination of a Witness

Prior to the Hearing

(1) Prior to the hearing of a motion or application, a person who is not a party to the proceeding may be examined, cross-examined and re-examined, for the purpose of having a transcript of his evidence available for use upon the hearing thereof, and the procedure set out in Rule 33 applies.

On the Hearing

(2) With leave of the presiding judge, a person may be orally examined or cross-examined on the hearing of a motion or application.

39.03 Cross-Examination on Affidavit

On the application of any party, the court may order the attendance for cross-examination of any person making an affidavit for use upon a motion or application.

The discretionary power conferred by Rule 39.03 may only be exercised after a judge has heard arguments in support of a request to cross-examine and any arguments made in reply:

Rule 39.03 specifically refers to a person who has already sworn an affidavit in support of a motion. With leave of the presiding judge, such a person may be ordered to attend the hearing for the purposes of cross-examination on the affidavit. Rule 39.03 does not set out the procedure for making an application to cross-examine a person who has made an affidavit for use upon a motion or application. In the present case, Mr. Munn chose to apply by formal motion. He asked that his motion be heard before the hearing of the motion in which the affidavits of Mr. Rust and Mr. Cicin would be considered. He did not file his notice of motion until September 12, although the hearing of Mr. Rust's motion was scheduled to be heard on

- La preuve par affidavit est admissible dans une requête pour faire reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, mais celle-ci doit néanmoins se conformer aux exigences de la règle 39.01(4).

Morgentaler c. Nouveau-Brunswick (2009), 344 R.N.-B. (2^e) 39, [2009] A.N.-B. n^o 139 (QL), 2009 NBCA 26, au par. 50.

39.02 Par audition de témoins

Avant l'audience

(1) L'interrogatoire, le contre-interrogatoire et le réinterrogatoire d'une personne non partie à l'instance peuvent se faire avant l'audition de la motion ou de la requête afin qu'une transcription de sa déposition soit disponible à l'audience. Dans ce cas, la procédure établie à la règle 33 s'applique.

À l'audience

(2) Avec la permission du juge présidant l'audience, toute personne peut être interrogée ou contre-interrogée lors de l'audition d'une motion ou d'une requête.

39.03 Contre-interrogatoire sur un affidavit

Sur requête d'une partie, la cour peut ordonner la présence aux fins de contre-interrogatoire de toute personne qui a fait un affidavit à l'appui d'une motion ou d'une requête.

Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 39.03 ne peut être exercé qu'après audition des arguments en faveur de la demande de contre-interroger et des arguments en réplique :

La règle 39.03 renvoie précisément à une personne qui a déjà fait sous serment un affidavit à l'appui d'une motion. Avec l'autorisation du juge présidant la séance, cette personne peut se voir ordonner d'être présente à l'audience aux fins de contre-interrogatoire sur l'affidavit. La règle 39.03 n'établit pas la procédure à suivre pour présenter une requête en vue de contre-interroger une personne qui a fait un affidavit à l'appui d'une motion ou d'une requête. En l'espèce, M. Munn a choisi de présenter sa requête par voie d'une motion officielle. Il a demandé que sa motion soit entendue avant la motion dans le cadre de laquelle les affidavits de M. Rust et de M. Cicin allaient être examinés. Il n'a pas déposé sa motion avant le 12 septembre, malgré que l'audition de la motion de M. Rust ait

September 19. It appears that the motion judge refused to give Mr. Munn a return date for the hearing of his “application” to cross-examine because he had not complied with the usual requirement that a Notice of Motion be served at least 10 days before the date of the hearing.

The procedure contemplated by Rule 39.03 does not require a formal motion to request leave to cross-examine, although it certainly does not preclude such a procedure. In my view, some latitude regarding the time frame for making a request to cross-examine must be given to the requesting party. In the present case, Mr. Munn chose to proceed by a formal motion and did not give the required 10 days notice. Be that as it may, his choice of procedure did not invalidate the fact that he was requesting leave to cross-examine the deponents of the affidavits filed in support of Mr. Rust’s motion.

[Munn v. Rust, 2006 NBCA 87](#), at paras. 11 and 12.

39.04 Service of Affidavits

Except for the person giving Notice of Application or Notice of Motion, any person who intends to give affidavit evidence at the hearing shall serve a copy of such affidavit

- (a) on the person giving the notice, and
- (b) on each person served with the notice,

at least 4 days prior to the date set for the hearing.

90-20

39.05 Language of Proceeding

(1) On a motion or application, a party who intends to proceed in or present evidence in an official language other than the official language in which any other party intends to proceed or present evidence, shall so advise the clerk at least 7 days before the hearing.

(2) On being advised pursuant to paragraph (1), the clerk shall arrange to have an interpreter present at the hearing.

85-5

été fixée au 19 septembre. Il semblerait que la juge saisie de la motion a refusé de fixer une date pour l’audition de la « requête » de M. Munn en vue d’obtenir l’autorisation de contre-interroger les déposants, parce que M. Munn n’avait pas respecté l’exigence habituelle selon laquelle un avis de motion doit être signifié au moins dix jours avant la date de l’audience.

La procédure énoncée à la règle 39.03 n’exige pas qu’une motion officielle soit déposée pour demander l’autorisation de contre-interroger les déposants, mais elle ne l’interdit certainement pas non plus. À mon avis, il faut donner à la partie qui présente la demande une certaine latitude à l’égard du délai accordé pour présenter la demande de contre-interrogatoire. En l’espèce, M. Munn a choisi de déposer une motion formelle, mais il n’a pas donné les dix jours d’avis requis. Cela étant dit, sa décision de procéder par voie de motion officielle ne change pas le fait qu’il a demandé l’autorisation de contre-interroger les déposants des affidavits présentés à l’appui de la motion de M. Rust.

[Munn c. Rust, 2006 NBCA 87](#), aux par. 11-12.

39.04 Signification des affidavits

Quiconque, sauf l’auteur d’un avis de requête ou de motion, a l’intention de présenter une preuve par affidavit à l’audience doit signifier copie de l’affidavit

- a) à l’auteur de l’avis et
- b) à chaque personne ayant reçu signification de l’avis

au moins 4 jours avant la date de l’audience.

90-20

39.05 Langue des procédures

(1) La partie qui, à l’occasion d’une motion ou demande, entend utiliser une langue officielle autre que celle qu’une autre partie entend utiliser ou présenter la preuve dans une langue officielle autre que celle dans laquelle une autre partie entend présenter sa preuve doit en aviser le greffier au moins 7 jours avant l’audience.

(2) Le greffier qui a été avisé conformément au paragraphe (1), doit veiller à ce qu’un interprète soit présent à l’audience.

- The wording of both rule 39.05(1) and Form 37A leaves no room for doubt: it is the responding party who must notify the clerk if he or she wishes to use an official language other than the one that the moving party has identified in the Notice of Motion. Moreover, the notice to the clerk contemplated in rule 39.05(1) is distinct from any language-related notice that might be contained in a Notice of Action or Statement of Claim. If a plaintiff's obligations under rule 39.05(1) were fulfilled merely by indicating his or her choice of official language in the Notice of Action or Statement of Claim, rule 39.05(1) would be worded so as to apply only to applications. However, as we have seen, rule 39.05(1) unambiguously states that motions come within its scope. In addition, it is clear from the wording of rule 39.05(1) and Form 37A that a respondent's filing of affidavits drafted in a given official language does not constitute notice to the clerk within the meaning of rule 39.05(1). Lastly, [...] nothing contained in the Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5 (New Brunswick), the Insurance Act, R.S.N.B. 1973, c. I-12, or the Canadian Charter of Rights and Freedoms, supports a different interpretation of rule 39.05(1)."

In this case, the appellant was not legally entitled to use a language other than English because he failed to notify the clerk as required by Rule 39.05(1). Given the lack of urgency, the Court found the motion judge erred in failing to grant an adjournment to allow the appellant to so notify the clerk.

[Whelton v. Mercier et al. \(2004\), 277 N.B.R. \(2d\) 251 \(C.A.\) at paras. 22-25.](#)

- La Cour précise que le libellé de la règle 39.05(1) et de la formule 37A ne laisse planer aucun doute sur le fait que c'est à la partie intimée qu'il appartient d'aviser le greffier si elle entend utiliser une langue officielle autre que celle que l'auteur de la motion a indiqué vouloir employer dans l'avis de motion. Par ailleurs, l'avis au greffier prévu à la règle 39.05(1) est distinct de l'avis relatif à la langue que l'avis de poursuite ou l'exposé de la demande peuvent contenir et il n'est pas suffisant pour un demandeur ou une demanderesse d'indiquer son choix de langue officielle dans l'avis de poursuite ou l'exposé de la demande pour que ses obligations aux termes de la règle 39.05(1) soient exécutées; en effet, la règle 39.05(1) selon son libellé, s'applique aux requêtes et s'étend également aux motions. Le dépôt par la partie intimée d'affidavits rédigés dans une des langues officielles ne constitue pas un avis au greffier, au sens de la règle 39.05(1). De plus, aucune disposition de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, de la *Loi sur les assurances* ou de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne justifie une interprétation différente de la règle 39.05(1).

En l'espèce, n'ayant pas donné l'avis au greffier prévu à la règle 39.05(1), l'appellant n'était pas en droit d'utiliser à l'audience une langue autre que la langue officielle précisée dans l'avis de motion déposé par l'intimé, soit la langue anglaise. Par contre, il ne s'agissait pas d'une situation d'urgence, et la Cour a conclu que le juge a commis une erreur en ne reportant pas l'audience afin de permettre à l'appellant de donner au greffier l'avis requis.

[Whelton c. Mercier \(2004\), 277 R.N.-B. \(2^e\) 251 \(C.A.\) aux par. 22-25.](#)