

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

171-11-CA

B E T W E E N:

E N T R E

CAROLYN JUNE BURTT

CAROLYN JUNE BURTT

(Plaintiff) INTENDED  
APPELLANT

(Demanderesse) APPELANTE  
ÉVENTUELLE

-and-

-et-

DR. ALLISON BOYLE  
and DR. DALE MacELWAIN

DR ALLISON BOYLE  
ET DR DALE MacELWAIN

(Defendants) INTENDED  
RESPONDENTS

(Défendeurs) INTIMÉS  
ÉVENTUELS

Motion heard by:  
The Honourable Justice Richard  
December 7, 2011

Motion entendue par :  
L'honorable juge Richard  
Le 7 décembre 2011

Date of decision:  
December 7, 2011

Date de la décision :  
Le 7 décembre 2011

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

E.J. Mockler, Q.C.,  
for the Intended Appellant

E.J. Mockler, c.r.,  
pour l'appelante éventuelle

John C. Gillis,  
for the Intended Respondents

John C. Gillis,  
pour les intimés éventuels

**DECISION**

[1] There being no dispute of facts, the quotations in the text that follow are taken from affidavits filed in support of the motion for leave to appeal, except where otherwise stated.

[2] On August 9, 2002, Carolyn June Burttt commenced an action alleging medical

malpractice arising out of the diagnosis and treatment of injuries she claims she suffered in August 2000. Her action was eventually set down for trial to commence on March 1, 2011. However, her counsel had been unable to obtain “a promised expert report [and trial] was adjourned to allow time to obtain said report by May 28, 2011 after which it was to be re-entered.” (I note that one affidavit refers to the deadline as May 28 whereas in other places the date is referred to as May 15. Nothing turns on this difference.) Specifically, her counsel was seeking a report from a physician on the standard of medical care expected of a general practitioner.

[3] The report in question was not obtained by May 28, 2011, and, in July 2011, the solicitor for the defendants sought to have the matter once again set down for trial. Ms. Burttt’s counsel opposed this on the grounds he had not yet found an expert to provide a report. Nevertheless, at the Motions Day on August 2, 2011, the matter was again set down for trial, which is to commence on December 12, 2011, and is scheduled to last four days.

[4] Meanwhile, Ms. Burttt’s solicitor continued to search for a general medical practitioner who would give him an opinion in the matter. He contacted several physicians, all of whom declined to get involved. On August 9, 2011, he finally found one who agreed to assist. However, it was not until October 14 that this individual provided Ms. Burttt’s solicitor with a report. On that same date, the report was forwarded to counsel for the defendants, together with a Notice of Expert. The defendants advised they would object to the receipt of this evidence at trial because its late production “is in direct contravention of the Court Order that the Plaintiff was to produce their late expert report by May 15, 2011”.

[5] On November 30, 2011, counsel for Ms. Burttt forwarded to the defendants’ solicitor “a calculation of the Plaintiff’s loss of earning”, compiled by an accountant. Again, the defendants advised they would oppose the admission of this evidence at trial “based on timeliness”.

[6] Also on November 30, 2011, Ms. Burttt’s counsel reminded another of his expert witnesses, an orthopaedic surgeon, of the upcoming trial date and issued him a

Summons to Witness. The witness informed the lawyer he “was booked for surgery on the 12<sup>th</sup>, 13<sup>th</sup>, 14<sup>th</sup>, and 15<sup>th</sup> of December 2011 and would not be available to testify” on those dates.

[7] Considering the above, counsel for the plaintiff and for the defendants determined it would be preferable for the trial to be adjourned. They sought a pre-trial conference with the trial judge and were eventually heard by telephone conference on December 2, 2011.

[8] The trial judge was informed of the situation and of the request for an adjournment. She was also informed of the possibility of another settlement conference if the matter was adjourned. However, the trial judge refused to adjourn the trial. Noting that the “Court of Queen’s Bench is not a rubber stamp”, the trial judge ruled as follows:

There will be no adjournment. This Notice of Action was filed August the 9, 2002. I recognize that Mr. Mockler did not come onto the file until about 2005. It then proceeded at a snail’s pace. However, he filed a Certificate of Readiness on October the 8<sup>th</sup>, 2010, and the ink was barely dry on that, the trial date was set, when a motion was brought – for some reason, in Saint John before Mr. Justice McLellan – asking for the trial dates to be adjourned to sometime after June 30<sup>th</sup>. In that consent order, it said:

The plaintiff is to provide the report from [a specified physician] as soon as possible and no later than the 15<sup>th</sup> of May 2011. The defendants will then respond as soon as possible to the report [...], but no later than June 30<sup>th</sup>.

Consequently, this was put on the docket again, for August, dates set out in July to tell everybody when they were. Mr. Mockler sent some letter in, informing us that maybe those dates weren’t good; however, Mr. Mockler didn’t bother showing up on Motions Day to tell us that he wasn’t prepared to go ahead on those dates.

You know, if you were in some other provinces in Canada, once you have filed your Certificate of Readiness, you better be ready to go and ready to go quickly and not sit around and try to find out when you’re going to file – when you’re going to ask your experts when they can be ready, and so on and so forth.

These trial dates have been set since August 2011. They are December

12<sup>th</sup>, 13<sup>th</sup>, 14<sup>th</sup> and 15<sup>th</sup>. I will be here at nine-thirty on December the 12<sup>th</sup> and we will be ready to proceed.

[9] Ms. Burt seeks leave to appeal this decision and the defendants do not oppose her motion. All seem to agree that, if leave is granted, the effect would be to stay the trial pending the determination of the appeal. In support of this proposition, reference is made to *Violette et al. v. Wandlyn Inns Ltd. et al.* (1995), 169 N.B.R. (2d) 374, [1995] N.B.J. No. 574 (C.A.) (QL).

[10] The motion being unopposed, I abridged time for service of the Notice of Motion for Leave to Appeal and agreed to hear the parties without delay. I also informed them a decision would be rendered quickly, given the fact the trial is scheduled to commence in five days.

[11] The thrust of the argument at the hearing of the application for leave to appeal is that this is an unusual set of circumstances, which should compel leave to be granted so as to avoid an injustice. Counsel rely on a statement made in *Royal Bank of Canada v. Belliveau*, 2002 NBCA 96, 254 N.B.R. (2d) 184, where Chief Justice Drapeau, speaking specifically of the discretion conferred by s. 43(7) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, stated that “the exercise of the discretion conferred by s. 43(7) must be exercised according to common sense and justice and in a manner which does not occasion an injustice” (para. 10). Both counsel argue the same applies to the exercise of discretion whether or not to grant an adjournment. I certainly do not disagree with that proposition. The exercise of discretion, not only in matters of bankruptcy or of adjournment, must be exercised judiciously, which certainly import elements of common sense and justice.

[12] I point out, however, that the standard of review of discretionary relief is one that is stamped with deference. As I have stated before, also in the context of leave to appeal a judge’s refusal to adjourn a trial, the law is abundantly clear that the exercise of discretion “will not be interfered with on appeal unless it can be shown that the motion judge did not direct herself correctly in law and did not observe the applicable principles, or misapprehended the evidence to the point that an injustice would result”: *New*

*Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. A.R. et al.* (2007), 322 N.B.R. (2d) 372, [2007] N.B.J. No. 345 (C.A.) (QL), at para. 15.

[13] A quick search led me to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Law Society of Upper Canada v. Igbinosun*, 2009 ONCA 484, [2009] O.J. No. 2465 (QL), where Weiler J.A., albeit in the administrative law context, stated as follows:

A non-exhaustive list of procedural and substantive considerations in deciding whether to grant or refuse an adjournment can be derived from these cases. Factors which may support the denial of an adjournment may include a lack of compliance with prior court orders, previous adjournments that have been granted to the applicant, previous peremptory hearing dates, the desirability of having the matter decided and a finding that the applicant is seeking to manipulate the system by orchestrating delay. Factors which may favour the granting of an adjournment include the fact that the consequences of the hearing are serious, that the applicant would be prejudiced if the request were not granted, and a finding that the applicant was honestly seeking to exercise his right to counsel, and had been represented in the proceedings up until the time of the adjournment request. In weighing these factors, the timeliness of the request, the applicant's reasons for being unable to proceed on the scheduled date and the length of the requested adjournment should also be considered. [para. 37]

[14] In my view, a principled approach to determining whether or not to grant an adjournment involves weighing factors such as these, if relevant to the circumstances, as well as any other relevant factors, in an effort to do justice. While the objective of a trial court is to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits, the court also has responsibilities to the administration of justice in general and must administer limited resources accordingly.

[15] In the present case, there had been a lack of compliance with a previous court order (that the expert report be provided by a specific date), it was the second time the matter had been scheduled for trial, and the second time it was the plaintiff seeking the adjournment. This time, four days of court time had been allotted and would be wasted, not to mention the time and expense involved for the lawyers and parties who prepared for trial, and the inconvenience caused to those who have been summoned to attend on

these dates and arranged their affairs accordingly. On the other hand, there are factors weighing in favour of an adjournment, such as the importance of the matter to the plaintiff and the convenience of not having to adjourn mid-trial if this becomes necessary and is considered appropriate.

[16] In my view, a judge of the Court of Appeal should be reluctant to interfere with the process leading to a trial in the Court of Queen's Bench, and there are sound policy reasons for this. It is not the function of the Court of Appeal to supervise every step in the trial process. This is reflected by a standard of review of discretionary decisions that is, as I have stated, stamped with deference.

[17] I am not convinced that the trial judge's current decision not to adjourn trial is one that was not exercised judiciously. In my view, the judge exercised her discretion according to common sense and justice and considered the relevant factors in ruling that it was important for the Court to make use of the time allotted for this. At this point, it cannot be said the judge's decision will cause injustice to anyone. No one has argued the trial cannot commence by calling witnesses who are available to testify on the scheduled dates and with the testimony of those to whom no one objects. At this point, the judge has not been faced with having to determine whether or not to allow testimony of any expert for lack of notice, nor has she been asked to rule in regard to the summons issued to the expert witness who has surgeries scheduled. All the trial judge has done is determined the trial will commence as scheduled. Any other rulings she may be called upon to make as trial unfolds are, at this point, merely speculative. At the end of the trial, whenever that may be, if either party perceives error or injustice, appropriate use of appellate remedies can be pursued at that time.

[18] For these reasons, the application for leave to appeal is dismissed. Considering the defendants' position on the motion, no costs are awarded.

## **DÉCISION**

- [1] Puisque les faits ne sont pas contestés, les citations insérées dans le texte qui suit sont extraites des affidavits déposés à l'appui de la motion en autorisation d'appel, sauf indication contraire.
- [2] Le 9 août 2002, Carolyn June Burttt a introduit une action pour faute médicale au titre du diagnostic posé relativement à des lésions qu'elle prétend avoir subies en août 2000 et de leur traitement. Son action a fini par être inscrite au rôle et la date du début du procès a été fixée au 1<sup>er</sup> mars 2011. Toutefois, son avocat a été incapable d'obtenir [TRADUCTION] « un rapport d'expert qui lui avait été promis [et le procès] a été ajourné afin de lui donner le temps d'obtenir le rapport en question, au plus tard le 28 mai 2011; passé cette date, le procès devait être inscrit de nouveau ». (Je souligne que dans un des affidavits on lit que l'échéance était fixée au 28 mai alors qu'à d'autres endroits la date mentionnée est le 15 mai. Cette différence est sans importance.) Plus précisément, son avocat voulait obtenir d'un médecin un rapport sur la norme de soins médicaux à laquelle est tenu un omnipraticien.
- [3] Le rapport en question n'a pas été obtenu avant l'échéance du 28 mai 2011 et en juillet 2011, l'avocat des défendeurs a demandé que l'affaire soit de nouveau inscrite au rôle. L'avocat de M<sup>me</sup> Burttt s'y est opposé pour le motif qu'il n'avait pas encore trouvé d'expert susceptible de lui fournir un rapport. À la séance des motions du 2 août 2011, l'affaire a néanmoins été de nouveau inscrite au rôle, l'instruction devant commencer le 12 décembre et durer quatre jours.
- [4] Entre-temps, l'avocat de M<sup>me</sup> Burttt a continué à chercher un omnipraticien qui lui donnerait une opinion sur la question. Il a communiqué avec plusieurs médecins qui ont tous refusé d'intervenir. Le 9 août 2011, il en a finalement trouvé un qui a accepté de lui venir en aide. Toutefois, ce n'est que le 14 octobre que ce médecin a remis un rapport à l'avocat de M<sup>me</sup> Burttt. Le même jour, le rapport en question a été transmis à l'avocat des défendeurs accompagné d'un avis relatif à un témoin expert. Les défendeurs ont

indiqué qu'ils s'opposeraient à ce que cet élément de preuve soit reçu au procès parce que sa production tardive [TRADUCTION] « contrevient directement à l'ordonnance de la Cour qui a enjoint à la demanderesse de produire son rapport d'expert, qui était déjà en retard, au plus tard le 15 mai 2011 ».

[5] Le 30 novembre 2011, l'avocat de M<sup>me</sup> Burttt a fait parvenir à l'avocat des défendeurs [TRADUCTION] « un calcul de la perte de gains subie par la demanderesse » effectué par un comptable. Cette fois encore, les défendeurs ont indiqué qu'ils s'opposeraient à l'admission de cet élément de preuve au procès [TRADUCTION] « pour cause de non-présentation en temps opportun ».

[6] Le 30 novembre 2011 également, l'avocat de M<sup>me</sup> Burttt a rappelé la date du procès à un autre de ses témoins experts, un chirurgien orthopédiste, et lui a fait délivrer une assignation de témoin. Le témoin en question a informé l'avocat qu'il [TRADUCTION] « était retenu pour des interventions chirurgicales les 12, 13, 14 et 15 décembre 2011 et qu'il ne pourrait pas aller témoigner » ces jours-là.

[7] À la lumière des faits susmentionnés, l'avocat de la demanderesse et celui des défendeurs ont estimé qu'il valait mieux que le procès soit ajourné. Ils ont sollicité la tenue d'une conférence préparatoire au procès devant la juge du procès et ils ont finalement été entendus dans le cadre d'une conférence téléphonique le 2 décembre 2011.

[8] La juge du procès a été informée de la situation et de la demande d'ajournement. Elle a aussi été informée de la possibilité d'une autre conférence de règlement amiable pour le cas où l'affaire serait ajournée. Toutefois, la juge du procès a refusé d'ajourner le procès. Après avoir souligné que la [TRADUCTION] « Cour du Banc de la Reine n'approuve pas les demandes machinalement », elle a rendu la décision suivante :

[TRADUCTION]

Il n'y aura pas d'ajournement. L'avis de poursuite a été déposé le 9 août 2002. Je reconnais que ce n'est qu'en 2005 environ que M<sup>e</sup> Mockler a été commis au dossier. Le dossier a ensuite progressé à pas de tortue. Il

a toutefois déposé un certificat de mise en état le 8 octobre 2010 et l'encre de ce certificat était à peine sèche, et la date du procès déjà fixée, qu'une motion a été déposée – pour une raison inconnue, à Saint John, devant le juge McLellan – aux fins de demander que le procès soit reporté à une date postérieure au 30 juin. Dans l'ordonnance par consentement, on pouvait lire ceci :

[TRADUCTION]

La demanderesse devra fournir le rapport [d'un médecin dont le nom était mentionné] le plus tôt possible et au plus tard le 15 mai 2011. Les défendeurs répondront ensuite au rapport le plus tôt possible [...], mais au plus tard le 30 juin.

L'affaire a donc été de nouveau inscrite en vue de sa mise au rôle, en août, les dates ayant été fixées en juillet afin que tous en soient informés. M<sup>e</sup> Mockler a fait parvenir une lettre nous informant que ces dates ne lui convenaient peut-être pas; toutefois, M<sup>e</sup> Mockler ne s'est pas donné la peine de se présenter à la séance des motions afin de nous dire qu'il n'était pas disposé à faire instruire l'affaire aux dates fixées.

Vous savez, si vous étiez dans certaines autres provinces, au Canada, une fois que vous avez déposé votre certificat de mise en état, vous avez tout intérêt à être prêt à procéder et prêt à procéder rapidement et à ne pas rester là à essayer de déterminer à quel moment vous allez déposer – à quel moment vous allez demander à vos experts quand ils pourront être prêts, et ainsi de suite.

Ces dates de procès sont fixées depuis août 2011. Ce sont les 12, 13, 14 et 15 décembre. Je serai ici à neuf heures trente le 12 décembre et nous serons prêts à commencer.

[9] M<sup>me</sup> Burtt sollicite l'autorisation d'interjeter appel de cette décision et les défendeurs ne contestent pas sa motion. Tous semblent s'entendre pour reconnaître que si l'autorisation était accordée, cela aurait pour effet de suspendre le procès jusqu'à ce que l'appel soit tranché. À l'appui de cette proposition, on invoque l'arrêt *Violette et al. c. Wandlyn Inns Ltd. et al.* (1995), 169 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 374, [1995] A.N.-B. n<sup>o</sup> 574 (C.A.) (QL).

[10] Puisque la motion n'était pas contestée, j'ai abrégé le délai imparti pour signifier l'avis de motion en autorisation d'appel et j'ai accepté d'entendre les parties sans délai. Je les ai également informées qu'une décision serait rendue rapidement, étant

donné que le procès doit commencer dans cinq jours.

[11] L'argument avancé à l'audition de la demande en autorisation d'appel est essentiellement qu'il s'agit en l'espèce d'un ensemble de circonstances inhabituel, de sorte que l'autorisation devrait être accordée afin d'éviter une injustice. Les avocats s'appuient à cet égard sur un énoncé contenu dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Belliveau*, 2002 NBCA 96, 254 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 184, où le juge en chef Drapeau, qui parlait spécifiquement du pouvoir discrétionnaire conféré au par. 43(7) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, a dit que « le pouvoir discrétionnaire que confère le paragraphe 43(7) doit être exercé avec bon sens et équité et d'une manière qui ne cause pas d'injustice » (par. 10). Les deux avocats prétendent que le même principe s'applique à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non un ajournement. Je ne suis certainement pas en désaccord avec eux sur cette proposition. Un pouvoir discrétionnaire, pas seulement en matière de faillite ou d'ajournement, doit être exercé judicieusement, ce qui suppose nécessairement une part de bon sens et d'équité.

[12] Je souligne toutefois que la norme de contrôle applicable à une mesure réparatoire discrétionnaire est une norme marquée par la déférence. Comme je l'ai déjà dit, également dans le contexte d'une demande d'autorisation d'appeler du refus d'une juge d'ajourner un procès, il est très clair en droit qu'une telle décision « ne doit être modifiée en appel que s'il peut être démontré que la juge saisie de la motion s'est mal enquis du droit et n'a pas respecté les principes qui s'appliquaient, ou si son appréciation de la preuve est erronée au point de créer une injustice » : *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) c. A.R. et al.* (2007), 322 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 372, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 345 (C.A.) (QL), au par. 15.

[13] Une recherche rapide m'a mené à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *The Law Society of Upper Canada c. Igbinosun*, 2009 ONCA 484, [2009] O.J. No. 2465 (QL), où la juge d'appel Weiler, bien que dans le domaine du droit administratif, a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

On peut dégager de ces instances une liste non exhaustive des

considérations de nature procédurale et de fond dont il faut tenir compte aux fins de décider s'il y a lieu d'accorder ou de refuser un ajournement. Les facteurs susceptibles de justifier le refus d'accorder un ajournement comprennent notamment l'inobservation d'ordonnances judiciaires antérieures, les ajournements précédents qui ont été accordés au requérant, les dates péremptoires antérieurement fixées pour l'audience, l'avantage qu'il y aurait à ce que l'affaire soit tranchée et une conclusion selon laquelle le requérant cherche à manipuler le système en orchestrant des retards. Les facteurs qui peuvent militer en faveur de l'ajournement comprennent le fait que les conséquences de l'audience sont graves, le fait que le requérant subirait un préjudice si la demande n'était pas accueillie et une conclusion selon laquelle le requérant essayait honnêtement d'exercer son droit à un avocat et avait été représenté dans le cadre de l'instance jusqu'au moment de la demande d'ajournement. Aux fins de soupeser ces facteurs, l'opportunité de la demande, les raisons pour lesquelles le requérant a été incapable de procéder à la date fixée et la durée de l'ajournement demandé devraient aussi être pris en compte. [Par. 37]

[14] J'estime que selon une démarche fondée sur des principes, la décision d'accorder ou non l'ajournement suppose l'appréciation de facteurs de cette nature, à supposer qu'ils soient pertinents dans les circonstances, ainsi que de tout autre facteur pertinent, dans le but de rendre la justice. Bien que le tribunal de première instance ait pour objectif d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive, il a également certaines responsabilités en matière d'administration de la justice en général et il lui faut administrer des ressources limitées en conséquence.

[15] En l'espèce, il y avait eu inobservation d'une ordonnance judiciaire antérieure (savoir que le rapport de l'expert devait être déposé avant une date précise), c'était la deuxième fois que l'affaire avait été mise au rôle et la deuxième fois que c'était la demanderesse qui sollicitait l'ajournement. Cette fois, quatre jours d'audience avaient été retenus et auraient été gaspillés, sans compter le temps et l'argent que les avocats et les parties avaient consacrés à se préparer au procès ainsi que les inconvénients causés aux personnes qui avaient été assignées à comparaître les jours en question et avaient arrangé leurs affaires en conséquence. Par ailleurs, il y a des facteurs qui militent en faveur de l'ajournement, savoir notamment l'importance de la question pour la demanderesse et l'avantage qu'il y aurait à ne pas devoir ajourner à la mi-procès si cela

devenait nécessaire et était jugé indiqué.

[16] À mon avis, un juge de la Cour d'appel devrait hésiter à s'immiscer dans un processus menant à un procès devant la Cour du Banc de la Reine et il y a de solides raisons de principe à cela. Il n'appartient pas à la Cour d'appel de superviser chaque étape du processus d'instruction. On en trouve la confirmation dans l'existence d'une norme de révision des décisions d'ordre discrétionnaire qui, comme je l'ai dit, est marquée par la déférence.

[17] Je ne suis pas convaincu que la décision de la juge du procès de ne pas ajourner le procès est le fruit d'un pouvoir discrétionnaire qui n'aurait pas été exercé judicieusement. À mon avis, la juge a exercé son pouvoir discrétionnaire avec bon sens et équité et a examiné les facteurs pertinents lorsqu'elle a conclu qu'il était important que la Cour fasse bon usage du temps qui avait été retenu pour le procès. À ce moment-ci, on ne saurait dire que la décision de la juge causera une injustice à qui que ce soit. Personne n'a prétendu qu'on ne pourrait pas commencer le procès en faisant comparaître les témoins qui sont disponibles aux dates fixées et en entendant le témoignage des personnes qui ne font l'objet d'aucune objection. À cette étape-ci, la juge n'a pas eu à déterminer s'il y a lieu ou non d'autoriser le témoignage d'un expert parce qu'il y aurait eu absence de préavis et on ne lui a pas non plus demandé de se prononcer en ce qui concerne l'assignation délivrée au témoin expert qui a des interventions chirurgicales à son horaire. Tout ce que la juge du procès a fait a été de décider que le procès commencera à la date fixée. Toutes les autres décisions qu'elle pourrait être appelée à prendre à mesure que le procès se déroulera relèvent, à cette étape-ci, de la pure conjecture. À la fin du procès, quel que soit le moment où il prendra fin, si l'une ou l'autre partie estime qu'il y a eu une erreur ou une injustice, elle pourra alors exercer à bon droit les recours d'appel applicables.

[18] Pour ces motifs, la demande d'autorisation d'interjeter appel est rejetée. Compte tenu de la position des défendeurs en ce qui concerne la motion, je n'accorde aucuns dépens.