

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

26-08-CA

LINDA DAVIS and THOMAS DAVIS

APPELLANTS

- and -

BARBARA MacKENZIE

RESPONDENT

Davis v. MacKenzie, 2008 NBCA 85

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
February 26, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 83

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2008] N.B.J. No. 217
[2008] N.B.J. No. 125

Appeal heard and judgment rendered:
September 9, 2008

Reasons delivered:
November 27, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

LINDA DAVIS et THOMAS DAVIS

APPELANTS

- et -

BARBARA MacKENZIE

INTIMÉE

Davis c. MacKenzie, 2008 NBCA 85

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 26 février 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 83

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2008] A.N.-B. n° 217
[2008] A.N.-B. n° 125

Appel entendu et jugement rendu :
Le 9 septembre 2008

Motifs déposés :
Le 27 novembre 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Edwin G. Ehrhardt, Q.C.

Pour les appelants :
Edwin G. Ehrhardt, c.r.

For the respondent:
Peter F. Blair, Q.C.

Pour l'intimée :
Peter F. Blair, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs.

Accueille l'appel avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The present appeal raises two procedural questions of first impression in this Court. The first is whether litigation privilege over letters from an injured claimant’s counsel to healthcare providers is waived once their responding medical reports are produced for inspection and copying. The second is whether the letters are producible, in any event, where Rule 52.01 of the *Rules of Court* is in play. Rule 52.01(1) provides that where a party intends to call an expert witness at trial, he or she must serve on every other party a copy of the expert’s signed report. Rule 52.01(4), which we were told is unique to New Brunswick, vests in the court the power to order the production of “any records, documents or other materials on which the report is based”. In the reasons that follow, I conclude: (1) routine letters from counsel to his or her client’s healthcare providers do not benefit from the mantle of litigation privilege; (2) a liberal and purposive approach must be applied to the interpretation of Rule 52.01(4) and, thus read and understood, the Rule captures all of counsel’s non-routine letters in the case at bar; and (3) fairness requires their immediate production. In the result, the first question need not be answered to dispose of the appeal.

[2] In the underlying action, the respondent, Barbara MacKenzie, seeks compensation for the trauma and losses she attributes to an October 19, 2002 rear-end collision that was forecast, at least initially, to be relatively uneventful, both medically and financially. In fact, in the Statement of Claim she filed a few months post-accident, Ms. MacKenzie made no explicit mention of any psychological trauma, describing her accident-related injuries as “including but not limited to a back and whiplash injury”. However, a dramatic sea change occurred with the filing of her Amended Statement of Claim on September 19, 2007.

[3] In that document, Ms. MacKenzie states she developed “symptoms of severe depression, anxiety, panic attacks, and psychological symptoms” as a result of her accident-related physical injuries. She also alleges those symptoms and injuries have interacted to disable her from “all forms of gainful employment” and to prevent her from “performing basic activities of daily living, including housekeeping and valuable services”. Additionally, she complains her accident-related medical conditions “will require pharmacological, psychological, physiotherapy, psychiatric, and other medical treatment for the rest of her life”, before noting her depression brought about “cognitive deficits in respect of memory and concentration which are similar to those caused by traumatic closed-head brain injuries” as well as “unexplained blackouts”. The latter, it is said, have entailed falls to the ground, the last occurring in October 2006 and occasioning fractures to both of her ankles. Those injuries required surgical intervention and “a prolonged period of hospitalization and rehabilitation”. Ms. MacKenzie wraps up the description of her accident-related problems by predicting she will need home care for the balance of her lifetime.

[4] As might be expected, the closing paragraph of the Amended Statement of Claim features a claim for pecuniary general damages for loss of income, loss of valuable services and the cost of medical, psychological and psychiatric care, in addition to a corresponding claim for special damages. The future losses are premised on a total permanent disability traceable to the combined influence of the physical and psychological trauma visited upon Ms. MacKenzie by the accident of October 19, 2002. The related prayer for relief concludes with a claim for a management fee and an income tax gross-up.

[5] Clearly, the seemingly run-of-the-mill claim advanced in the original Statement of Claim has matured into a very significant and complex demand for compensatory redress. Correlatively, causation – an issue whose determination often turns on the injured party’s medical history, his or her credibility and the opinions of the medical specialists consulted – has percolated to the level of make-or-break issues. It should go without saying that, in those circumstances, one would expect the defence to be

particularly zealous in the conduct of its oral and documentary discovery of the injured claimant. That is precisely the scenario being played out in the case at bar.

[6] As the litigation unfolded, Ms. MacKenzie provided the appellants with copies of the reports authored by the medical practitioners who examined and/or treated her in the post-accident period. With the trial looming, she went a step further and gave notice to the appellants of her intention to call several as expert witnesses. However, Ms. MacKenzie refused to produce for inspection her counsel's letters to those soon-to-be witnesses, claiming the letters continue to be protected by litigation privilege.

[7] Faced with that steadfast position, the appellants turned to the Court of Queen's Bench for relief, arguing Ms. MacKenzie waived any litigation privilege over her counsel's letters when she: (1) served a copy of the reports provided by the medical practitioners to whom they were addressed; and (2) gave notice of her intention to call them as expert witnesses at trial. However, the appellants' motion for an order compelling production was dismissed (see *MacKenzie v. Davis* (2008), 330 N.B.R. (2d) 198, [2008] N.B.J. No. 67 (QL), 2008 NBQB 83) on the authority of *O'Neill v. Campbell* (1994), 159 N.B.R. (2d) 273, [1994] N.B.J. No. 560 (QL)). The crux of the appellants' thesis in this Court is that the last-mentioned decision is distinguishable and, in any event, no longer good law, having been overtaken by a more production-friendly jurisprudence.

[8] Immediately following the parties' oral submissions, this Court allowed the appeal and ordered production of the letters at issue. We indicated at the time that written reasons would promptly follow. Here are those reasons.

II. The Contextual Envelope

[9] The controversial documents are letters from Ms. MacKenzie's counsel to Dr. D.W. Hiltz, Dr. Margaret Steven and Dr. Patrick Marcotte. The letters, which are labeled B-7, B-8, B-11 and B-13 under Schedule "B" of Ms. MacKenzie's Affidavit of Documents are described as follows:

B-7 Various correspondence from Maurice Bastarache [Ms. MacKenzie's former solicitor] to Dr. D.W. Hiltz, dated October 24, 2002, November 6, 2002, May 26, 2003, October 14 and 27, 2003, November 18, 2003, January 12, 2004, September 28, 2005, February 24, 2006 and March 23, 2006.

B-8 Correspondence from Maurice Bastarache to Dr. Margaret Steven dated September 8, 2003 and September 23, 2003.

B-11 Correspondence from Peter F. Blair [Ms. MacKenzie's current solicitor] to Dr. Patrick Marcotte dated September 26, 2006.

B-13 Correspondence from Peter F. Blair to Dr. D.W. Hiltz dated September 26, 2006.

[10] Dr. Steven is Ms. MacKenzie's gynecologist. Dr. D.W. Hiltz assumed Ms. MacKenzie's medical care shortly after the accident. Dr. Marcotte became Ms. MacKenzie's treating psychiatrist following her assessment on March 17, 2006 at Dr. Hiltz's request. I note parenthetically that Ms. MacKenzie was hospitalized under Dr. Marcotte's care at the Georges L. Dumont Regional Hospital from February 27, 2007 to April 19, 2007 and that, in a June 28, 2007 report, he responds to Ms. MacKenzie's counsel's request for an opinion on the link between, on the one hand, the October 19, 2002 accident and, on the other, the blackout-related ankle fractures in October 2006 and her depression and anxiety symptoms:

According to me, if the accident had not occurred in 2002, most likely all the conditions listed above – including the syncopes with injuries – would have not occurred as well.

Her depression and anxiety symptoms are the direct result of the accident, resulted in severe dysfunction with inability to continue her previously rewarding career, shortly followed by syncopes without any medical explanation despite comprehensive investigation. The evolution of the neurological symptoms has paralleled closely that of psychiatric symptoms, thus reinforcing the link between the

car accident-induced psychiatric picture and the eventual not otherwise explainable neurological breakdown.

[11] Not surprisingly, both Ms. MacKenzie's physical and mental conditions are matters in issue in the action. So is the existence of the requisite causal link between the accident of October 19, 2002 and any problems associated with those conditions.

[12] Ms. MacKenzie swears in her Affidavit of Documents that her counsel's letters to Dr. Hiltz, Dr. Steven and Dr. Marcotte relate to matters in issue in the action. That assertion stands unchallenged. She goes on to claim those letters are sheltered from production on the basis of "legal professional privilege".

[13] Rule 31.04(4) invests the court with the power to order production for inspection of documents generally or of any particular document in the possession or control of a party for which no valid privilege is claimed. In addition, the Rule allows for documentary inspection by the court to determine the validity of any privilege claim. In the Notice of Motion that gave rise to the decision under appeal, the appellants relied, *inter alia*, on that Rule as well as Rules 52.01(1) and 52.01(4). Production was sought on the following grounds:

1. [Ms. MacKenzie] is alleging that she was injured in a motor vehicle accident which occurred on October 19, 2002;
2. [She] is further alleging that as a result of injuries sustained in the motor vehicle accident of October 19, 2002, she suffered a black-out and fell on October 19, 2006, causing further injuries;
3. [Ms. MacKenzie] is alleging physical and psychological injuries and is claiming various heads of damages;
4. [She] has been seen, evaluated and tested by numerous medical practitioners.

[...]

5. Various medical practitioners, including [Dr.] Marcotte, Dr. Steven and Dr. Hiltz, have prepared reports or correspondences which are clearly in response to requests and questions put to them by [Ms. MacKenzie's] solicitor.
6. [She] has served Notices of Expert Witness for Dr. Marcotte, Dr. Steven and Dr. Hiltz who will be called to testify on her behalf at Trial.
7. The [appellants] have requested that [Ms. MacKenzie] provide copies of all correspondences from [her counsel] to Dr. Marcotte, Dr. Steven and Dr. Hiltz.
8. [She] refuses to provide those correspondences.
9. It would be extremely prejudicial to the [defence] to allow this matter to proceed to Trial, and to allow the various reports and correspondences from Dr. Marcotte, Dr. Steven and Dr. Hiltz to be entered into evidence without the full and complete database upon which these medical practitioners based their opinions having been provided to the [defence] beforehand.

[14] In his reasons for decision, the motion judge acknowledged the reports provided by Dr. Hiltz, Dr. Steven and Dr. Marcotte reference requests by Ms. MacKenzie's counsel for an initial report, an update or an opinion regarding the causal link between the motor vehicle accident of October 19, 2002 and the trauma, be it physical or mental, allegedly sustained by Ms. MacKenzie. At paragraphs 4-11 of his reasons for decision, the motion judge highlights the close connection between the contents of those reports and counsel's letters:

4 Dr. Marcotte's letter of June 28, 2007:

- "At your request, here's a report exposing my opinion regarding the potential link between the car accident Mrs. MacKenzie suffered in October 2002 and her recent medical problems."

5 Dr. Marcotte's email of December 18, 2007:

- "I must agree that people with conversion disorder, rarely fall and if they do, they are generally not injured, but we do see that scenario from our clinical experience."

6 Dr. Marcotte's email of December 19, 2007:

- "I don't feel honestly it will be of any help to bring some more confusing opinions in this very complex case.
- [...]
- Merry Xmas and feel free to write me back if you have any other question!"

7 Dr. Steven's letter of December 21, 2007:

- "I hope that this letter fulfills answers to the points raised in your letter of December 17, 2007."

8 Dr. Hiltz's letter of October 13, 2006:

- "She most certainly requires all the aforementioned (re your letter) modalities to aid her recovery."

9 Dr. Hiltz's letter of January 5, 2007:

- "Your final question is always a difficult one to answer. No physical cause has been found to attribute this spell', but just negative findings on testing mean little at times. Certainly somatic complaints have been a factor throughout all this course of disability and I would be comfortable stating that this certainly could be the cause of the fall fracturing her ankles."

10 Fax from Dr. Hiltz's office dated January 12, 2007:

- "Please fax me Pam at [phone number] for more info if needed. Not sure what you need."

11 Dr. Hiltz's letter dated January 18, 2007:

"I am not quite sure about what matter you want my opinion! I assume it concerns whether or not you feel the necessity for another neurology opinion. If such is the case,

then I cannot imagine how a further neurology opinion would help in this particular case."

[Emphasis in the original text.]

[15] The motion judge described the reports in question as "responding medical letters", before inferring that Ms. MacKenzie's solicitor's letters to them were requests for "opinions of certain aspects of the plaintiff's health and how her condition related to the accident". The motion judge went on to find that "[i]t would be helpful to the defence to have [production] of the plaintiff's solicitor's letters to the medical doctors". Despite those observations, and without addressing Rule 52.01(4), the motion judge dismissed the motion for production. He did so, on the authority of the following passage in a colleague's reasons for decision in *O'Neill v. Campbell*: "A party's solicitor should be able to communicate with expert witnesses in the preparation of a client's case without the requirement of disclosure of these communications upon request".

[16] The principal complaint articulated in the Notice of Appeal and the appellants' written and oral submissions is that the dismissal of their motion flows from: (1) an unwarranted reliance upon *O'Neill v. Campbell*; and (2) a failure to appreciate the nuances of modern jurisprudence on the subject of litigation privilege and waiver, including *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, [1999] S.C.J. No. 27 (QL) and *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, [2006] 2 S.C.R. 319, [2006] S.C.J. No. 39 (QL), 2006 SCC 39; and (3) a failure to give effect to Rule 52.01(4). The appellants contend the decision in *O'Neill v. Campbell* was shaped by a markedly different context and by judicial precedents that have since been fine-tuned or rejected. In particular, they point out that the decision in question followed the restrictive approach to waiver espoused in *Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103 (H.C.), [1989] O.J. No. 3161 (QL), and *Calvaruso v. Nantais et al.* (1992), 7 C.P.C. (3d) 254 (Ont. Gen. Div.), [1992] O.J. No. 345 (QL), which has been rejected in the oft-referenced case of *Browne (Litigation Guardian of) v. Lavery* (2002), 58 O.R. (3d) 49, [2002] O.J. No. 564 (QL). The respondent's answer, in a nutshell, is this: *O'Neill v. Campbell* remains good law in this Province.

[17] Following review of the Appellants' Submission and the Respondent's Submission, the Court requested additional input regarding the interpretation and application of Rule 52.01(4). Specifically, the Court invited further submissions on the following issues:

- (1) What is meant by the words "documents" and "other materials" in the context of Rule 52.01(4)? On what basis would a solicitor's letter to the expert not fall within "documents" or "other materials"?
- (2) What is meant by the term "based" in the follow-up phrase "on which the report is based"?
- (3) What debate did sub-rule (4) purport to settle?
- (4) Can a motion judge make a rational determination under Rule 52.01(4) without actually reviewing the controversial solicitor's letter?

[18] The parties' follow-up submissions have proven most helpful in determining the scope of Rule 52.01(4).

III. Legislative Provisions

[19] The relevant legislative provisions are attached as Appendix "A".

IV. Analysis and Decision

[20] As noted in my introductory remarks, *O'Neill v. Campbell* played a key role in shaping the outcome in the Court of Queen's Bench. Indeed, my sense is that the motion judge would have ordered production were it not for his conclusion that *O'Neill v. Campbell* ordained otherwise. I infer as much from the observations at paragraphs 14-15 of the decision under appeal:

The law in New Brunswick has not changed since the *O'Neill v. Campbell* (supra) decision. It is worth noting that

Master Dash reviewed the law in dealing with the same issue in *Suchan v. Casella et al.* [2006] O.T.C. 559; 81 O.R. (3d) 615 (Sup. Ct. Master), and at paragraph 36 states:

I am therefore of the view that at the discovery stage a solicitor's instructing letter to an expert should be produced only in circumstances where there is compelling evidence that the expert either relied on information in the instructing letter in formulating his conclusions (thus making the letter part of the expert's findings) or that the expert's report is in response to specific questions posed by the solicitor and the specific question is not disclosed in the report. Evidence that could lay the foundation for production would likely come from the report itself, but there is no reason it could not come from other evidence. Generally, if the expert sets out in his report all of the documentation supplied to him from counsel and there is no indication that the expert relied on any other information in counsel's letter, the letter will not be produced.

This decision seems to indicate that the law in Ontario may be moving towards disclosure of correspondence between solicitors and experts, however until our Court of Appeal considers this matter, the decision of *O'Neill v. Campbell* (supra) stands and this motion is dismissed with costs of \$350.00 to the plaintiff.

[21] In my respectful view, *O'Neill v. Campbell* was not dispositive of the appellants' motion and the judge in first instance committed a material error of law in coming to the opposite conclusion. As noted, the Court ordered production pursuant to Rule 62.21(1), which invests it with jurisdiction to make any order that ought to have been made in first instance. In the text that follows, I briefly explain why *O'Neill v. Campbell* has no application to the case at bar, before considering and applying Rule 52.01(4).

A. *O'Neill v. Campbell*

[22] *O'Neill v. Campbell* deals with the producibility of retaining counsel's letters to a medical examiner appointed under Rule 36 ("Medical Examination of Parties"). It does not address the producibility of counsel's letters to his or her client's healthcare providers when a copy of the responding reports is voluntarily turned over to an adverse party. Nor does it purport to speak to a situation, such as the one at hand, where the medical reports are served pursuant to Rule 52.01(1). Indeed, the judge who authored the decision in *O'Neill v. Campbell* later made the following observations in *Savoie v. Clark* (2006), 303 N.B.R. (2d) 90, [2006] N.B.J. No. 252 (QL), 2006 NBQB 143, at para. 4:

I see no obligation at law to provide material or data provided to such a witness prior to the time when the nature of the testimony is disclosed or the report is produced as required by the *Rules* and in any event at some reasonable time prior to trial. To provide a potential expert witness with material documentation prepared for the purpose of litigation should not be seen in itself as a waiver of any litigation privilege asserted on that documentation until notice is given that the expert witness will present evidence at trial.

[23] 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 *O'Neill v. Campbell*. 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, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Toronto: Butterworths, 1993), at p. 163:

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.

That is not to say that production of attendant communications might not be compellable for reasons unrelated to waiver.

B. *Rule 52.01*

[24] Under this heading, I propose to highlight a few features of the debate whose importance appears, at times, to have been underestimated, if not entirely overlooked, before turning to Rule 52.01(4). Those features are: (1) the nature of the discovery rights asserted; and (2) the kind of privilege claimed.

(1) The nature of the discovery rights the appellants seek to vindicate

[25] Documentary discovery, not oral discovery, is at issue. I have no doubt that the data in counsel's instructing letters are discoverable under Rule 32.06(3), which entitles a party to obtain informational discovery of any relevant "findings", opinions and conclusions of an expert consulted by the party being examined or his solicitor. In my view, the data in counsel's instructing letters constitute "findings". That is the case under Ontario's *Rules of Civil Procedure* (see Rule 31.06(3) and *Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792 (C.A.), [2006] O.J. No. 3716 (QL)) and I discern nothing in our *Rules of Court* that would persuasively argue in favor of the contrary view.

[26] That said, the debate here is over the producibility of documents, specifically the previously identified letters from counsel to medical practitioners, not the discoverability of their contents under Rule 32.06(3). It is axiomatic that a document may be privileged even though its contents are not (see *Canada Post Corp. v. Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc.*, [2008] N.B.J. No. 300 (QL), 2008 NBCA 54, para. 54, *Horodynsky Farms Inc. v. Zeneca Corp.* and *Llewellyn v. Carter*, [2008] P.E.I.J. No. 38

(QL), 2008 PESCAD 12, per McQuaid J.A. for the Court). In dealing with documentary discovery issues, courts must be alive to the fact that some judicial precedents, seemingly on point, pertain to informational discovery and are, accordingly, often the product of procedural rules that have little or no bearing on the debate at hand.

(2) The privilege in play

[27] The privilege asserted by Ms. MacKenzie is litigation privilege, not solicitor-client privilege. While there are instances in the record where she refers to the privilege claimed as that of solicitor-client, it is identified as a “legal professional privilege” in the critical document, namely her Affidavit of Documents. In this jurisdiction, the phrase “legal professional privilege” is commonly used as a descriptor of litigation privilege (see *Stamper (Next friend of) v. Finnigan* (1984) 57 N.B.R. (2d) 411, [1984] N.B.J. No. 65 (QL), paras. 27-28 and 36 and *Edgar v. Auld* (2000), 225 N.B.R. (2d) 71 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 69 (QL) at para. 11). But, even more tellingly, Ms. MacKenzie swears in her Affidavit of Documents that her counsel’s letters are privileged because they “came into existence, or were compiled after [the] litigation was contemplated or commenced and in view of such litigation, for the dominant purpose of obtaining and furnishing to [her] solicitors, evidence and information to enable them to conduct [the] action”. As is well known, the “dominant purpose” test informs the existence of litigation privilege and it is entirely foreign to the application of the solicitor-client privilege.

[28] There are significant differences between litigation privilege and solicitor-client privilege. In *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, at para. 28, Fish, J., who delivered the majority opinion, observed that the following excerpt from R.J. Sharpe, “Claiming Privilege in the Discovery Process”, in *Law in Transition: Evidence*, L.S.C.U. Special Lecture (Toronto: DeBoo, 1984) at pp. 164-65, explains “particularly well” those differences:

It is crucially important to distinguish litigation privilege from solicitor-client privilege. There are, I suggest, at least

three important differences between the two. First, solicitor-client privilege applies only to confidential communications between the client and his solicitor. Litigation privilege, on the other hand, applies to communications of a non-confidential nature between the solicitor and third parties and even includes material of a non-communicative nature. Secondly, solicitor-client privilege exists any time a client seeks legal advice from his solicitor whether or not litigation is involved. Litigation privilege, on the other hand, applies only in the context of litigation itself. *Thirdly, and most important, the rationale for solicitor-client privilege is very different from that which underlies litigation privilege.* This difference merits close attention. The interest which underlies the protection accorded communications between a client and a solicitor from disclosure is the interest of all citizens to have full and ready access to legal advice. If an individual cannot confide in a solicitor knowing that what is said will not be revealed, it will be difficult, if not impossible, for that individual to obtain proper candid legal advice.

Litigation privilege, on the other hand, is geared directly to the process of litigation. Its purpose is not explained adequately by the protection afforded lawyer-client communications deemed necessary to allow clients to obtain legal advice, the interest protected by solicitor-client privilege. Its purpose is more particularly related to the needs of the adversarial trial process. *Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate.* In other words, litigation privilege aims to facilitate a process (namely, the adversary process), while solicitor-client privilege aims to protect a relationship (namely, the confidential relationship between a lawyer and a client).

[Emphasis added.]

See, as well, *Lamey (litigation guardian of) v. Rice* (2000), 227 N.B.R. (2d) 295 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 271 (QL), per Larlee, J.A. for the Court at paragraphs 9-10.

[29] In *Edgar v. Auld*, at paragraph 13, Ryan, J.A., writing for the Court, adopted the rationale for litigation privilege set out in R.J. Sharpe, “Claiming Privilege in the Discovery Process” at 163:

Relating litigation privilege to the needs of the adversary process is necessary to arrive at an understanding of its content and effect. The effect of a rule of privilege is to shut out the truth, but the process which litigation privilege is aimed to protect – the adversary process – among other things, attempts to get at the truth. There are, then, competing interests to be considered when a claim of litigation privilege is asserted; *there is a need for a zone of privacy to facilitate adversarial preparation; there is also the need for disclosure to foster fair trial.*

[Emphasis added.]

Justice Ryan went on to observe, at paragraph 14, that the public interest is best served by confining the scope of litigation privilege. That is so because the privilege is an impediment to the truth finding process. In my view, the search for the truth is at the heart of the quest for justice according to law and a properly calibrated approach to waiver issues will be one that facilitates that quest. As will be seen, the right approach to the interpretation of Rule 52.01(4) is one that promotes its usefulness as a means of securing a just determination of the proceeding on its merits.

(3) Rule 52.01(4)

[30] Both sides agree that no other Canadian jurisdiction’s procedural rules feature a provision akin to Rule 52.01(4). It follows that foreign precedents, even those dealing with a situation similar to the one at bar, are relatively less influential than they otherwise would be.

[31] As noted, Ms. MacKenzie has served upon the appellants Notices of Intention pursuant to Rule 52.01(1). As a result, Rule 52.01(4) is engaged. Recall that it allows the Court to order production of “any records, documents or other materials” on which the expert’s report is based.

[32] Both sides agree the letters at issue are “documents” for the purposes of Rule 52.01(4). I concur and, if any authority were needed for that commonsensical

proposition, I would invoke *North American Life Insurance Co. v. Pitblado & Hoskins* (2002), 164 Man.R. (2d) 42 (Q.B.), [2002] M.J. No. 198 (QL) at para. 5. Therefore, the only outstanding interpretative question is whether the reports served pursuant to Rule 52.01(1) are “based” on the letters over which litigation privilege continues to be claimed.

[33] It is now well-settled that statutory interpretation “cannot be founded on the wording of the legislation alone” and that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL), at para 21). Rule 1.03(1) prescribes that, unless a contrary intention appears, the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13 applies to the *Rules of Court*. Section 17 of the *Interpretation Act* provides as follows:

17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.	17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.
--	---

Perhaps even more importantly, the word “based” stands to be interpreted in accordance with the dictates of Rule 1.03(2). Thus, it must be “liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits”.

[34] The word “based” can be interpreted narrowly or broadly. Of course, the context is all-important in making the correct choice. Thus, in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick Judicial Council*, [2002] 1 S.C.R. 249, [2002] S.C.J. No. 9 (QL), 2002 SCC 11, the Court settled upon a liberal interpretation of the words “based on” (in s. 6.11(4) of the *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21) and found them to mean “taken into account”. Simply put, the issue here is whether a narrow interpretation of the word “based” would, not only best ensure the attainment of Rule 52’s object, but also promote

“the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits”. Under a narrow interpretation of the quoted word, Rule 52.01(4) would only apply to records, documents or other materials providing the informational base actually relied on by the expert to produce his or her report, while under the broad or liberal interpretation, the word would encompass any record, document or other materials that had some bearing on the report’s contents.

[35] Rule 52 came into force on June 1, 1982, the day on which s. 23.1 and other ancillary provisions of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-11 were repealed. Prior to those legislative events, ss. 23.1(1) and (4) disallowed the testimony of an expert witness, without leave of the trial judge, unless: (1) the party intending to call him or her served upon every other party, not less than twenty days prior to the commencement of the trial, a copy of a report, signed by the expert, setting out his or her name, address and qualifications and the substance of his or her proposed testimony; and (2) a copy of that report was delivered to the trial judge with the pre-trial brief. If a report required under s. 23.1(1) had not been received and could not be obtained, the solicitor for the party intending to call the expert to give evidence could comply with s. 23.1(1) by preparing, signing and serving a report setting forth the nature of the evidence which he or she expected the expert to give. It, too, had to accompany the pre-trial brief delivered. Section 23.1 stood to be read with s. 50, which remains unchanged to this date. Under s. 50(1), an expert’s written report may be admissible “without producing the books or other writings on which the report [...] is based”. Section 50(2) provides that such a report is presumptively inadmissible unless a reasonable time before it is offered in evidence the adverse party has been afforded a reasonable opportunity to inspect and copy “any records or other documents in the offering party’s possession or control, on which the report or finding was based”.

[36] Plainly, there are important differences between the salient features of the scheme put in place by Rule 52 and the ones arising from the combined operation of ss. 23.1 and 50 of the *Evidence Act*. Just as plainly, the object of the legislative changes mentioned above was to enhance the opportunities of mounting at trial a competent

challenge of adverse expert opinions. I offer the following as a non-exhaustive list of telling modifications to the scheme: (1) service of the expert's report must now be effected "as soon as practicable and no later than the Motions day at which the trial date is set", which provides far greater advance notice than the 20-day timeframe specified previously; (2) a production order may now be obtained in advance of trial under Rule 52.01(4). That option was not available under s. 23.1 and, as the Court pointed out in *Stone v. Sharp*, [2008] N.B.J. No. 301 (QL), 2008 NBCA 55 at para. 30, s. 50 deals only with the admissibility of evidence at trial; (3) under Rule 52.01(4), a production order may issue in respect of, not only records and documents but, as well, "other materials". No mention of "other materials" is found in section 50(2) of the *Evidence Act*; and (4) the last-mentioned provision refers to inspection rights in respect of "any records or other documents in the offering party's possession or control on which the report or finding was based". Rule 52.01(4) is broader since it covers all records, documents and other materials on which the expert's report is based, whether or not they are in the possession or control of the party intending to call the author as an expert witness at trial. In my view, ascribing a narrow meaning to the word "based" found in Rule 52.01(4) would be inconsonant with its drafters' intention and the object of the legislative changes adopted in June of 1982. Furthermore, it would not be in synch with the object and scheme of the *Rules of Court* as a whole.

[37] As noted, Rule 1.03(2) calls for a liberal construction of each and every procedural rule, the objective being to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits. It is unarguably in society's best interest that all relevant evidence be available to the trial court, which, after all, is charged with ascertaining the truth, the central objective of judicial fact-finding. Pointless games of documentary "hide and seek" have no place in Rules-compliant litigation, which requires the fullest disclosure and production possible. Moreover, as Lord Hewart C.J. stated in *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259, justice must not only be done: it must be seen to be done. When documents relating to matters in issue in the action are hidden from the other parties, they can never be sure that full disclosure of their contents was provided through oral discovery or on cross-

examination at trial. There lingers, throughout the litigation and the trial and, indeed, well after judgment, the suspicion that the court's disposition might not be fully informed. The victim of this state of affairs is none other than respect for the judicial process and the proper administration of justice. Moreover, if Rule 52.01(4) were not interpreted liberally, further oral discovery of the withholding party and perhaps even discovery of the report's author might be required. Motions for leave under Rule 32.02(1) (further discovery of parties) and Rule 32.10 (discovery of non-parties) would likely become commonplace and, in the result, timely access to affordable justice would become an even more distant ideal than it currently is.

[38] In my view, the interpretation principles articulated in *Re Rizzo*, s. 17 of the *Interpretation Act* and Rule 1.03(2) combine to compel the conclusion that Rule 52.01(4) covers all records, documents or other materials that had some bearing on the contents of the expert's report. Each of those things is a foundational element since its influence is reflected in the finished product.

[39] Thus any instructing letter - whether or not it features assumptions of fact and/or law - from counsel to an expert whose report has been served pursuant to Rule 52.01(1) is caught by Rule 52.01(4). That is so because the court can safely assume the author has taken account of any such letter in preparing his or her report. To cut to the chase, a medical report that responds to a letter from counsel has taken it into account for the purposes of Rule 52.01(4) and its production should be automatic once Rule 52.01(1) is engaged. It follows that judicial inspection of counsel's letters should rarely, if ever, be required. Of course, if the court were to find the expert did not take any of counsel's letters into account, it could then be tasked with deciding whether, at common law, production of the report gave rise to a waiver of litigation privilege over those letters, and judicial inspection might then be required.

[40] Realistically, the letters at issue here can fall in only one or the other of the following categories: (1) routine letters requesting either a medical report or an update; and (2) instructing letters specifying the issues that need to be addressed on the basis of

one or more assumptions which may be either legal or factual, or both. One would think those assumptions might include: (1) the date of the event giving rise to the claim; (2) consequential injury to the claimant; (3) his or her prior medical condition; (4) where relevant, the wearing of a seat belt by the claimant, the nature and extent of damage to the motor vehicle in which he or she was an occupant, the speed of the vehicle or vehicles involved and the force of the impact; and (5) the difference between legal and medical causation. That none of the letters falls outside those two categories is the only inference to be drawn from: (1) Ms. MacKenzie's Affidavit of Documents where it is asserted the letters at issue were prepared for the dominant purpose of "obtaining and furnishing to [her] solicitors evidence and information"; and (2) the reports authored by the medical practitioners to whom counsel's letters are addressed. In that regard, I unhesitatingly accept the motion judge's finding that those reports respond to counsel's letters and purport to answer queries regarding Ms. MacKenzie's condition and its causal connection with the accident of October 19, 2002. In truth, I am attracted to the view that each report and the letter or letters to which it responds form a single composite document, so that production of the former requires production of the latter. However, as indicated, that issue need not be determined for our present purposes. Finally, I should add, for the sake of completeness, that there is not one iota of evidence suggesting that any part of the letters at issue might conceivably merit continued concealment on the ground of "opinion work product" (see Edna Selan Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 4th ed. (Chicago: Section of Litigation, American Bar Association, 2001) at 479-81), the sole argument against production being rooted in the authority of *O'Neill v. Campbell*.

[41] In my judgment, Ms. MacKenzie has not made the case in support of her claim of litigation privilege over counsel's routine letters. Indeed, when pressed on point, her counsel was at a loss to explain how upholding that claim could serve the "need for a zone of privacy to facilitate adversarial preparation" (see R.J. Sharpe, "Claiming Privilege in the Discovery Process" at 163). Search as I might, I, too, am at a loss to identify a basis in law for the privilege asserted. As for counsel's more substantive letters, it is my view that Rule 52.01(4) operates to make them producible. In the result, and as

indicated, I need not decide whether, at common law, production of the medical reports provided in response to counsel's letters operated as a waiver of any litigation privilege over the letters.

[42] Finally, I am convinced that fairness dictates the exercise of the Court's discretion in favor of production. On that point, suffice it to spotlight the following: (1) the appellants' motion was timely; (2) they face a complex and significant claim, and rightly seek access to all relevant documents in furtherance of their undoubted right to make full answer and defence; (3) as the motion judge found, the medical reports and the letters at issue are interconnected and full production would be helpful to the defence; (4) Ms. MacKenzie appears unconcerned with the fallout from production of the controversial letters. Indeed, prior to the hearing, she informed the Court, through the Registrar, of her willingness to provide the appellants with a copy of her counsel's letters in exchange for their forbearance of costs; and (5) concealment of relevant documents, whether legally justified or not, rarely helps in disposing of the action or in accelerating its progression. On that score, the Court's observations in *Kay v. Kay* (1999), 215 N.B.R. (2d) 291 (C.A.), [1999] N.B.J. 289 (QL), at para. 26 bear reiterating:

One of the beneficial by-products of full disclosure and production of relevant documents is that settlement efforts will not be stymied by what may be misinformed speculation with respect to the strength of the adverse party's case. [...]

See, as well, *Reilly v Paul*, (2006) 305 N.B.R. (2d) 146, [2006] N.B.J. 380 (QL), 2006 NBCA 84, at para. 20.

V. Conclusion and Disposition

[43] The claim of litigation privilege over routine letters from the respondent's counsel to her health care providers is bereft of merit. Insulating those letters from production would, in no way, serve the need for counsel to have a litigation-related zone of privacy. As for counsel's more substantive letters, they are producible pursuant to Rule

52.01(4) of the *Rules of Court*. Given the totality of the circumstances emerging from the record and described in the foregoing reasons for judgment, it would be unfair to the appellants if the Court exercised its discretion under Rule 52.01(4) against production.

[44] For the reasons fleshed out hereinabove, the Court allowed the appeal immediately after hearing counsel for both sides, set aside the decision rendered in the court below and ordered immediate production of the letters at issue. I would wrap up the proceedings by ordering the respondent to pay costs throughout, which I would fix at \$4,500.00.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Le présent appel soulève deux questions de procédure que notre Cour n'a encore jamais examinées. La première consiste à savoir s'il y a renonciation au privilège relatif au litige sur des lettres que l'avocat de la victime demanderesse a fait parvenir à des fournisseurs de soins lorsque les rapports médicaux que ces derniers ont préparés en réponse à ces lettres sont produits pour examen et reproduction. La deuxième consiste à savoir si les lettres sont susceptibles d'être produites, de toute façon, lorsque la règle 52.01 des *Règles de procédure* s'applique. La règle 52.01(1) dispose que la partie qui veut appeler un expert à témoigner au procès doit signifier à chacune des autres parties copie du rapport de l'expert signé par lui. La règle 52.01(4) qui, nous dit-on, n'existe qu'au Nouveau-Brunswick, confère à la Cour le pouvoir d'ordonner la production des « dossiers, documents ou autres articles sur lesquels se fonde le rapport ». Dans les motifs qui suivent, je conclus, premièrement, que les lettres d'usage ou courantes que l'avocat fait parvenir aux fournisseurs de soins de son client ou de sa cliente ne bénéficient pas de la protection du privilège relatif au litige; deuxièmement, qu'il faut effectuer une analyse libérale et téléologique pour interpréter la règle 52.01(4) et qu'ainsi interprétée et comprise, la règle englobe toutes les lettres autres que les lettres d'usage que les avocats ont fait parvenir en l'espèce et troisièmement, que l'équité exige leur production immédiate. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la première des deux questions pour trancher l'appel.

[2] Dans l'action sous-jacente, l'intimée, Barbara MacKenzie, sollicite une indemnité au titre du traumatisme et des pertes qu'elle attribue à une collision par l'arrière qui a eu lieu le 19 octobre 2002 et dont on avait prévu, à l'origine tout au moins, qu'ils seraient relativement bénins sur les plans à la fois médical et financier. En fait, dans l'exposé de la demande qu'elle a déposé quelques mois après l'accident,

M^{me} MacKenzie n'a explicitement mentionné aucun traumatisme psychologique et a dit de ses blessures imputables à l'accident qu'elles [TRADUCTION] « comprenaient notamment une lésion au dos et un coup de fouet cervical ». Toutefois, un profond changement est survenu lors du dépôt de l'exposé de sa demande modifié, le 9 septembre 2007.

[3] Dans ce document, M^{me} MacKenzie déclare qu'elle a eu [TRADUCTION] « des symptômes de dépression grave, de l'anxiété, des crises de panique et des symptômes psychologiques » par suite de ses blessures physiques imputables à l'accident. Elle prétend également que ces symptômes ont interagi avec ses blessures au point de la rendre incapable d'occuper [TRADUCTION] « tout emploi lucratif » et de l'empêcher [TRADUCTION] « d'accomplir les tâches de la vie quotidienne dont l'entretien ménager et les services utiles ». De plus, elle se plaint de ce que les troubles médicaux dont elle est atteinte par suite de l'accident [TRADUCTION] « l'obligeront à suivre un traitement pharmacologique, un traitement psychologique, des séances de physiothérapie, un traitement psychiatrique et d'autres traitements médicaux pour le reste de sa vie », avant de souligner que sa dépression a provoqué [TRADUCTION] « des déficits intellectuels touchant sa mémoire et sa concentration, déficits qui sont semblables à ceux causés par un traumatisme crânien fermé » ainsi que [TRADUCTION] « des pertes de connaissance inexplicables ». Du fait de ces pertes de connaissances, dit-elle, elle a fait des chutes dont la dernière a eu lieu en octobre 2006 et a causé des fractures aux deux chevilles. Ces blessures ont nécessité une intervention chirurgicale à la suite de laquelle elle a dû [TRADUCTION] « être hospitalisée et suivre des séances de réadaptation pendant une période prolongée ». M^{me} MacKenzie clôt la description de ses affections imputables à l'accident en prédisant qu'elle aura besoin de soins à domicile pour le reste de sa vie.

[4] Comme on pouvait s'y attendre, le dernier paragraphe de l'exposé de la demande modifié fait état d'une demande en dommages-intérêts généraux pour perte pécuniaire au titre des revenus, des services utiles et du coût des soins médicaux, psychologiques et psychiatriques en plus d'une demande correspondante en

dommages-intérêts particuliers. Les pertes futures sont basées sur une incapacité totale permanente imputable à l'influence combinée du traumatisme physique et du traumatisme psychologique que l'accident du 19 octobre 2002 a causé à M^{me} MacKenzie. La demande connexe de réparation prend fin sur une demande en recouvrement d'honoraires de gestion et des valeurs de majoration au titre de l'impôt sur le revenu.

[5] Il est évident que les prétentions apparemment assez simples formulées dans l'exposé de la demande initial se sont transformées en une demande très importante et complexe en vue d'obtenir des mesures réparatoires compensatoires. Corrélativement, la causalité – question dont le règlement dépend souvent des antécédents médicaux de la victime, de sa crédibilité et des opinions des médecins spécialistes consultés – s'est hissée au rang des questions déterminantes. Il devrait aller de soi que dans ces circonstances, on s'attendrait à ce que le défendeur se montre particulièrement zélé dans la conduite de son interrogatoire préalable de la victime demanderesse et en ce qui concerne la communication des documents de cette dernière. C'est précisément ainsi que les choses se passent en l'espèce.

[6] À mesure que le litige progressait, M^{me} MacKenzie a remis aux appelants des copies des rapports rédigés par les médecins qui l'ont examinée ou soignée pendant la période qui a suivi l'accident. Le procès étant imminent, elle a fait un pas de plus et a avisé les appelants de son intention de citer plusieurs de ces médecins comme témoins experts. Toutefois, M^{me} MacKenzie a refusé de produire pour examen les lettres de ses avocats à ces futurs témoins sous prétexte que ces lettres sont toujours protégées par le privilège relatif au litige.

[7] Face à cette position ferme, les appelants se sont adressés à la Cour du Banc de la Reine pour obtenir réparation et ont prétendu que M^{me} MacKenzie avait renoncé à tout privilège relatif au litige sur les lettres de ses avocats lorsqu'elle avait, en premier lieu, signifié une copie des rapports fournis par les médecins auxquels ces lettres étaient adressées et en deuxième lieu, donné un avis de son intention d'appeler ces médecins comme témoins experts au procès. Toutefois, la motion des appelants en vue

d'obtenir une ordonnance de production a été rejetée (voir la décision *MacKenzie c. Davis* (2008), 330 R.N.-B. (2^e) 198, [2008] A.N.-B. n^o 67 (QL), 2008 NBBR 83) en vertu de la décision *O'Neill c. Campbell* (1994), 159 R.N.-B. (2^e) 273, [1994] A.N.-B. n^o 560 (QL)). Le point capital de la thèse des appelants devant notre Cour est que cette dernière décision est de nature différente et que quoi qu'il en soit, elle ne constitue plus le droit applicable puisqu'elle a été écartée par une jurisprudence davantage favorable à la production.

[8] Tout de suite après que les parties eurent fait leurs observations orales, notre Cour a accueilli l'appel et a ordonné la production des lettres en question. Nous avons alors indiqué que des motifs seraient déposés sous peu. Voici ces motifs.

II. Le cadre contextuel

[9] Les documents controversés sont des lettres que les avocats de M^{me} MacKenzie ont fait parvenir au docteur D.W. Hiltz, à la docteure Margaret Steven et au docteur Patrick Marcotte. Voici la description qui est faite de ces lettres, qui sont marquées B-7, B-8, B-11 et B-13 à l'annexe « B » de l'affidavit des documents de M^{me} MacKenzie :

[TRADUCTION]

B-7 Différentes lettres de Maurice Bastarache [l'ancien avocat de M^{me} MacKenzie] au docteur D.W. Hiltz, datées des 24 octobre et 6 novembre 2002, du 26 mai, des 14 et 27 octobre et du 18 novembre 2003, du 12 janvier 2004, du 28 septembre 2005 et des 24 février et 23 mars 2006.

B-8 Des lettres de Maurice Bastarache à la docteure Margaret Steven datées des 8 et 23 septembre 2003.

B-11 Une lettre de Peter F. Blair [l'avocat actuel de M^{me} MacKenzie] au docteur Patrick Marcotte datée du 26 septembre 2006.

B-13 Une lettre de Peter F. Blair au docteur D.W. Hiltz datée du 26 septembre 2006.

[10] La D^{re} Steven est la gynécologue de M^{me} MacKenzie. Le docteur D.W. Hiltz a pris en charge les soins médicaux de M^{me} MacKenzie peu après l'accident. Le D^r Marcotte est devenu le psychiatre traitant de M^{me} MacKenzie après l'avoir évaluée, le 17 mars 2006, à la demande du D^r Hiltz. Je souligne en passant que M^{me} MacKenzie a été hospitalisée, sous les soins du D^r Marcotte, à l'hôpital régional, l'Hôpital D^r Georges L. Dumont, du 27 février au 19 avril 2007 et que dans un rapport daté du 28 juin 2007, celui-ci répond à la demande que lui a faite l'avocat de M^{me} MacKenzie afin qu'il lui fasse part de son opinion sur le lien entre, d'une part, l'accident du 19 octobre 2002 et, d'autre part, les fractures aux chevilles survenues lors d'une perte de connaissance, en octobre 2006, ainsi que la dépression et les symptômes d'anxiété de sa patiente :

[TRADUCTION]

Selon moi, si l'accident n'avait pas eu lieu en 2002, il est fort probable que toutes les affections susmentionnées – y compris les syncopes accompagnées de blessures – ne seraient pas apparues non plus.

Sa dépression et ses symptômes d'anxiété sont le résultat direct de l'accident, lequel a entraîné un grave dysfonctionnement ainsi qu'une incapacité à poursuivre sa carrière jusque-là fructueuse, bientôt suivis de syncopes qui n'ont aucune explication médicale malgré des examens approfondis. L'évolution des symptômes neurologiques est exactement parallèle à celle des symptômes psychiatriques, ce qui renforce l'existence d'un lien entre le tableau psychiatrique imputable à l'accident de voiture et les éventuels troubles neurologiques qu'il est impossible d'expliquer autrement.

[11] Comme il fallait s'y attendre, les affections à la fois physiques et mentales de M^{me} MacKenzie sont des questions en litige dans l'action. L'existence du lien de causalité voulu entre l'accident du 19 octobre 2002 et les problèmes susceptibles de découler de ces affections l'est aussi.

[12] Dans son affidavit des documents, M^{me} MacKenzie jure que les lettres que ses avocats ont fait parvenir au D^r Hiltz, à la D^{re} Steven et au D^r Marcotte se rapportent à des questions en litige dans l'action. Cette assertion n'a pas été contestée. Elle prétend

ensuite que ces lettres n'ont pas à être produites en raison du privilège qu'elle nomme « legal professional privilege ».

[13] La règle 31.04(4) confère à la Cour le pouvoir d'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 valide n'a été revendiqué. De plus, si un privilège est revendiqué, cette règle autorise la Cour à examiner les documents en question afin de décider si la revendication est justifiée. Dans l'avis de motion qui a donné lieu à la décision qui fait l'objet du présent appel, les appelants ont notamment invoqué cette règle ainsi que les règles 52.01(1) et 52.01(4). La production a été sollicitée pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

1. [M^{me} MacKenzie] prétend qu'elle a été blessée dans un accident de véhicule à moteur qui s'est produit le 19 octobre 2002.
2. [Elle] prétend également que par suite des blessures qu'elle a subies dans l'accident de véhicule à moteur du 19 octobre 2002, elle a perdu connaissance et est tombée le 19 octobre 2006, subissant ainsi d'autres blessures.
3. [M^{me} MacKenzie] prétend avoir subi un préjudice physique et psychologique et elle sollicite des dommages-intérêts fondés sur différentes catégories de dommages.
4. [Elle] a été vue, évaluée et examinée par de nombreux médecins.

[...]

5. Différents médecins, dont [le D^r] Marcotte, la D^{re} Steven et le D^r Hiltz, ont préparé des rapports ou rédigé des lettres qui sont manifestement des réponses à des demandes qui leur ont été faites et à des questions qui leur ont été posées par les avocats de [M^{me} MacKenzie].

6. [Elle] a signifié des avis d'intention de convoquer, à titre de témoins experts, le D^r Marcotte, la D^{re} Steven et le D^r Hiltz qui seront appelés à témoigner pour son compte au procès.
7. Les [appelants] ont demandé à [M^{me} MacKenzie] de leur fournir des copies de toutes les lettres que [ses avocats] ont fait parvenir au D^r Marcotte, à la D^{re} Steven et au D^r Hiltz.
8. [Elle] refuse de fournir les lettres en question.
9. Il serait extrêmement préjudiciable à la [défense] que l'affaire puisse être instruite et que les différents rapports et lettres du D^r Marcotte, de la D^{re} Steven et du D^r Hiltz soient déposés en preuve sans que les bases de données intégrales sur lesquelles ces médecins ont fondé leurs opinions aient d'abord été fournies à la défense.

[14] Dans ses motifs de décision, le juge saisi de la motion a reconnu que les rapports du D^r Hiltz, de la D^{re} Steven et du D^r Marcotte font état des demandes que leur ont faites les avocats de M^{me} MacKenzie en vue d'obtenir un rapport initial, une mise à jour ou une opinion concernant le lien de causalité entre l'accident de véhicule à moteur qui a eu lieu le 19 octobre 2002 et le traumatisme, qu'il soit physique ou psychique, qu'aurait subi M^{me} MacKenzie. Aux paragraphes 4 à 11 de ses motifs de décision, le juge saisi de la motion met en lumière le lien étroit qui existe entre le contenu de ces rapports et les lettres des avocats :

[TRADUCTION]

4 La lettre du D^r Marcotte datée du 28 juin 2007 :

[TRADUCTION] À votre demande, voici un rapport énonçant mon opinion sur le lien potentiel entre l'accident de voiture que M^{me} Mackenzie a subi en octobre 2002 et ses problèmes médicaux récents.

6 Le courriel du D^r Marcotte daté du 18 décembre 2007 :

[TRADUCTION] Je dois convenir que les personnes souffrant d'un trouble de conversion tombent rarement et si elles tombent, elles ne se blessent habituellement

pas, mais nous voyons effectivement ce genre de situation dans le cadre de notre expérience clinique.

- 6 Le courriel du D^f Marcotte daté du 19 décembre 2007 :

[TRADUCTION] Honnêtement, j'estime que le fait d'avancer d'autres opinions déroutantes ne sera d'aucune aide dans cette affaire très complexe.

[...]

Joyeux Noël et n'hésitez pas à me récrire si vous avez d'autres questions!

- 7 La lettre de la D^{re} Steven datée du 21 décembre 2007 :

[TRADUCTION] J'espère que la présente lettre répond aux questions que vous avez soulevées dans votre lettre du 17 décembre 2007.

- 8 La lettre du D^f Hiltz datée du 13 octobre 2006 :

[TRADUCTION] Elle a très certainement besoin de toutes les modalités qui précèdent (en ce qui concerne votre lettre) pour faciliter son rétablissement.

- 9 La lettre du D^f Hiltz datée du 5 janvier 2007 :

[TRADUCTION] Votre dernière question est une question à laquelle il est toujours difficile de répondre. Aucune cause physique de cet « épisode » n'a été trouvée, mais, pris isolément, les résultats de test négatifs ne veulent pas dire grand-chose parfois. Il est certain que les plaintes somatiques ont été un facteur pendant toute la période où elle a été frappée d'incapacité et je peux dire sans hésitation que cela pourrait certainement être la cause de sa chute où elle s'est fracturé les chevilles.

- 10 La télécopie du bureau du D^f Hiltz, datée du 12 janvier 2007 :

[TRADUCTION] Si vous désirez plus de renseignements, veuillez m'envoyer vos questions par télécopieur : Pam, au [numéro de téléphone]. Je ne sais pas très bien ce que vous voulez.

12 La lettre du D^f Hiltz datée du 18 janvier 2007 :

[TRADUCTION] Je ne sais pas tout à fait sur quel sujet vous voulez mon opinion! Je présume que cela a trait à la question de savoir si vous estimez qu'une autre opinion d'un neurologue est nécessaire. Si tel est le cas, je ne peux pas imaginer comment une autre opinion d'un neurologue pourrait être utile dans ce cas particulier.

[C'est le juge saisi de la motion qui souligne.]

[15] Le juge saisi de la motion a employé l'expression [TRADUCTION] « réponses des médecins » pour décrire les rapports en question, avant d'inférer que si l'avocat de M^{me} MacKenzie leur avait fait parvenir ces lettres, c'était afin de leur demander [TRADUCTION] « des opinions sur certains aspects de la santé de la demanderesse et [de] savoir comment sa condition était liée à l'accident ». Le juge saisi de la motion a ensuite conclu que [TRADUCTION] « [l]a [production] des lettres que l'avocat de la demanderesse a envoyées aux médecins serait utile à la défense ». Malgré ces observations et sans examiner la règle 52.01(4), le juge saisi de la motion a rejeté la motion en vue d'obtenir la production. Il l'a fait en s'appuyant sur le passage suivant des motifs de jugement d'un de ses collègues dans l'affaire *O'Neill c. Campbell* : [TRADUCTION] « En préparant la cause de son client, l'avocat d'une partie devrait pouvoir communiquer avec des témoins experts sans qu'il ait à divulguer le contenu de ces communications sur demande ».

[16] La principale doléance énoncée dans l'avis d'appel ainsi que dans le mémoire et les observations orales des appelants est que le rejet de leur motion découle : (1) du recours injustifié à la décision *O'Neill c. Campbell*, (2) d'une insensibilité aux nuances de la jurisprudence moderne sur le sujet du privilège relatif au litige et de la renonciation, y compris les arrêts *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, [1999]

A.C.S. n° 27 (QL) et *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2006] 2 R.C.S. 319, [2006] A.C.S. n° 39 (QL), 2006 CSC 39, et (3) de l'omission de donner effet à la règle 52.01(4). Les appelants prétendent que la décision *O'Neill c. Campbell* a été modelée par un contexte profondément différent et par des précédents jurisprudentiels qui ont, depuis, fait l'objet de précisions ou été rejetés. Plus précisément, ils soulignent que la décision en question a suivi la position restrictive en matière de renonciation qui avait été adoptée dans les décisions *Bell Canada c. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103 (H.C.), [1989] O.J. No. 3161 (QL), et *Calvaruso c. Nantais* (1992), 7 C.P.C. (3d) 254 (Div. gén. Ont.), [1992] O.J. No. 345 (QL), et qui a été rejetée dans la décision *Browne (Litigation Guardian of) c. Lavery* (2002), 58 O.R. (3d) 49, [2002] O.J. No. 564 (QL), souvent citée. La réponse de l'intimée est, en bref, la suivante : *O'Neill c. Campbell* constitue toujours le droit applicable dans notre province.

[17] Après avoir examiné le mémoire des appelants et celui de l'intimée, la Cour a sollicité des observations additionnelles concernant l'interprétation et l'application de la règle 52.01(4). Plus précisément, la Cour a invité les parties à lui présenter d'autres observations sur les questions suivantes :

[TRADUCTION]

- (5) Qu'entend-on par le mot « documents » et l'expression « autres articles » dans le contexte de la règle 52.01(4)? Pour quelles raisons la lettre d'un avocat à l'expert ne relèverait-elle pas du mot « documents » ou de l'expression « autres articles »?
- (6) Qu'entend-on par l'expression « se fonde » dans la proposition complémentaire « sur lesquels se fonde le rapport »?
- (7) Quel débat le paragraphe (4) de cette règle visait-il à régler?
- (8) Le juge saisi d'une motion peut-il prendre une décision rationnelle en vertu de la règle 52.01(4) sans réellement examiner la lettre controversée de l'avocat?

[18] Les observations que les parties ont présentées en réponse à ces questions se sont révélées des plus utiles aux fins de déterminer la portée de la règle 52.01(4).

III. Les dispositions législatives

[19] Les dispositions législatives pertinentes sont jointes à l'Annexe « A ».

IV. Analyse et décision

[20] Comme je l'ai souligné dans mes remarques introductives, la décision *O'Neill c. Campbell* a influencé d'une façon fondamentale l'issue de l'affaire devant la Cour du Banc de la Reine. D'ailleurs, j'ai le sentiment que le juge saisi de la motion aurait ordonné la production n'eût été sa conclusion selon laquelle la décision *O'Neill c. Campbell* prescrivait le contraire. C'est ce que j'infère des observations formulées aux paragraphes 14 et 15 de la décision qui fait l'objet du présent appel :

[TRADUCTION]

Le droit au Nouveau-Brunswick n'a pas changé depuis l'affaire *O'Neill c. Campbell* (précitée). Il vaut la peine de souligner que le conseiller-maître Dash a examiné le droit portant sur la même question dans l'arrêt *Suchan c. Casella et al.*, [2006] O.T.C. 559, 81 O.R. (3d) 615 (Prot. C.S.), et il déclare ce qui suit, au paragraphe 36:

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis que, à l'étape de la communication des documents, une lettre d'instructions d'un avocat à un expert ne devrait être produite que dans des circonstances où il existe des éléments de preuve convaincants établissant que soit l'expert s'est fondé sur l'information fournie dans la lettre d'instructions pour formuler ses conclusions (la lettre faisant de ce fait partie des conclusions de l'expert) soit le rapport de l'expert a été rédigé pour répondre aux questions précises que l'avocat a posées et ces questions ne sont pas divulguées dans le rapport. Les éléments qui pourraient établir les fondements de la production des documents en question proviendraient probablement du rapport même, mais il n'y a

aucune raison pour qu'ils ne puissent pas provenir d'une autre preuve. En général, si l'expert présente dans son rapport toute la documentation que lui a fournie l'avocat et si rien n'indique que l'expert s'est fondé sur un autre renseignement dans la lettre de l'avocat, la lettre ne sera pas produite.

Cette décision semble indiquer que le droit en Ontario évolue vers la divulgation de la correspondance échangée entre les avocats et les experts; toutefois, tant que notre Cour d'appel n'aura pas examiné la question, l'affaire *O'Neill c. Campbell* (précitée) fera jurisprudence, et la présente motion est rejetée avec dépens de 350 \$ payables à la demanderesse.

[21] Je suis respectueusement d'avis que la décision *O'Neill c. Campbell* n'était pas déterminante aux fins de trancher la motion des appelants et le juge de première instance a commis une erreur de droit importante en arrivant à la conclusion contraire. Comme je l'ai souligné, notre Cour a ordonné la production conformément à la règle 62.21(1), laquelle lui confère le pouvoir de rendre toute ordonnance qui aurait dû être rendue en première instance. Dans le texte qui suit, j'explique brièvement pourquoi la décision *O'Neill c. Campbell* ne s'applique pas en l'espèce avant d'examiner et d'appliquer la règle 52.01(4).

A. *O'Neill c. Campbell*

[22] La décision *O'Neill c. Campbell* porte sur la question de savoir si les lettres d'un avocat à un médecin examinateur nommé sous le régime de la règle 36 (« Examen médical des parties ») et dont les services avaient été retenus par ce même avocat sont susceptibles d'être produites. On n'y examine pas la question de savoir si les lettres que l'avocat a fait parvenir aux personnes qui ont soigné son client sont susceptibles d'être produites lorsqu'une copie des rapports que ces dernières ont préparés en réponse à ces lettres est volontairement remise à la partie adverse. Cette décision ne prétend pas non plus examiner une situation, comme celle qui nous occupe en l'espèce, où les rapports médicaux sont signifiés conformément à la règle 52.01(1). D'ailleurs, le juge qui a rédigé la décision rendue dans l'affaire *O'Neill c. Campbell* a plus tard fait les

observations suivantes dans la décision *Savoie c. Clark* (2006), 303 R.N.-B. (2^e) 90, [2006] A.N.-B. n^o 252 (QL), 2006 NBBR 143, au par. 4 :

[TRADUCTION] À mon avis, une partie n'est pas tenue en droit de produire les documents ou données fournis à un tel témoin avant la divulgation de la nature du témoignage ou la production du rapport établi en conformité avec les *Règles* et, de toute façon, elle n'aurait à le faire que dans un délai raisonnable avant le procès. Fournir à un éventuel témoin expert des documents préparés en vue du procès ne devrait pas être considéré en soi comme une renonciation au privilège relatif au litige qui est revendiqué à l'égard de ces documents avant la remise d'un avis signalant que le témoin expert témoignera au procès.

[23] 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 *O'Neill c. Campbell*. 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 *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Toronto : Butterworths, 1993), à la page 163 :

[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.

Cela ne veut pas dire qu'une partie ne pourrait être contraignable à produire des communications connexes pour des raisons sans rapport avec la renonciation.

B. *La règle 52.01*

[24] Sous cette rubrique, j'ai l'intention de mettre en lumière certains éléments du débat dont l'importance semble, parfois, avoir été sous-estimée sinon entièrement occultée, avant de me pencher sur la règle 52.01(4). Ces éléments sont, en premier lieu, la nature des droits à la communication qui sont revendiqués et en second lieu, le genre de privilège qui est revendiqué.

(1) La nature des droits à la communication que les appelants font valoir

[25] C'est la communication de documents, non pas l'interrogatoire préalable, qui est en litige en l'espèce. Il ne fait aucun doute à mes yeux que les renseignements contenus dans les lettres d'instructions de l'avocat sont susceptibles d'être communiqués en vertu de la règle 32.06(3), laquelle autorise une partie à obtenir la communication des « constatations », opinions et conclusions de l'expert consulté par la partie interrogée ou par son avocat. J'estime que les renseignements contenus dans les lettres d'instructions d'un avocat sont des « constatations » [*findings*, en anglais]. C'est le cas en vertu des *Règles de procédure civile* de l'Ontario (voir la règle 31.06(3) ainsi que de l'arrêt *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792 (C.A.), [2006] O.J. No. 3716 (QL)), et je ne vois rien dans nos *Règles de procédure* qui militerait, d'une manière persuasive, en faveur de l'opinion contraire.

[26] Cela dit, le débat qui nous occupe ici ressortit à la question de savoir si certains documents, savoir, plus précisément, les lettres susmentionnées que les avocats ont fait parvenir aux médecins, sont susceptibles d'être produits, pas à celle de savoir si leur contenu est susceptible d'être communiqué en vertu de la règle 32.06(3). Il va sans dire qu'un document peut être privilégié même si son contenu ne l'est pas (voir les arrêts *Société canadienne des postes c. Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc.*, [2008] A.N.-B. n° 300 (QL), 2008 NBCA 54, au par. 54, *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.* et *Llewellyn c. Carter*, [2008] P.E.I.J. No. 38 (QL), 2008 PESCAD 12, le juge d'appel

McQuaid qui rendait jugement au nom de la Cour). Lorsqu'ils sont saisis de questions ressortissant à la communication de documents, les tribunaux doivent être conscients du fait que certains précédents jurisprudentiels, qui semblent pertinents, concernent la communication de renseignements et sont donc, souvent, le produit de règles de procédure qui n'ont que peu ou pas d'incidence sur le débat qui les occupe.

(2) Le privilège invoqué

[27] Le privilège que revendique M^{me} MacKenzie est le privilège relatif au litige, pas le privilège du secret professionnel de l'avocat. Bien qu'il y ait des endroits, dans le dossier, où elle qualifie le privilège revendiqué de privilège du secret professionnel de l'avocat, ce privilège est appelé « legal professional privilege » dans le document crucial, savoir son affidavit des documents. Dans notre ressort, cette expression est couramment employée pour décrire le privilège relatif au litige (voir la décision *Stamper c. Finnigan et al.* (1984), 57 R.N.-B. (2^e) 411, [1984] A.N.-B. n^o 65 (QL), aux par. 27 et 28, et l'arrêt *Edgar c. Auld* (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 71 (C.A.), [2000] A.N.-B. n^o 69 (QL) au par. 11). Chose encore plus révélatrice, M^{me} MacKenzie jure dans son affidavit des documents que les lettres de ses avocats sont privilégiées parce qu'elles [TRADUCTION] « ont vu le jour ou ont été réunies après que [le] litige a été envisagé ou engagé et en vue de ce litige, dans le but principal ou dominant d'obtenir et de fournir à [ses] avocats des éléments de preuve et des renseignements leur permettant de mener [l']action ». Comme chacun le sait, le « critère de la fin dominante » constitue la base de l'existence du privilège relatif au litige et il est tout à fait étranger à l'application du privilège du secret professionnel de l'avocat.

[28] Il y a d'importantes différences entre le privilège relatif au litige et le privilège du secret professionnel de l'avocat. Dans l'arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, au par. 28, le juge Fish, qui a rendu l'opinion de la majorité, a fait observer que dans l'extrait suivant de son article intitulé « Claiming Privilege in the Discovery Process », publié dans *Law in Transition: Evidence, Special Lectures of the Law Society*

of *Upper Canada* (Toronto : DeBoo, 1984), R.J. Sharpe explique « particulièrement bien » ces différences :

[TRADUCTION] Il est crucial de faire la distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat. Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux. Premièrement, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique qu'aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif au litige, en revanche, s'applique aux communications à caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l'avocat existe chaque fois qu'un client consulte son avocat, que ce soit à propos d'un litige ou non. Le privilège relatif au litige, en revanche, ne s'applique que dans le contexte du litige lui-même. *Troisièmement, et c'est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l'avocat est très différent de celui du privilège relatif au litige.* Cette différence mérite qu'on s'y arrête. L'intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l'intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un avocat. Si une personne ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu'elle lui confie ne sera pas révélé, il lui sera difficile, voire impossible, d'obtenir en toute franchise des conseils juridiques judicieux.

Le privilège relatif au litige, en revanche, est adapté directement au processus du litige. Son but ne s'explique pas valablement par la nécessité de protéger les communications entre un avocat et son client pour permettre au client d'obtenir des conseils juridiques, soit l'intérêt que protège le secret professionnel de l'avocat. Son objet se rattache plus particulièrement aux besoins du processus du procès contradictoire. *Le privilège relatif au litige est basé sur le besoin d'une zone protégée destinée à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire.* Autrement dit, le privilège relatif au litige vise à faciliter un processus (le processus contradictoire), tandis que le secret

professionnel de l'avocat vise à protéger une relation (la relation de confiance entre un avocat et son client).

[L'italique est de moi.]

Voir aussi l'arrêt *Lamey c. Rice* (2000), 227 R.N.-B. (2^e) 295 (C.A.), [2000] A.N.-B. n° 271 (QL), la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour, aux paragraphes 9 et 10.

[29] Au paragraphe 13 de l'arrêt *Edgar c. Auld*, le juge d'appel Ryan, qui s'exprimait au nom de la Cour, a souscrit à la raison d'être du privilège relatif au litige qui a été énoncée dans l'article de R.J. Sharpe, intitulé « Claiming Privilege in the Discovery Process », à la page 163 :

Il est nécessaire de lier le privilège relatif à un litige aux besoins du processus contradictoire pour en comprendre le contenu et l'effet. Une règle de privilège a pour effet de taire la vérité, mais le processus que le privilège relatif à un litige vise à protéger – le processus contradictoire – cherche, entre autres choses, à faire ressortir la vérité. Il existe donc des intérêts contraires dont il faut tenir compte lorsqu'un privilège relatif à un litige est revendiqué; *il doit y avoir une zone de protection des renseignements personnels afin de faciliter la préparation contradictoire; il existe également un besoin de divulgation visant à favoriser la tenue d'un procès équitable.*

[L'italique est de moi.]

Le juge Ryan a ensuite fait observer, au paragraphe 14, que l'intérêt public est mieux servi si l'on restreint l'étendue du privilège relatif au litige. Il en est ainsi parce que ce privilège est un obstacle au processus d'établissement de la vérité. À mon avis, la recherche de la vérité est au cœur même de la quête d'une justice conforme aux règles de droit et la démarche qui sera retenue aux fins d'aborder les questions de renonciation devra, si l'on veut qu'elle soit convenablement équilibrée, faciliter cette quête. Comme nous le verrons, la bonne manière d'envisager l'interprétation de la règle 52.01(4) est celle qui met en valeur l'utilité de cette règle comme moyen d'assurer la solution équitable de l'instance sur le fond.

(3) La règle 52.01(4)

[30] Les deux parties reconnaissent qu'il n'existe, dans les règles de procédure en vigueur dans les autres ressorts au Canada, aucune disposition semblable à la règle 52.01(4). Il s'ensuit que les précédents étrangers, même ceux se rapportant à une situation semblable à celle qui nous occupe en l'espèce, ont une influence relativement moindre qu'ils n'en auraient autrement.

[31] Comme nous l'avons vu, M^{me} MacKenzie a signifié des avis d'intention aux appelants conformément à la règle 52.01(1). Il s'ensuit que la règle 52.01(4) s'applique. On se rappellera que cette règle autorise la Cour à ordonner la production « des dossiers, documents ou autres articles » sur lesquels se fonde le rapport.

[32] Les deux parties s'entendent sur le fait que les lettres en question sont des « documents » aux fins de la règle 52.01(4). Je suis d'accord avec elles et pour le cas où cette proposition fondée sur le bon sens aurait besoin d'être étayée par des précédents, j'invoquerais la décision *North American Life Assurance Co. c. Pitblado & Hoskins* (2002), 164 Man.R. (2d) 42 (C.B.R.), [2002] M.J. No. 198 (QL), au par. 5. Par conséquent, la seule question d'interprétation qui reste est celle de savoir si les rapports qui ont été signifiés conformément à la règle 52.01(1) « se fondent » sur les lettres à l'égard desquelles un privilège relatif au litige est toujours revendiqué.

[33] Il est maintenant bien établi que l'interprétation législative « ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » et qu'il « faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL), au par. 21). La règle 1.03(1) prescrit qu'à moins que le contexte n'indique une intention contraire, la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13 s'applique aux *Règles de procédure*. L'article 17 de la *Loi d'interprétation* est ainsi rédigé :

17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Ce qui est sans doute plus important encore, les mots « se fonde » doivent être interprétés conformément aux préceptes énoncés à la règle 1.03(2). Ils doivent donc « 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 ».

[34] L'expression « se fonde » peut être interprétée d'une façon étroite ou d'une façon libérale. Il va sans dire que le contexte est primordial lorsqu'il s'agit de faire le bon choix. Ainsi, dans l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, [2002] A.C.S. n° 9 (QL), 2002 CSC 11, la Cour a retenu une interprétation libérale de l'expression « en se fondant sur » (employée au par. 6.11(4) de la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21) et a conclu qu'elle signifiait « en tenant compte de ». Formulée simplement, la question qui se pose en l'espèce consiste à savoir si une interprétation restrictive de l'expression « se fonde » non seulement serait la plus propre à assurer la réalisation de l'objet de la règle 52, mais favoriserait aussi « la solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive ». Selon une interprétation étroite de l'expression citée, « se fonde », la règle 52.01(4) ne s'appliquerait qu'aux dossiers, documents ou autres articles contenant les renseignements sur lesquels l'expert s'est réellement appuyé pour produire son rapport, alors que suivant l'interprétation large ou libérale, cette expression engloberait tous les dossiers, documents ou autres articles qui ont eu une certaine incidence sur le contenu du rapport.

[35] La règle 52 est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1982, soit le jour où l'art. 23.1 et d'autres dispositions connexes de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11 ont été abrogées. Avant ces événements législatifs, les par. 23.1(1) et (4) interdisaient le témoignage d'un témoin expert sans la permission du juge du procès, sauf si : (1) la partie

qui avait l'intention de le faire comparaître signifiait à chaque autre partie à l'action, au moins vingt jours avant le commencement du procès, une copie d'un rapport signé par l'expert, indiquant son nom, son adresse, ses compétences et le résumé de la déposition qu'il se proposait de faire et (2) une copie de ce rapport avait été remise au juge du procès avec le mémoire préparatoire au procès. Si un rapport exigé en vertu du par. 23.1(1) n'avait pas été reçu et ne pouvait être obtenu, l'avocat de la partie qui avait l'intention de faire comparaître l'expert afin qu'il témoigne pouvait se conformer au par. 23.1(1) en préparant, signant et signifiant un rapport indiquant la nature du témoignage qu'il attendait de l'expert. Ce rapport devait, lui aussi, accompagner le mémoire préparatoire au procès qui était déposé. L'article 23.1 devait être lu à la lumière de l'art. 50. lequel reste inchangé à ce jour. Aux termes du par. 50(1), le rapport écrit d'un expert peut être admis « sans produire les livres ou autres écrits sur lesquels le rapport [...] [est] fondé[...] ». Le paragraphe 50(2) dispose que ce rapport est réputé ne pas être admissible à moins que, dans un délai raisonnable avant de le produire, la partie qui entend le produire n'ait donné à la partie adverse l'occasion raisonnable d'examiner et de copier « les registres ou autres documents qui sont en sa possession ou sous sa surveillance et sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations ».

[36] Il est manifeste qu'il existe des différences importantes entre les principaux éléments du régime mis en place par la règle 52 et ceux découlant de l'application combinée des art. 23.1 et 50 de la *Loi sur la preuve*. Il est tout aussi évident que les modifications législatives susmentionnées avaient pour objet d'accroître la possibilité d'effectuer, au procès, une contestation éclairée des opinions des experts de la partie adverse. Je propose la liste suivante, qui n'est pas exhaustive, des modifications significatives apportées au régime : (1) la signification du rapport de l'expert doit maintenant se faire « aussitôt que possible et au plus tard le jour de la séance des motions où la date du procès sera fixée », ce qui constitue un préavis beaucoup plus long que le délai de vingt jours qui était autrefois précisé; (2) une ordonnance de production peut maintenant être obtenue avant le procès, en vertu de la règle 52.01(4). Cette possibilité n'existait pas en vertu de l'art. 23.1 et comme la Cour l'a souligné au par. 30 de l'arrêt *Stone c. Sharp*, [2008] A.N.-B. n° 301 (QL), 2008 NBCA 55, l'art. 50 traite uniquement

de l'admissibilité de la preuve au procès; (3) en vertu de la règle 52.01(4), une ordonnance de production peut être rendue en ce qui concerne non seulement des dossiers et des documents, mais aussi d'« autres articles ». On ne trouve aucune mention des « autres articles » au par. 50(2) de la *Loi sur la preuve*; et (4) cette dernière disposition énonce le droit d'examiner « les registres ou autres documents qui sont en [l]a possession ou sous [l]a surveillance [de la partie qui entend les produire] et sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations ». La règle 52.01(4) a une portée plus large puisqu'elle englobe tous les dossiers, documents et autres articles sur lesquels se fonde le rapport de l'expert, qu'ils soient ou non en la possession ou sous la surveillance de la partie qui entend appeler l'auteur du rapport comme témoin expert au procès. J'estime qu'il serait contraire à l'intention des rédacteurs de la règle 52.01(4) et à l'objet des modifications législatives adoptée en juin 1982 de donner un sens étroit à l'expression « se fonde » que l'on trouve à cette règle. De plus, ce sens ne s'accorderait pas avec l'objet et l'esprit des *Règles de procédure* dans leur ensemble.

[37] Comme nous l'avons souligné, la règle 1.03(2) prescrit une interprétation libérale de chaque règle de procédure, l'objectif étant d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. Il est sans conteste dans l'intérêt supérieur de la société que tous les éléments de preuve pertinents soient mis à la disposition du tribunal de première instance, auquel, après tout, incombe la responsabilité d'établir la vérité, ce qui est l'objectif premier du processus d'instruction judiciaire. Il n'y a pas de place pour de futiles jeux de « cache-cache » documentaire dans un litige conduit dans le respect des règles, ce qui exige la divulgation et la production les plus complètes possibles. De plus, comme l'a dit le juge en chef Hewart dans l'arrêt *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259, il faut non seulement que justice soit rendue; il faut qu'elle semble être rendue. Lorsque des documents se rapportant à des questions en litige dans l'action sont cachés aux autres parties, ces dernières ne peuvent jamais avoir la certitude que l'interrogatoire préalable ou le contre-interrogatoire au procès ont permis l'entière divulgation de leur contenu. Il subsiste, pendant toute la durée du litige et du procès et, d'ailleurs, bien après que jugement a été rendu, un doute selon lequel la décision de la Cour n'était peut-être pas

parfaitement éclairée. La victime de cet état de choses n'est nulle autre que le respect envers le processus judiciaire et la bonne administration de la justice. Qui plus est, si la règle 52.01(4) ne recevait pas une interprétation libérale, il pourrait être nécessaire d'interroger une nouvelle fois au préalable la partie qui retient les documents et peut-être même d'interroger au préalable l'auteur du rapport. Les motions en vue d'obtenir la permission d'interroger au préalable présentées en vertu de la règle 32.02(1) (nouvel interrogatoire préalable des parties) et de la règle 32.10 (interrogatoire préalable de personnes qui ne sont pas parties à l'instance) deviendraient sans doute courantes et au bout du compte, l'accès dans un délai raisonnable à une justice à prix abordable deviendrait un idéal encore plus lointain qu'il ne l'est à l'heure actuelle.

[38] À mon avis, les principes d'interprétation énoncés dans l'arrêt *Rizzo (Re)*, à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation* et à la règle 1.03(2), envisagés ensemble, nous obligent à conclure que la règle 52.01(4) englobe tous les dossiers, documents ou autres articles qui ont eu une certaine incidence sur le contenu du rapport de l'expert. Chacune de ces choses est un élément fondamental puisque son influence se fait sentir dans le produit fini.

[39] Par conséquent, toute lettre d'instructions – qu'elle énonce ou non des hypothèses d'ordre factuel ou juridique – qu'un avocat fait parvenir à un expert dont le rapport a été signifié conformément à la règle 52.01(1) est visée par la règle 52.01(4). Il en est ainsi parce que la Cour peut tenir pour acquis, sans crainte de se tromper, que l'auteur a tenu compte de cette lettre dans la préparation de son rapport. Pour en venir à l'essentiel, un rapport médical qui répond à la lettre d'un avocat a tenu compte de cette lettre pour les fins de la règle 52.01(4) et sa production devrait être automatique dès lors que le par. 52.01(1) s'applique. Il s'ensuit que l'examen judiciaire des lettres des avocats devrait n'être que rarement nécessaire, si tant est qu'il le soit jamais. Bien entendu, s'il advenait que la Cour conclue que l'expert n'a tenu compte d'aucune des lettres de l'avocat, elle pourrait alors avoir à décider si, en common law, la production du rapport a entraîné la renonciation au privilège relatif au litige sur ces lettres et l'examen judiciaire pourrait, dans ce cas, être nécessaire.

[40] À vrai dire, les lettres dont il est question en l'espèce ne peuvent relever que de l'une ou l'autre des catégories suivantes : (1) les lettres courantes dans lesquelles on demande soit un rapport médical, soit une mise à jour; et (2) les lettres d'instructions précisant les questions qui doivent être examinées en fonction d'une ou de plusieurs hypothèses qui peuvent être juridiques ou factuelles, ou à la fois juridiques et factuelles. On pourrait penser que ces hypothèses pourraient notamment ressortir aux éléments suivants : (1) la date de l'événement qui est à l'origine de la demande; (2) le préjudice qu'a subi le demandeur en conséquence de l'événement; (3) l'état de santé antérieur du demandeur; (4) lorsque cela est pertinent, le port de la ceinture de sécurité par le demandeur, la nature et la gravité des dommages causés au véhicule à moteur dans lequel il se trouvait, la vitesse du véhicule ou des véhicules en cause et la force de l'impact; et (5) la différence entre la causalité de droit et la causalité médicale. Le fait qu'aucune des lettres en question n'échappe à ces deux catégories est la seule inférence que l'on puisse tirer : (1) de l'affidavit des documents de M^{me} MacKenzie dans lequel on affirme que les lettres en question ont été préparées dans le but principal ou dominant [TRADUCTION] « d'obtenir et de fournir à [ses] avocats des éléments de preuve et des renseignements »; et (2) des rapports rédigés par les médecins auxquels les lettres des avocats sont adressées. À cet égard, je souscris sans hésiter à la conclusion du juge saisi de la motion selon laquelle ces rapports ont été rédigés en réponse aux lettres des avocats et se veulent une réponse à des demandes de renseignements concernant les troubles dont M^{me} MacKenzie est atteinte ainsi que leur lien de causalité avec l'accident du 19 octobre 2002. À vrai dire, je trouve séduisante l'opinion qui veut que chaque rapport et la ou les lettres auxquelles il répond forment un unique document composite, de telle sorte que la production du premier nécessite la production des secondes. Comme je l'ai dit, toutefois, il n'est pas nécessaire de trancher cette question pour les fins qui nous occupent. J'ajouterais, finalement, par souci d'exhaustivité, qu'il n'y a pas l'ombre d'une preuve donnant à penser que la dissimulation prolongée d'une partie quelconque des lettres en question pourrait, en théorie, être justifiée parce qu'il s'agirait de ce qu'il est convenu d'appeler le « produit du travail intellectuel » de l'avocat (voir l'ouvrage d'Edna Selan Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 4^e ed. (Chicago :

Section of Litigation, American Bar Association, 2001) aux p. 479 à 481), le seul argument contre la production étant fondé sur la décision *O'Neill c. Campbell*.

[41] À mon avis, M^{me} MacKenzie n'a pas établi le bien-fondé de sa revendication de privilège relatif au litige sur les lettres courantes de l'avocat. D'ailleurs, lorsqu'il a été questionné sur ce point, son avocat a été incapable d'expliquer en quoi le fait d'accueillir cette revendication pourrait répondre au besoin qui existe de créer [TRADUCTION] « une zone de protection des renseignements personnels afin de faciliter la préparation contradictoire » (voir R.J. Sharpe, « Claiming Privilege in the Discovery Process », à la p. 163). J'ai beau chercher, je suis, moi aussi, dans l'incapacité de trouver, en droit, une raison susceptible d'étayer l'existence du privilège revendiqué. En ce qui concerne les lettres plus substantielles de l'avocat, j'estime que la règle 52.01(4) a pour effet de les rendre susceptibles d'être produites. Il s'ensuit, comme je l'ai dit, que je n'ai pas besoin de décider si, en common law, la production des rapports médicaux fournis en réponse aux lettres des avocats a constitué une renonciation à un quelconque privilège relatif au litige sur les lettres.

[42] Finalement, je suis convaincu que l'équité exige que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire en faveur de la production. Sur ce point, il suffit de mettre en lumière les facteurs suivants : (1) la motion des appelants a été déposée en temps opportun; (2) les appelants font l'objet d'une demande complexe et importante et c'est à bon droit qu'ils sollicitent l'accès à tous les documents pertinents pour pouvoir exercer leur droit incontestable de présenter une défense pleine et entière; (3) comme l'a conclu le juge saisi de la motion, les rapports médicaux et les lettres en question sont étroitement liés et leur production intégrale serait utile à la défense; (4) M^{me} MacKenzie semble indifférente aux conséquences de la production des lettres controversées. En effet, avant l'audience, elle a informé la Cour, par l'intermédiaire du registraire, qu'elle était disposée à fournir aux appelants une copie des lettres de son avocat en échange de leur abstention de solliciter des dépens; et (5) la dissimulation de documents pertinents, qu'elle soit justifiée ou non sur le plan juridique, aide rarement au règlement de l'action ou à accélérer la progression. À cet égard, il y a lieu de répéter les observations de notre Cour

au par. 26 de l'arrêt *Kay c. Kay* (1999), 215 R.N.-B. (2^e) 291 (C.A.), [1999] A.N.-B. 289 (QL) :

Un des sous-produits avantageux de la divulgation et de la production de tous les documents pertinents est que les efforts de solution ne seront pas contrecarrés par des suppositions qui peuvent [se révéler] erronées quant à l'importance de la preuve de la partie adverse [...].

Voir aussi l'arrêt *Reilly c. Paul* (2006), 305 R.N.-B. (2^e) 146, [2006] A.N.-B. n^o 380 (QL), 2006 NBCA 84, au par. 20.

V. Conclusion et dispositif

[43] La revendication d'un privilège relatif au litige sur des lettres courantes ou d'usage que les avocats de l'intimée ont fait parvenir à des personnes qui lui ont fourni des soins est dénuée de tout fondement. En empêchant la production de ces lettres, on ne répondrait en aucune façon au besoin qu'a l'avocat d'une zone de protection des renseignements personnels liés au litige. En ce qui concerne les lettres plus substantielles des avocats, elles sont susceptibles d'être produites conformément à la règle 52.01(4) des *Règles de procédure*. Étant donné l'ensemble des circonstances qui se dégagent du dossier et qui sont décrites dans les motifs de jugement qui précèdent, il serait injuste envers les appelants que la Cour exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à la règle 52.01(4) à l'encontre de la production.

[44] Pour les motifs exposés ci-dessus, la Cour a accueilli l'appel tout de suite après avoir entendu les avocats des deux parties, a annulé la décision rendue par le tribunal d'instance inférieure et a ordonné la production immédiate des lettres en question. Je conclurais l'instance en condamnant l'intimée aux dépens afférents à la première instance et à l'appel, dépens que je fixerais à 4 500 \$.

APPENDIX "A" / ANNEXE « A »

Evidence Act, R.S.N.B. 1973, c. E-11 as am. by *An Act to Amend the Evidence Act*, S.N.B. 1980, c. 18, ss. 23.1-23.3 (repealed):

La Loi sur la preuve, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11, mod. par la *Loi modifiant la Loi sur la preuve*, L.N.-B. 1980, ch. 18, art. 23.1 à 23.3 (abrogés) :

23.1(1) Any party intending to call an expert witness at the trial of a civil proceeding shall, not less than twenty days prior to the commencement of the trial, serve upon every other party to the action a copy of a report, signed by the expert, setting out his name, address and qualifications and the substance of his proposed testimony.

23.1(2) Where a party intends to call an expert to give evidence but has not received and cannot obtain from him a report required under subsection (1), the solicitor for that party may comply with subsection (1) by preparing, signing and serving a report setting forth the nature of the evidence which he expects the expert to give, and the evidence given by that expert shall be limited to that referred to in the report, unless otherwise ordered.

23.1(3) A copy of a report prepared under subsection (1) or (2) shall be delivered to the trial judge with the pre-trial brief required by the Rules of Court.

23.1(4) Unless this section has been complied with, no expert witness may testify without leave of the trial judge.

23.2(1) Where it is impractical or inconvenient for an expert witness to attend the trial of a civil proceeding the

23.1(1) Toute partie qui a l'intention de faire comparaître un témoin-expert au procès portant sur une procédure civile doit, au moins vingt jours avant le commencement du procès, signifier à chaque autre partie à l'action une copie d'un rapport, signé par l'expert, indiquant son nom, son adresse, ses qualifications et le résumé de la déposition qu'il se propose de faire.

23.1(2) Lorsqu'une partie a l'intention de faire comparaître un expert en vue de témoigner mais n'a pas reçu et ne peut obtenir de lui le rapport requis en vertu du paragraphe (1), l'avocat de cette partie peut se conformer au paragraphe (1) en préparant, signant et signifiant un rapport indiquant la nature du témoignage qu'il attend de l'expert, et ce témoignage doit se limiter à celui qui est fourni dans le rapport, sauf ordonnance contraire.

23.1(3) Une copie d'un rapport préparé en vertu du paragraphe (1) ou (2) doit être remise au juge de première instance avec le mémoire préparatoire au procès exigé par les Règles de la Cour.

23.1(4) À moins que le présent article n'ait été observé, aucun témoin-expert ne peut témoigner sans la permission du juge de première instance.

23.2(1) Lorsqu'il est impossible ou incommode à un témoin-expert d'assister à un procès portant sur une procédure civile,

party intending to call that witness may, with leave of the court or the consent of all parties, examine that witness before the trial for the purpose of having his evidence available for use at the trial.

23.2(2) Before applying to the court for leave to conduct an examination under this section, the applicant shall comply with the requirements of subsection 23.1(1) or 23.1(2).

23.2(3) Where possible, an examination under this section shall be conducted before the trial judge.

23.2(4) Unless otherwise ordered or provided by this section, the procedure for the examination shall be in accordance with the Rules of Court, *mutatis mutandis*.

23.2(5) On an examination under this section, the witness may be examined, cross-examined and re-examined in the same manner as a witness at trial.

23.2(6) An order for or consent to the examination of a witness under this section may provide that the examination be recorded by videotape or other similar means either in addition to or in substitution for a typewritten transcript.

23.2(7) Where the evidence has been transcribed, the party whose witness has been so examined shall provide a copy of the transcript, free of charge unless otherwise ordered, to every party who attended, or was represented on the examination.

la partie qui a l'intention de faire comparaître ce témoin peut, avec la permission de la cour ou le consentement de toutes les parties, interroger ce témoin avant le procès, afin que son témoignage puissent [*sic*] être utilisé lors du procès.

23.2(2) Avant de demander à la cour la permission de procéder à un interrogatoire en vertu du présent article, le demandeur doit se conformer aux conditions requises au paragraphe 23.1(1) ou 23.1(2).

23.2(3) Lorsque c'est possible, l'interrogatoire en vertu du présent article doit être pratiqué devant le juge de première instance.

23.2(4) Sauf dispositions contraires d'une ordonnance ou du présent article, la procédure d'interrogatoire doit être conforme aux Règles de la Cour, *mutatis mutandis*.

23.2(5) Lors d'un interrogatoire en vertu du présent article, le témoin peut être interrogé, contre-interrogé et interrogé à nouveau de la même façon qu'un témoin au procès.

23.2(6) Une ordonnance d'interrogatoire ou un consentement à l'interrogatoire d'un témoin en vertu du présent article peut prévoir que l'interrogatoire soit enregistré sur vidéocassette ou autre moyen semblable soit en plus ou à la place d'une transcription dactylographiée.

23.2(7) Une fois le témoignage transcrit, la partie dont le témoin a été ainsi interrogé doit fournir une copie de la transcription gratuitement, sauf ordonnance contraire, à chaque partie qui assistait à l'interrogatoire ou y était représentée.

23.2(8) A transcript, videotape or other recording of such evidence may, as far as it is admissible, be tendered in evidence at the trial by any party to the action.

23.2(9) Where the evidence of an expert witness has been taken pursuant to the provisions of this section, he shall not be called to give evidence at the trial except with leave of the trial judge or where the trial judge has required his attendance at the trial.

23.3(1) Where, in a civil proceeding, a party has given to every other party twenty days' notice of intention to introduce in evidence a medical report prepared and signed by a medical practitioner, as defined in subsection 11.1(1), and where a copy of the medical report to be introduced in evidence has been given to every other party with the notice of intention, the report may with leave of the court be admitted into evidence without proof of the signature or qualifications of the medical practitioner and without his attendance at trial.

23.3(2) When an opposite party within ten days after service of the notice required under subsection (1) serves notice in writing requiring the attendance of the medical practitioner at trial, the report shall not be received in evidence unless the medical practitioner is called as a witness.

23.2(3) Where a medical practitioner has been required to attend and give oral evidence at or before trial of a civil proceeding and the court is of the opinion that his evidence could have been introduced as effectively by way of a medical report, the court may order the party who required the attendance of the

23.2(8) Toute partie à l'action peut offrir à titre de témoignage au procès une transcription, une vidéocassette ou tout autre enregistrement de ce témoignage, dans la mesure où il [sic] sont recevables.

23.2(9) Lorsque le témoignage du témoin-expert a été consigné conformément au présent article, le témoin-expert ne peut pas être appelé à rendre témoignage au cours du procès, sauf lorsque le juge de première instance le lui permet ou requiert sa présence au procès.

23.3(1) Lorsque, dans une procédure civile, une partie a donné à chaque autre partie un avis de vingt jours de son intention de présenter, à titre de témoignage, un rapport médical préparé et signé par un médecin, au sens du paragraphe 11.1(1) et lorsqu'une copie de ce rapport médical a été donnée à chaque autre partie avec l'avis d'intention, le rapport peut, avec la permission de la cour, être admis à titre de témoignage, sans preuve de la signature ou des qualifications du médecin et sans sa présence au procès.

23.3(2) Lorsqu'une partie adverse, dans un délai de dix jours après la signification de l'avis requis en vertu du paragraphe (1), signifie un avis exigeant la présence du médecin au procès, le rapport ne peut être admis à titre de témoignage tant que le médecin n'est pas appelé en tant que témoin.

23.2(3) Lorsqu'un médecin a été requis de se présenter et de fournir un témoignage oral au procès portant sur une procédure civile ou avant celui-ci et que la cour estime que son témoignage aurait pu être apporté tout aussi efficacement par un rapport médical, la cour peut ordonner à la partie qui a exigé la présence du médecin

medical practitioner to pay the costs of his attendance. de payer les frais de sa présence.

23.2(4) Section 50 shall not apply to a report referred to in subsection (1) unless a notice in writing requiring the attendance of the medical practitioner is served under subsection (2). 23.2(4) L'article 50 ne s'applique à un rapport visé au paragraphe (1) que si un avis écrit exigeant la présence du médecin est signifié en vertu du paragraphe (2).

Sections 50(1) and (2) of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-11:

Les paragraphes 50(1) et (2) de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11 :

50(1) Subject to subsection (2), a written report or finding of facts prepared by an expert not being a party to the cause, nor an employee of a party, except for the purposes of making such report or finding, nor financially interested in the result of the controversy, and containing the conclusions resulting wholly or partly from information furnished by the cooperation of two or more persons acting for a common purpose, is, in so far as the same may be relevant, admissible when testified to by the person, or one of the persons, making such report or finding without calling as witnesses the persons furnishing the information, and without producing the books or other writings on which the report or finding is based, if, in the opinion of the court, no substantial injustice will be done to the opposite party.

50(1) Sous réserve du paragraphe (2), le rapport écrit ou les constatations de fait d'un expert qui n'est ni partie à la cause, ni l'employé d'une partie, sauf aux fins de préparer ce rapport ou ces constatations, ni intéressé financièrement à l'issue du litige, et comportant les conclusions résultant en tout ou en partie de renseignements obtenus grâce à la coopération de deux ou plusieurs personnes agissant dans un but commun, peuvent, dans la mesure où ces conclusions sont pertinentes, être admis lorsque la personne, ou une des personnes présentant ce rapport ou ces constatations l'affirme, sans appeler à témoigner les personnes qui ont fourni les renseignements et sans produire les livres ou autres écrits sur lesquels le rapport ou les constatations sont fondés, si la cour estime qu'aucune injustice grave ne sera commise à l'égard de la partie adverse.

50(2) Such report or finding is not admissible unless a reasonable time before offering the same in evidence the party offering it has given notice to the adverse party of his intention to offer it in evidence together with a copy of the report or finding, or so much thereof as may relate to the controversy, and has also afforded the adverse party a reasonable opportunity to inspect and copy any records or other

50(2) Ce rapport ou ces constatations ne sont pas admissibles à moins que, dans un délai raisonnable avant de les produire, la partie qui entend les produire n'ait donné avis à la partie adverse de son intention de les présenter en preuve, ne lui ait fait parvenir une copie du rapport ou des constatations, ou de la partie de ceux-ci qui peut avoir trait au litige et ne lui ait fourni une occasion raisonnable d'examiner et de

documents in the offering party's possession or control, on which the report or finding was based, and also the names of all persons furnishing facts upon which the report or finding was based, except that it may be admitted if the court finds that no substantial injustice would result from the failure to give such notice.

copier les registres ou autres documents qui sont en sa possession ou sous sa surveillance et sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations, de même que les noms de toutes les personnes donnant des renseignements sur lesquels se fondent le rapport ou les constatations; mais ils peuvent être admis si la cour estime qu'aucune injustice grave ne résulterait du défaut de notification.

Rule 32.02(1) of the *Rules of Court*:

La règle 32.02(1) des *Règles de procédure* :

32.02 Who May Examine and Be Examined

32.02 Qui peut interroger ou être interrogé

(1) A party to an action may examine for discovery, once, without leave, any other party who is adverse in interest.

(1) Toute partie à une action peut interroger une fois au préalable, sans permission, une partie ayant un intérêt opposé.

Rule 32.06(1)(2) and (3) of the *Rules of Court*:

Les règles 32.06(1), (2) et (3) des *Règles de procédure* :

32.06 Scope of Examination

32.06 Portée de l'interrogatoire

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

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

(a) the information sought is evidence,

a) le renseignement recherché est un élément de preuve,

(b) the question is cross-examination if it relates to an issue in the action and is not directed solely to the credibility of the witness, or

b) la question relève du contre-interrogatoire si elle se rapporte à une question en litige et ne vise pas seulement la crédibilité du témoin ou

(c) the question is cross-examination on the affidavit of documents of the party being examined. c) la question constitue un contre-interrogatoire sur l'affidavit des documents établi par la partie interrogée.

(2) A party being examined for discovery shall answer, to the best of his knowledge, information and belief, any question concerning the names and addresses of potential witnesses. (2) Toute partie interrogée au préalable doit répondre selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit à toute question relative aux nom et adresse de témoins éventuels.

(3) A party may obtain discovery of any findings, opinions and conclusions of an expert engaged or consulted by or on behalf of the party being examined or his solicitor and relating to an issue in the action; but the party being examined need not disclose such information nor the name and address of the expert where (3) Toute partie peut obtenir la communication des constatations, opinions et conclusions de l'expert engagé ou consulté par la partie interrogée ou par son avocat ou en leur nom et qui se rapportent à une question en litige. La partie interrogée n'est toutefois pas tenue de divulguer ces renseignements ou le nom et l'adresse de l'expert

(a) the only findings, opinions and conclusions of the expert relevant to an issue in the action were made or formed by him in preparation for contemplated or pending litigation and for no other purpose, and a) si les seules constatations, opinions et conclusions d'expert pertinentes au litige ont été faites ou formulées par lui en prévision d'une poursuite éventuelle ou en cours et dans aucun autre but et

(b) the party being examined undertakes that he will not call the expert as a witness at the trial. b) si la partie interrogée s'engage à ne pas appeler l'expert à témoigner au procès.

Rule 32.10 of the *Rules of Court*:

La règle 32.10 des *Règles de procédure* :

32.10 Discovery Where Leave Is Required

32.10 Interrogatoire sur permission requise

(1) The court may grant leave, on such terms respecting costs and other matters as are just, to examine for discovery any person who there is reason to believe has information relevant to a material issue in the action. (1) La Cour peut accorder, aux conditions qu'elle estime justes relativement aux dépens et à d'autres matières, la permission d'interroger au préalable toute personne si la cour a des raisons de croire qu'elle possède des renseignements pertinents sur une question déterminante du litige.

(2) An order under paragraph (1) shall not (2) La cour ne rend une ordonnance en

- | | |
|--|---|
| be made unless the court is satisfied that | application du paragraphe (1) que si elle est convaincue |
| (a) the party making the motion has been unable to obtain the information from other persons whom he is entitled to examine for discovery, or from the person he seeks to examine; | a) que l'auteur de la motion n'a pas été en mesure d'obtenir les renseignements des autres personnes qu'il a le droit d'interroger au préalable, ou de la personne qu'il cherche à interroger; |
| (b) it would be unfair to require the party making the motion to proceed to trial without having the opportunity of examining the person; and | b) qu'il serait injuste d'exiger que le procès suive son cours sans que l'auteur de la motion ait eu la possibilité d'interroger cette personne; et |
| (c) the examination will not | c) que l'interrogatoire n'aura pas pour effet |
| (i) unduly delay the commencement of the trial of the action, | (i) de retarder indûment le début du procès, |
| (ii) entail unreasonable expense for other parties, or | (ii) d'entraîner des dépenses exagérées pour les autres parties, ou |
| (iii) result in unfairness to the person whom the party making the motion seeks to examine. | (iii) de causer une injustice à la personne que l'auteur de la motion cherche à interroger. |
| (3) A party who examines a person orally under this subrule shall serve every party who attended or was represented on the examination with the transcript free of charge unless the court orders otherwise. | (3) Sauf ordonnance contraire de la cour, la partie qui interroge une personne oralement en application du présent article doit en signifier une transcription gratuite à chaque partie qui était présente ou représentée à l'interrogatoire. |
| (4) The examining party is not entitled to recover the costs of the examination from another party unless the court expressly orders otherwise. | (4) Sauf ordonnance expresse contraire de la cour, la partie interrogeante n'a pas le droit de recouvrer d'une autre partie les frais relatifs à cet interrogatoire. |
| (5) The evidence of a person examined under this subrule may not be used in evidence at trial under Rule 32.11(2). | (5) La déposition d'une personne interrogée en application du présent article ne peut être présentée en preuve au procès en application de la règle 32.11(2). |

Rule 52 of the *Rules of Court*:

La règle 52 des *Règles de procédure* :

PREPARATION FOR TRIAL
RULE 52
EXPERT WITNESS

PRÉPARATION AU PROCÈS
RÈGLE 52
TÉMOINS EXPERTS

52.01 Condition Precedent to Calling Expert Witness at Trial

52.01 Condition préalable à la convocation d'un témoin expert

(1) Where a party intends to call an expert witness at trial, he shall serve on every other party a copy of the expert's signed report which shall contain, or be accompanied by, a statement containing the expert's name, address and qualifications and the substance of his proposed testimony. Service shall be made as soon as practicable and no later than the Motions Day at which the trial date is fixed.

(1) La partie qui veut appeler un expert à témoigner au procès doit signifier à chacune des autres parties copie du rapport de l'expert signé par lui. Ce rapport doit indiquer ou être accompagné d'une note indiquant les nom, adresse et compétence de l'expert ainsi que l'essentiel du témoignage qu'il entend rendre. La signification doit se faire aussitôt que possible et au plus tard le jour de la séance des motions où la date du procès sera fixée.

(2) Where a party intends to call an expert witness at trial but cannot obtain from him a report, or where, because of the nature of the proposed evidence, the expert is not required by the party to submit a written report, the party may comply with paragraph (1) by serving on every other party a report signed by the party or his solicitor which sets out the name, address and qualifications of the expert and the substance of the evidence which he is expected to give.

(2) La partie qui veut appeler un expert à témoigner au procès, mais qui ne peut obtenir de rapport de lui ou qui n'exige pas de lui de rapport écrit en raison de la nature du témoignage qu'il se propose de rendre, peut se conformer aux dispositions du paragraphe (1) en signifiant, à chacune des autres parties, un rapport, sous sa signature ou celle de son avocat, indiquant les nom, adresse et compétence de l'expert ainsi que l'essentiel du témoignage qu'il se propose de rendre.

(3) A party who has not complied with this subrule shall not call an expert witness without leave of the court.

(3) La partie qui ne s'est pas conformée au présent article ne peut appeler un expert à témoigner qu'avec la permission de la cour.

(4) Where a report has been served under paragraph (1) or paragraph (2), on motion the court may order that any records, documents or other materials on which the report is based be produced for inspection and copying.

(4) Lorsqu'un rapport a été signifié en application du paragraphe (1) ou du paragraphe (2), la cour peut, sur motion, ordonner pour examen et reproduction, la production des dossiers, documents ou autres articles sur lesquels se fonde le rapport.

- | | |
|--|--|
| <p>(5) On consent of all parties, the court may receive in evidence at the trial a report served under paragraph (1) without requiring the expert to attend and give oral evidence.</p> | <p>(5) La cour peut, du consentement de toutes les parties, recevoir en preuve au procès un rapport signifié en application du paragraphe (1), sans pour cela exiger la comparution et l'audition de l'expert.</p> |
| <p>52.02 Examination of Expert Witness Before Trial</p> | <p>52.02 Interrogatoire du témoin expert avant le procès</p> |
| <p>(1) Where it is impractical or inconvenient for an expert witness to attend the trial, the party intending to call the witness may, with leave of the court or the consent of all parties, examine that witness before the trial for the purpose of having his evidence available for use at the trial.</p> | <p>(1) S'il est peu pratique ou inopportun pour un témoin expert de comparaître au procès, la partie qui veut l'appeler à témoigner peut, avec la permission de la cour ou du consentement de toutes les parties, interroger ce témoin avant le procès afin que son témoignage puisse être utilisé lors du procès.</p> |
| <p>(2) Before applying under paragraph (1) to the court for leave, the applicant shall comply with Rules 52.01(1) or 52.01(2).</p> | <p>(2) Avant de demander la permission de la cour en application du paragraphe (1), le requérant doit se conformer à la règle 52.01(1) ou à la règle 52.01(2).</p> |
| <p>(3) Where possible, an examination under paragraph (1) shall be conducted before the trial judge.</p> | <p>(3) L'interrogatoire visé au paragraphe (1) doit, si possible, avoir lieu devant le juge du procès.</p> |
| <p>(4) Unless ordered otherwise or provided by this rule, the procedure prescribed by Rule 33 shall apply to the examination of a witness under this rule.</p> | <p>(4) Sauf ordonnance contraire ou autre disposition de la présente règle, l'interrogatoire d'un témoin en application de la présente règle se fait selon la procédure prescrite à la règle 33.</p> |
| <p>(5) On the examination of a witness under this rule, he may be examined, cross-examined and reexamined in the same manner as a witness at trial.</p> | <p>(5) Le témoin entendu en application de la présente règle peut être interrogé, contre-interrogé ou réinterrogé de la même façon que le serait un témoin au procès.</p> |
| <p>(6) An order for, or consent to, the examination of a witness under this rule may provide that the examination be recorded by videotape or other similar means either in addition to or substitution for a typewritten transcript.</p> | <p>(6) L'ordonnance d'interrogatoire ou le consentement à l'interrogatoire d'un témoin en application de la présente règle peut prévoir l'enregistrement de l'interrogatoire sur bande magnétoscopique ou par un autre moyen semblable, en plus de la transcription dactylographiée ou en</p> |

remplacement de celle-ci.

(7) Where the evidence on an examination under paragraph (1) has been transcribed, the party whose witness has been examined shall serve every party who attended or was represented on the examination, with a copy of the transcript, free of charge unless ordered otherwise.

(7) Une fois la déposition recueillie en application du paragraphe (1) transcrite, la partie dont le témoin a été interrogé doit signifier gratuitement, sauf ordonnance contraire, une copie de la transcription à toute partie présente ou représentée à l'interrogatoire.

(8) A transcript, videotape, or any other recording of evidence taken under this Rule may, as far as it is admissible, be tendered in evidence at the trial by a party to the action, and such parties shall be responsible for providing the equipment required to tender such evidence if it is not otherwise available in the courtroom.

(8) Toute partie à l'action peut présenter en preuve au procès et ce, dans la [sic] mesure où il est admissible, l'enregistrement des dépositions recueillies en application de la présente règle, que cet enregistrement ait été fait par transcription, sur bande magnétoscopique ou par tout autre moyen. Cette partie doit fournir l'équipement nécessaire à la présentation de cette preuve si l'équipement n'est pas disponible dans la salle d'audience.

(9) Where the evidence of an expert witness has been taken under this subrule, he shall not be called to give evidence at the trial, except with leave of the trial judge or unless the trial judge requires his attendance at the trial.

(9) L'expert qui a fait une déposition en application du présent article ne doit pas être appelé à témoigner au procès, à moins que le juge du procès n'exige sa présence ou n'en accorde la permission.

52.03 Medical Expert

52.03 Expert en médecine

(1) Where, under Rule 52.01(1), a party has served a report of an expert who is a medical practitioner as defined in Rule 36.01 the report may, with leave of the court, be admitted in evidence without proof of signature or qualifications of the medical practitioner and without his attendance at trial.

(1) Lorsqu'en application de la règle 52.01(1), une partie a signifié le rapport d'un témoin expert ayant qualité de médecin selon la définition de la règle 36.01, ce rapport peut, avec la permission de la cour, être admis en preuve sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou les qualifications du médecin, et sans qu'il soit nécessaire de le faire comparaître au procès.

(2) When an opposite party, within 10 days after service of a report of a medical practitioner under Rule 52.01(1), serves notice in writing requiring the attendance

(2) Si, dans les 10 jours de la signification du rapport d'un médecin en application de la règle 52.01(1), une partie adverse signifie un avis écrit exigeant la

of the medical practitioner at trial, the report shall not be received in evidence unless the medical practitioner is called as a witness.

(3) Where a medical practitioner is required to attend and give oral evidence at or before trial and the court is of the opinion that his evidence could have been introduced as effectively by way of a medical report, the court may order the party who required the attendance of the medical practitioner to pay the costs of his attendance.

comparution du médecin au procès, le rapport ne sera admis en preuve que si le médecin est appelé à témoigner.

(3) Si une partie exige la présence du médecin pour qu'il témoigne oralement avant ou pendant le procès, la cour peut, si elle estime que son témoignage aurait pu être présenté tout aussi efficacement au moyen d'un rapport médical, mettre les dépens afférents à la comparution du médecin à charge de cette partie.