

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

52-08-CA

TIM SEELY

APPELLANT

- and -

J. DANIEL CORRIER

RESPONDENT

Seely v. Corrier, 2009 NBCA 3

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
June 17, 2008

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:  
[2008] N.B.J. No. 232

Appeal heard:  
October 22, 2008

Judgment rendered:  
January 15, 2009

Reasons for judgment by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

TIM SEELY

APPELANT

- et -

J. DANIEL CORRIER

INTIMÉ

Seely c. Corrier, 2009 NBCA 3

CORAM :

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

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 17 juin 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :  
[2008] A.N.-B. n° 232

Appel entendu :  
Le 22 octobre 2008

Jugement rendu :  
Le 15 janvier 2009

Motifs de jugement :  
L'honorable juge en chef Drapeau

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Terrence L.S. Teed, Q.C.

Pour l'appelant :  
Terrence L.S. Teed, c.r.

For the respondent:  
George A. McAllister

Pour l'intimé :  
George A. McAllister

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed.

L'appel est accueilli.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

[1] In the underlying action, the respondent, J. Daniel Carrier, sought an award of damages for the personal injuries and consequential losses he claimed were attributable to the appellant's negligence in the operation of his motor vehicle. At discovery, counsel for the appellant, Tim Seely, questioned Mr. Carrier on the liability-related allegations of fact in his Statement of Claim and then asked four questions, each of which was objected to on the ground of litigation privilege. By the first two questions, examining counsel tried to determine whether there was any difference between Mr. Carrier's discovery evidence in respect of those allegations and the account on point he previously provided in a written statement over which, it was contended, litigation privilege had been properly asserted. The other questions were designed to ascertain whether Mr. Carrier had reviewed his statement and thereby refreshed his memory in preparation for discovery. A judge of the Court of Queen's Bench dismissed Mr. Seely's subsequent motion for an order mandating an answer to each contested question and any proper follow-up question, hence the present appeal.

[2] Mr. Seely contends each contested question was proper and related to a matter in issue in the action. In his submission, it follows they were fully authorized under Rule 32 ("Examination for Discovery") of the *Rules of Court* and, as a result, there is no basis in law for the motion judge's failure to grant the relief sought in first instance.

[3] After hearing counsel, we indicated our agreement with that submission, allowed the appeal and directed Mr. Carrier to re-attend discovery for the purpose of answering the questions at issue and any proper follow-up question. We advised that written reasons would follow. Here are those reasons.

I. Background

[4] In Part II of the Respondent's Submission, Mr. Carrier accepts as accurate the statement of facts in the corresponding part of the Appellant's Submission (see Rule 62.19(2)). The essential facts being undisputed, the following summary borrows liberally from the Appellant's Submission.

[5] The action arose from a highway accident, which occurred late at night on June 19, 2006 when the motor vehicle Mr. Seely was driving left the roadway and crashed into a roadside ditch. There are indications in the Appellant's Submission that Mr. Seely may have overshot a side road over which he planned to travel on the way to his intended destination. The outline of an explanation for the accident is proffered by way of the suggestion that visibility may have been less than ideal, there being no road lights in the area. At any rate, Mr. Carrier, who was occupying the rear passenger compartment, and a front seat passenger launched separate lawsuits against Mr. Seely seeking damages for their respective accident-linked injuries and losses.

[6] In Mr. Carrier's Statement of Claim, which was filed September 5, 2006, it is alleged Mr. Seely was "severely" impaired by, *inter alia*, alcohol or drugs at the time of the accident, that he failed to keep a proper lookout and drove "dangerously", without due care and attention, and without reasonable consideration for the other users of the highway. It is also said he drove at a speed that exceeded both the posted limit and what was reasonable and prudent, having regard to the actual and potential hazards then existing. The condition of Mr. Seely's vehicle is also called into question by two allegations: (1) its rear seat was not "safely mounted"; and (2) the rear seat belt assembly had been tampered with, thereby rendering it ineffective.

[7] In his Amended Statement of Defence, Mr. Seely denies liability for the accident. He goes on to assert that Mr. Carrier's injuries were occasioned, at least in part, by his failure to make use of an available seatbelt.

[8]                    However, in an Amended Reply, Mr. Carrier renews his complaint that Mr. Seely's vehicle was unsafe, alleging "the seats were not properly fastened to the floor and the seat belt assembly had either been removed, rendered partially or wholly inoperative or modified so as to reduce its effectiveness".

[9]                    On October 16, 2006, two months after filing his Notice of Action and Statement of Claim, Mr. Carrier provided a written statement to one Larry McGuire of ICD Maritime Inc. Mr. McGuire had been retained for that purpose by Mr. Carrier's counsel. Why the latter – or any plaintiff's counsel for that matter – would need an agent to secure such a statement is difficult to understand. In truth, it is beyond ready justification. Be that as it may, the documents at the heart of the present appeal are listed as follows in Schedule B of Mr. Carrier's Affidavit of Documents, which was sworn December 6, 2007:

14E.    Correspondence from George A. McAllister P.C. to Larry McGuire:

(a)      Correspondence from George A. McAllister P.C. to Larry McGuire dated July 31, 2006.

14F.    Correspondence from Larry McGuire to George A. McAllister P.C.:

(a) Correspondence dated August 22, 2006;

(b) Investigative Report dated August 24, 2006;

(c) Investigative Report dated November 16, 2006.

18A.    Plaintiff Statement:

(a) Statement of Daniel Carrier taken by Larry McGuire on October 16, 2006.

[Underlining in the original.]

[10]                    In paragraph 2 (f) of his Affidavit of Documents, Mr. Carrier objects to producing the documents in "files" B-14E, B-14F and B-18A on the ground they

constitute “letters of instruction” from his solicitor to Mr. McGuire. In its unvarnished state, the pertinent part of paragraph 2(f) reads as follows:

2. Of the documents in my possession or control relating to the matters in issue in this action, I object to producing those documents which are listed in Schedule “B” which is attached hereto for the reasons herein set out:

[...]

(f) Documents in file B-14E, B-14F, and B-18A on the grounds that the said documents constitute letters of instruction from the Plaintiff’s solicitor, George A. McAllister, who retained Larry McGuire of ICD Maritime Inc. to provide the said reports and statements to him after this litigation was contemplated or commenced by the Plaintiff:

(1) for the dominant purpose of advising the Plaintiff on the conduct of this litigation by providing confidential legal advice to the Plaintiff relating to this action and that as such, the said documents fall within the scope of litigation privilege and also on the grounds that the said documents constitute the work product of the Plaintiff’s solicitor.

(2) and that the reports and statements constitute an investigative report in which an opinion is expressed that was prepared for the dominant purpose of being submitted to the Plaintiff’s solicitor, George A. McAllister, for advice with respect to, or use in, this litigation, which was contemplated or commenced by the Plaintiff and that as such the said reports and statements are privileged pursuant to s. 43.1 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973[,] c. E-11.

[11] Section 43.1 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-11, provides that an “investigative report” prepared for the dominant purpose of being submitted to a solicitor for advice with respect to, or use in, contemplated or pending litigation is privileged from disclosure and production in civil proceedings. It also states that, regardless of the purpose for which an investigative report was prepared, any part thereof in which an opinion is expressed is privileged. Some general observations on the scope of s. 43.1 may be timely. The expression “investigative report” is free of ambiguity: it is an account of the results of an investigation. Accordingly, a witness’ statement, by itself, cannot amount to an “investigative report”, although, in the right circumstances, it might form part of such a report and thereby be covered by the statutory privilege. Moreover, Rule 31.02(1) trumps s. 43.1 with respect to disclosure (see s. 76 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2). Rule 31.02(1) prescribes that “[e]very document which relates to a matter in issue in an action and which is or has been in the possession or control of a party or which the party believes to be in the possession, custody or control of some person not a party, shall be disclosed as provided in this rule, whether or not privilege is claimed in respect of that document [Emphasis added].” Full disclosure of all relevant documents is required (see Rule 31.03(6)). It follows that all relevant investigative reports must be disclosed in accordance with Rule 31.02. Of course, their production may be denied by virtue of a properly claimed and established privilege.

[12] At the examination for discovery, which took place on December 6 and 7, 2007, Mr. Carrier’s counsel invoked litigation privilege over Item B-18A(a), the October 16, 2006 statement taken by Mr. McGuire, to justify his client’s refusal to answer the following questions:

Q.329 And is there anything in the statement that’s inconsistent with what you said here today?

Q.330 And my question simply is that this witness advise me of any evidence contained in the statement which is ... he has not advised of here today at the discovery or is inconsistent with what he said here today.

Q.331 Have you reviewed the statement before you came here today, that you gave?

Q.332 ... I'm entitled to know if he's refreshed his memory with that statement recently. And that's my question.

[13] As noted, Mr. Seely applied to the Court of Queen's Bench by motion for an order requiring Mr. Carrier to re-attend discovery to answer those questions and any proper follow-up question. At the hearing on May 8, 2008, the motion judge dismissed the motion. She did so without providing supporting reasons.

[14] Leave to appeal was granted on June 18, 2008.

[15] Mr. Seely argues the first two contested questions are proper because he is entitled to discover Mr. Carrier regarding the facts referenced in both his Statement of Claim and his prior written statement. He relies upon *Canada Post Corp. v. Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc.* [2008] N.B.J. No. 300 (QL), 2008 NBCA 54, where the Court ruled that facts referenced in a witness statement covered by litigation privilege were discoverable pursuant to Rule 32.06(1). In coming to that conclusion the Court considered the broad wording of Rule 32.06, its counterpart in the Ontario *Rules of Procedure*, the general interpretation policy set forth in Rule 1.03, and the leading judicial precedents on point, including *Susan Hosiery Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; *Sacrey v. Berdan* (1986), 38 A.C.W.S. (2d) 296 (Ont. Dist. Ct.), [1986] O.J. No. 2575 (QL); *Murray v. Woodstock General Hospital Trust* (1988), 66 O.R. (2d) 129 (Div. Ct.), [1988] O.J. No. 1767 (QL); *Ceci v. Bonk* (1992), 7 O.R. (3d) 381 (C.A.), [1992] O.J. No. 380 (QL), per Carthy J.A.; *Devji v. Longo Brothers Fruit Markets Inc.* (1999), 45 O.R. (3d) 82 (Gen. Div.), [1999] O.J. No. 1542 (QL); *Walker v. Woodstock* (2001), 142 O.A.C. 53, [2001] O.J. No. 157 (QL); *Landolfi v. Fargione* (2006) 79 O.R. (3d) 767 (C.A.), [2006] O.J. No. 1226 (QL), paras. 67-70; *DuPont Canada Inc. v. Emballage St-Jean Ltée* (2000), 102 A.C.W.S. (3d) 299 (F.C.A.), [2000] F.C.J. No. 2130 (QL), per Richard C.J.; *R. v. Daley*, [2004] N.B.J. No. 385 (QL), 2004 NBQB 367, per Russell J.; *R. v. Stewart McKelvey Stirling & Scales*, [2006] N.B.J. No. 594 (QL), 2007



NBQB 81, per Russell J.; and *Forest Protection Ltd. v. Bayer A.G. et al.* (1998), 206 N.B.R. (2d) 26 (Q.B.), [1998] N.B.J. No. 382 (QL), paras. 13 and 15, per P.S. Creaghan J.

[16] In making the submission anchored to the ruling in *Canada Post Corp.*, Mr. Seely emphasizes what he sees as a very important feature of the first two contested questions: despite the references to “anything in the statement” and “any evidence contained in the statement”, each targeted only the liability-related facts referenced in both Mr. Corrier’s Statement of Claim and October 16, 2006 statement. Mr. Seely seeks to buttress his thesis on point by urging the Court to interpret the questions in the light of the context in which they were put to Mr. Corrier. Thus viewed, the questions do not appear to reach beyond those facts.

[17] Mr. Corrier counters by contesting the applicability of *Canada Post Corp.* on the ground that it dealt with an entirely different issue, namely the discoverability of facts recorded in a witness’ prior written statement over which only litigation privilege is asserted. He points out that the statement at issue here was taken from a party by an agent retained by that party’s counsel. Mr. Corrier wraps up his submission on topic by contending a claim of both litigation privilege and solicitor-client privilege has been asserted and established in respect of his statement to Mr. McGuire.

[18] As for the last two contested questions, Mr. Seely ties their propriety and relevance to the role Mr. Corrier’s prior statement played in his preparation for discovery. It is Mr. Seely’s related submission that privilege over a statement is lost once it is shown the author reviewed it in preparation for discovery and depends upon its contents for the accuracy of his or her testimony. In support of that proposition, Mr. Seely cites *Melanson v. Léger et al.* (2005), 279 N.B.R. (2d) 276, [2005] N.B.J. No. 58 (QL), 2005 NBCA 19, where Larlee J.A., writing for the Court, makes the following observations:

If it becomes obvious that a witness has no independent recollection of events and relies on a prior statement, then

any [related] privilege is waived and the other party is entitled to a copy of it. [...]. [para.11]

Mr. Seely draws from that proposition an entitlement to ask Mr. Carrier whether, in preparing for discovery, he refreshed his memory of the accident-related circumstances by reviewing his October 16, 2006 statement. There is, in Mr. Seely's submission, no other way for him to determine whether Mr. Carrier has an independent recollection of the circumstances he described in his sworn testimony. Mr. Carrier demurs, contending the questions are unauthorized by virtue of: (1) Rule 32.06(1) because they do not relate to an issue in the action; and (2) Rule 32.06(1)(b) because they go solely to the issue of his credibility.

[19] Following the hearing, and at the Court's request, counsel provided written submissions in respect of the validity of the claim of privilege articulated in Mr. Carrier's Affidavit of Documents.

## II. Analysis and Decision

### A. *Standard of review*

[20] As is well known, a discretionary order may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, [2003] S.C.J. No. 76 (QL), 2003 SCC 71, para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see The Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994), pp. 36-37, *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1976] All E.R. 665 (H.L.), per Diplock, L.J. and *Beaverbrook Canadian Foundation v. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 N.B.R. (2d) 161, [2006] N.B.J. No. 307 (QL), 2006 NBCA 75, para. 4).

[21] Mr. Corrier argues that the order under appeal is discretionary and that the record does not disclose a flaw of the kind identified in the preceding paragraph. In his submission, the only principled outcome is the dismissal of the appeal.

[22] In my respectful judgment, the disposition in this Court depends on the answer to questions of law, namely the propriety and relevance of certain questions posed at discovery pursuant to Rule 32. That being so, correctness is the controlling standard of review. In any event, one cannot distil from the record at our disposal an explanation for the judge's dismissal of the appellant's motion. Where, as here, a Caesarian thumbs down is given without substantiating reasons, the Court can only confirm if it concludes the order made in first instance is the one "that ought to have been made" (see Rule 62.21(1)).

B. *Scope of discovery under Rule 32.06*

[23] Under Rule 32.06(1), a person being examined for discovery is required to answer any "proper" question "relating to an issue in the action". That person must do so to the best of his or her knowledge, information and belief.

[24] Mr. Corrier raises two grounds in support of his challenge to the propriety of the first two contested questions: (1) they target the contents of a document over which he contends valid claims of solicitor-client privilege and litigation privilege have been both asserted and established; and (2) they are directed solely to his credibility. He contests the last two controversial questions on the ground that they do not relate to an issue in the action. I begin with the last-mentioned objection.

[25] In *Juman v. Doucette*, [2008] 1 S.C.R. 157, [2008] S.C.J. No. 8 (QL), 2008 SCC 8, para. 24, Justice Binnie points out that discovery, in one form or another, plays an essential role in preventing surprise or "litigation by ambush", in encouraging settlement and in narrowing the issues where a trial turns out to be necessary. Needless to say, differences in the wording of the applicable procedural rules may operate to expand

or narrow the scope of discovery in the various jurisdictions. However, Justice Binnie's assessment of the purposes of discovery essentially replicates the views of Justice Dickson in *Seven Seas Restaurant Ltd. v. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 26 N.B.R. (2d) 533, [1978] N.B.J. No. 341 (QL), a case decided under our former Rules, and those of Ryan, J.A., for the Court, in *Violette et al. v. Wandlyn Inns Ltd. et al.* (1995), 169 N.B.R. (2d) 374 (C.A.), [1995] N.B.J. No. 574 (QL), in respect of the current Rules of Court. In his customary perspicuous manner, Ryan, J.A. summarizes as follows the primary objectives and the manifold elements of the general purpose of our current discovery rules:

One of the objectives of oral examination for discovery is to enable the opposite party to know what case he or she is called upon to meet and, in addition, to simplify the trial by procuring admissions: *Graydon v. Graydon* (1921), 51 O.L.R. 301 (H.C.). The tendency of the courts is not to circumscribe the avenues of discovery but to widen them: *Henderson v. Mercantile Trust Co.* (1922), 52 O.L.R. 198.

The objectives just mentioned are examples of the general purpose of discovery which includes particulars, disclosure of documents, inspection of documents, admitting of documents, physical examination, production of reports, inspection of property and interrogatories. The general purpose of discovery can be summarily described as follows:

1. to enable the examining party to know the case he or she has to meet;
  2. to enable a party to obtain admissions which will dispense with other formal proof of your own case;
  3. to obtain admissions which will permit you to destroy your opponent's case; and
  4. to facilitate settlement.
- [paras. 2-3]

See, as well, *Doucett v. Crowther et al.* (1992), 129 N.B.R. (2d) 1 (Q.B.), [1992] N.B.J. No. 507 (QL), per McLellan, J., paras. 8-9.

[26] Mr. Corrier contends the scope of discovery is narrower under Rule 32.06(1) than it is under Rule 31.06(1) of Ontario's *Rules of Procedure*. This would be so because our Rule permits questions "relating to an issue in the action", while the Ontario Rule allows questions "relating to any matter in issue in the action". In my view, the underscored textual asymmetry entails no substantive difference. As the Bard of Avon colourfully, yet astutely, observed centuries ago: "a rose by any other name would smell as sweet". Indeed, the test for relevance under both procedural rules is the same (see Holmsted and Watson, *Ontario Civil Procedure*, looseleaf (Scarborough, Ont.: Thomson Canada, 1993) vol. 3 at 31-65 et seq.).

[27] Oral discovery dwarfs all other available discovery devices in terms of importance and effectiveness. In *Guimond et al. v. Fiberglas Canada Inc. et al.* (1996), 173 N.B.R. (2d) 25, (Q.B.), [1996] N.B.J. No. 53 (QL), Justice McLellan rightly observed, after referring to *Hauck v. Cavendish Farms Ltd. – Les Fermes Cavendish Ltee* (1984), 56 N.B.R. (2d) 238 (Q.B.), [1984] N.B.J. No. 247 (QL), p. 245, per Meldrum J., that the requirement of "full disclosure at discovery before trial thoroughly permeates the present *Rules of Court* of this province". The obligation of the party being examined to answer to the best of his or her knowledge, information and belief is probably the most telling indicator of a legislative bias in favor of the fullest disclosure possible and I have no doubt the drafters of the discovery rules were alive to the following verity: full pre-trial disclosure helps ensure that settlement efforts will not be stymied by misinformed speculation regarding the strength of the adverse party's case.

[28] The "full disclosure" approach to the interpretation of the discovery rules has been endorsed by this Court (see *Kay v. Kay* (1999), 215 N.B.R. (2d) 291 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 289 (QL), para. 26, and *Reilly v. Paul* (2006), 305 N.B.R. (2d) 146 (C.A.), [2006] N.B.J. No. 380 (QL), para. 20). It helps shape the meaning of the phrase "proper question that relates to an issue in the action" found in Rule 32.06(1) by favoring an interpretation that promotes broad informational disclosure (see *Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc. et al. v. Canada Post Corporation et al.*, para. 49). As Justice Russell observed in *Rocca Enterprises Ltd. et al. v. University Press of New Brunswick*

*Ltd.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224 (Q.B.), [1989] N.B.J. No. 621 (QL), our *Rules of Court* authorize discoveries “conducted on a broad base” [para. 9]. Relevance, in the discovery context, stands to be assessed broadly (see *Stamper and Di Domenicantonio v. Canadian National Railway Company* (1985), 63 N.B.R. (2d) 342 (C.A.), [1985] N.B.J. No. 218 (QL), para. 17, per Hoyt, J.A. (as he then was). Thus, a question meets the relational requirement if it touches upon a subject having a “semblance of relevance”. That test, which has long been the benchmark in Ontario, is echoed, in varied formulations, throughout the jurisprudence in this jurisdiction (see, for example, *Rocca Enterprises Ltd. and Fougère v. Acadia Drug Ltd. et al.* (1993), 206 N.B.R. (2d) 1 (Q.B.), [1993] N.B.J. No. 405 (QL), per Riordon J. Any evidence that “may” be material to the issues raised by the pleadings must be answered (see *Williams et al.*, at para. 19 and *Ross v. New Brunswick Teachers Association and Beutel* (1996), 174 N.B.R. (2d) 236, [1996] N.B.J. No. 160 (QL), para. 10). While all agree discovery may not delve into material bearing no relation to the issues raised in the pleadings, it has been universally accepted that relational pertinence stands to be determined on a generous reading of the allegations in the pleadings (see *Seven Seas Restaurant*, para. 6). In *Slattery (Bankrupt) v. Slattery et al.* (1989), 95 N.B.R. (2d) 422 (Q.B.), [1989] N.B.J. No. 310 (QL), para. 10, Justice Jones acknowledged that “[c]ourts have generally given a wide interpretation to relevancy” before citing, with approval, Justice Dickson’s views on point in *Seven Seas Restaurant*.

[29] Our jurisprudence pertaining to the scope of oral discovery mirrors Ontario case law on the subject. In *Choate on Discovery*, looseleaf, 2nd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1993), the authors explain, at pages 2-94.2 et seq., that “[s]ubstantial latitude is given to the examiner so that a full examination may be carried out pertaining to the issues”. They go on to state that relevance in this context must be assessed “with some latitude” by reference to the pleadings. In my view, the phrase “any proper question relating to an issue in the action” found in Rule 32.06(1), like the corresponding and substantively equivalent phrase in Rule 31.06(1) of Ontario’s *Rules of Civil Procedure* (“any proper question relating to any matter in issue”) permits more exploratory latitude than authorized by the rules of evidence applicable at trial. More importantly for our present purposes, I accept the proposition that a question meets the

“semblance of relevance” test if, given the wide berth allowed to examining counsel, the answer may lead to the discovery of admissible evidence (see Holmsted and Watson, *Ontario Civil Procedure*, at 31-66). It may now be opportune to recall the last two contested questions:

Q.331 Have you reviewed the statement before you came here today, that you gave?

Q.332 [...] I’m entitled to know if he’s refreshed his memory with that statement recently. And that’s my question.

[30]

Mr. Corrier swears in his Affidavit of Documents that his October 16, 2006 statement relates to a matter in issue in the action. That assertion is not contradicted and, as noted, Mr. Corrier refuses to produce his statement for inspection and copying. In that context, Mr. Seely was entitled to cross-examine on Mr. Corrier’s Affidavit of Documents (see Rule 32.06(1)(c)). The last two contested questions were unarguably designed to test the continued validity of any claim of privilege over Mr. Corrier’s statement and their answer might well uncover admissible evidence, should waiver of privilege be established. In my respectful judgment, the questions have sufficient relevance to require they be answered (see *Heyduk v. Love* (1993), 18 C.P.C. (3d) 387 (Ont.Ct.Gen.Div.), [1993] O.J. No. 4337 (QL)) which is, for all intents and purposes, on all fours with the case at hand). There is, therefore, no merit to the objection formulated by Mr. Corrier. I now turn to the objections raised in respect of the first two contested questions:

Q.329 And is there anything in the statement that’s inconsistent with what you said here today?

Q.330 And my question simply is that this witness advise me of any evidence contained in the statement which is [...] he has not advised of here today at the discovery or is inconsistent with what he said here today.

[31] Rule 32 has significantly expanded the scope of examination for discovery. This expansion has been chiefly accomplished by recognizing as proper a series of questions that had previously been declared out of bounds. Thus, a question is no longer objectionable on the ground that the information sought is evidence (see Rule 32.06(1)(a)), or because it is cross-examination, so long as it relates to an issue in the action and is not directed solely to credibility (see Rule 32.06(1)(b)) or the question is cross-examination on the affidavit of documents sworn by the party being examined (see Rule 32.06(1)(c)). Moreover, the following matters are now discoverable: (1) the names and addresses of potential witnesses (see Rule 32.06(2)); (2) the findings, opinions and conclusions of an expert in the circumstances specified in Rule 32.06(3); and (3) the existence and contents of any potentially engaged insurance policy.

[32] That said, hypothetical questions or questions that require a lay witness' opinion on matters beyond common knowledge were off limits under the previous procedural rules (see *Chiasson v. Doiron* (1976), 15 N.B.R. (2d) 293 (Q.B.), [1976] N.B.J. No. 191 (QL), per Richard, J. (as he then was), and they likely remain so under the *Rules of Court*. That is definitely the case for questions designed solely to impugn credibility (see Rule 32.06(1)(b)). As well, improper questions would include those posed in an examination conducted in bad faith or in an unreasonable manner with a view to annoying, embarrassing or oppressing the witness (see Rule 33.11(1)(b)). Similarly, questions are improper when formulated as part of an examination that is "excessive in length having regard to the nature of the proceeding" (see Rule 33.11(1)(c)). More saliently for our present purposes, a question seeking disclosure of a privileged communication is improper for Rule 32.06(1) purposes (see *Williams et al. v. Saint John, City of and New Brunswick, Province of* (1983), 43 N.B.R. (2d) 120 (Q.B.), [1982] N.B.J. No. 368 (QL), per Jones J., para. 10 and *Khoury v. Khoury* (1991), 122 N.B.R. (2d) 150 (Q.B.), [1991] N.B.J. No. 1136 (QL), per Logan, J.

[33] A question directed solely to credibility will be rare. That is so, because most questions have one or more purposes beyond impeachment of the witness' credit. Here, the questions seek to shed light on the liability-related allegations of fact found in



the Statement of Claim and I am satisfied that neither relates solely to the credibility of Mr. Corrier. That being so, his objection at discovery can only be sustained if at least one of the privileges he invokes in support has been properly asserted and substantiated, and operates to preclude an answer to the contested questions.

C. *The assertion and substantiation of the privileges invoked*

[34] I begin by noting Mr. Corrier's claim of privilege is predicated on the assertion that item B-18A(a) - initially described as a "[s]tatement of Daniel Corrier taken by Larry McGuire on October 16, 2006", but subsequently as a "letter of instruction" - was provided for a "dominant purpose". It is axiomatic that the dominant purpose test applies to litigation privilege only and that it has no bearing whatsoever on the existence of solicitor-client privilege (see *Royal Bank of Canada v. Keefe* (1993), 132 N.B.R. (2d) 444 (Q.B.), [1993] N.B.J. No. 11 (QL), per P.S. Creaghan, J., para. 4 and *Davis v. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, para. 27). It follows that only litigation privilege is brought into the mix by Mr. Corrier's Affidavit of Documents. As Justice Stevenson noted in *Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Ltd. and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406 (Q.B.), [1984] N.B.J. No. 112 (QL), para. 32, a ground not properly asserted is not established. The threshold issue is therefore whether litigation privilege over Mr. Corrier's statement has been properly asserted and established. If it has not, there is no need to consider the applicability of this Court's ruling in *Canada Post Corp.* to the case at bar.

[35] It is for the party refusing disclosure or production to establish his or her right to refuse by means of cogent admissible evidence. This is usually accomplished through affidavits setting out fully the supporting facts (see *Stamper v. VIA Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411 (Q.B.), [1984] N.B.J. No. 65 (QL), para. 33). In *McCaig and McCaig v. Trentowsky* (1983), 47 N.B.R. (2d) 71 (C.A.), [1983] N.B.J. No. 179 (QL), the Court adopted the view that affidavits in support of a claim of litigation privilege must be "full", which I take to mean that they must identify the privilege at issue and establish facts sufficient to

give rise to that privilege, as a matter of law. The affidavits must make the factual case for the privilege claimed, lifting its foundation from the general to the particular. In *Delta Electric Co. Ltd.*, Stevenson J. noted that affidavits in support of a claim of litigation privilege should disclose facts upon which the court could conclude to the existence of the required dominant purpose. Most importantly for litigation specialists, he went on to state: “It is not enough for the deponent merely to track the language of the relevant rule or test. If the party or person making the affidavit listing the documents does not have knowledge of the facts that support the claim to privilege, additional affidavits can be made by the persons who have that knowledge” [para.20]. In *Stamper (Next friend of) v. Finnigan et al.*, Justice Deschênes followed suit, opining that “the party seeking production is at least entitled to know specifically what privilege is being invoked in relation to any document or bundle of documents being withheld and to be appraised of the facts in support of the claim of privilege with respect to such document” [para. 38]. See, as well, *Garbutt v. Sun Alliance Insurance Company et al.* (1986) 73 N.B.R. (2d) 91 (Q.B.), [1986] N.B.J. No. 806 (QL), paras. 19-21.

[36] In *McCaig*, the Court subscribed to the view that any supporting affidavit stands to be construed strictly, adding that a significant deficiency in the evidential record provides good ground for the rejection of the privilege claim. I would conclude the discussion on point by underscoring that where a claim of privilege is not established by cogent admissible evidence, the court will not, as a general rule, examine the document with a view to ascertaining whether its nature and contents give rise to any production-denying privilege. After all, the record will rarely provide a principled basis to disregard the central tenets of the adversarial system in cases where both sides are represented by experienced counsel.

[37] That said, I will now endeavor to apply the principles adumbrated above to the case at hand. To that end and for ease of reference, it may be useful to repeat paragraph 2(f) of Mr. Corrier’s Affidavit of Documents, the evidential wellspring for the claim of litigation privilege relied upon in support of the order under appeal:

2. Of the documents in my possession or control relating to the matters in issue in this action, I object to producing those documents which are listed in Schedule “B” which is attached hereto for the reasons herein set out:

[...]

- (f) Documents in file B-14E, B-14F, and B-18A on the grounds that the said documents constitute letters of instruction from the Plaintiff’s solicitor, George A. McAllister, who retained Larry McGuire of ICD Maritime Inc. to provide the said reports and statements to him after this litigation was contemplated or commenced by the Plaintiff:
  - (1) for the dominant purpose of advising the Plaintiff on the conduct of this litigation by providing confidential legal advice to the Plaintiff relating to this action and that as such, the said documents fall within the scope of litigation privilege and also on the grounds that the said documents constitute the work product of the Plaintiff’s solicitor.
  - (2) and that the reports and statements constitute an investigative report in which an opinion is expressed that was prepared for the dominant purpose of being submitted to the Plaintiff’s solicitor, George A. McAllister, for advice with respect to, or use in, this litigation, which was contemplated or commenced by the Plaintiff and that as such the said reports and statements are privileged pursuant to s. 43.1 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973[,] c. E-11.

[38] It should be apparent to the careful reader that paragraph 2(f) contains a number of questionable statements. I offer the following non-exhaustive list. First,

paragraph 2(f) describes Mr. Corrier's October 16, 2006 statement as a "file". Second, it alludes to "statements" when only one is listed as item B-18A(a). Third, it describes item B-18A(a) as a letter of instruction from Mr. Corrier's counsel to Mr. McGuire. In addition, paragraph 2(f) features the clearly erroneous assertion that item B-18A(a), the statement of October 16, 2006, constitutes "an investigative report".

[39] More importantly, paragraph 2(f) puts forward as a fact within the personal knowledge of Mr. Corrier that his October 16, 2006 statement was provided to his counsel "for the dominant purpose" set out in subparagraphs (1) and (2). Clearly, this is not a fact within the personal knowledge of Mr. Corrier. Even more significantly, paragraph 2(f) fails to set out facts that might support a claim of litigation privilege over the statement in question. Indeed, there is no proffer of facts establishing that the statement is part of an "investigative report": there is no evidence that Mr. Corrier's October 16, 2006 statement was attached to one or the other of Mr. McGuire's "investigative reports"; nor is there any evidence that the statement accompanied one of those reports and was referenced therein. In short, no affiant with first hand knowledge provides facts that might establish a dominant purpose capable of giving rise to litigation privilege.

[40] It is doubtful whether paragraph 2(f) of Mr. Corrier's Affidavit of Documents, strictly construed, features a legally acceptable assertion of litigation privilege over his statement, as opposed to his counsel's letters of instruction to Mr. McGuire. However, even if the drafting flaws identified hereinabove are overlooked and it is accepted that a proper claim of litigation privilege is asserted in paragraph 2(f), one cannot turn a blind eye to the lack of any supporting evidence. In a word, litigation privilege over the document in question has simply not been established.

[41] It follows that Mr. Corrier's objections to the first two contested questions are unfounded.

IV. Disposition

[42] For the reasons set out hereinabove, we allowed the appeal at the hearing, set aside the order rendered in the court below and directed the respondent to re-attend discovery and answer the contested questions at issue and any proper follow-up question.

[43] While the finishing touches were being put on these reasons, the parties settled the underlying action thus rendering moot the questions raised on the appeal. While that happy development would usually bring the process to a close, the practice points raised and discussed are of such importance to the litigation bar that, in my respectful view, it behooves the Court to nonetheless publish its reasons for judgment. That said, I would leave unresolved for now the matter of costs. If the appellant wishes to make representations on the subject, he shall, within 30 days of the publication of these reasons by their filing with the Registrar, request a date for hearing. Absent such a request, each side should bear its own costs.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

[1] Dans l'action sous-jacente, l'intimé, J. Daniel Corrier, sollicitait des dommages-intérêts pour les blessures et les pertes subséquentes qu'il prétendait avoir subies par suite de la négligence de l'appelant dans la conduite de son véhicule à moteur. Au cours de l'interrogatoire préalable, l'avocat de l'appelant, Tim Seely, a interrogé M. Corrier au sujet des allégations de faits formulées dans son exposé de la demande concernant la responsabilité, puis il lui a posé quatre questions qui ont chacune soulevé des objections fondées sur le privilège relatif au litige. Dès les deux premières questions, l'avocat qui menait l'interrogatoire préalable a cherché à déterminer s'il y avait une différence quelconque entre la preuve fournie par M. Corrier à l'interrogatoire préalable concernant les allégations en question et le compte rendu à ce sujet qu'il avait auparavant fourni dans une déclaration écrite concernant laquelle, à ce qu'on prétendait, un privilège relatif au litige avait été revendiqué à bon droit. Les autres questions visaient à vérifier si M. Corrier avait passé en revue sa déclaration et s'était ainsi rafraîchi la mémoire en vue de l'interrogatoire préalable. Une juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté la motion subséquente de M. Seely visant à obtenir une ordonnance prescrivant que l'intimé fournisse une réponse à chacune des questions contestées et à toute question de suivi appropriée, ce qui a donné lieu au présent appel.

[2] M. Seely fait valoir que chaque question contestée était justifiée et avait trait à un objet du litige. Dans son mémoire, il a ajouté que les questions étaient pleinement autorisées en vertu de la règle 32 (« Interrogatoire préalable ») des *Règles de procédure* et que, par conséquent, la juge saisie de la motion n'avait aucun fondement en droit pour ne pas accorder la mesure réparatoire sollicitée en première instance.

[3] Après avoir entendu les avocats, nous avons souscrit aux prétentions énoncées dans ce mémoire, accueilli l'appel et ordonné à M. Corrier de se soumettre à un nouvel interrogatoire préalable afin de répondre aux questions contestées et à toute

question de suivi appropriée. Nous avons alors indiqué aux parties que des motifs écrits seraient déposés par la suite. Voici ces motifs.

I. Contexte

[4] Dans la partie II du mémoire de l'intimé, M. Corrier admet la justesse de l'énoncé des faits figurant dans la partie correspondante du mémoire de l'appelant (voir la règle 62.19(2)). Les faits essentiels n'étant pas contestés, le résumé fourni ci-après reprend en grande partie le mémoire de l'appelant.

[5] L'action sous-jacente découle d'un accident de la route survenu tard dans la nuit du 19 juin 2006 lorsque le véhicule à moteur que conduisait M. Seely a quitté la chaussée et est rentré dans un fossé. Le mémoire de l'appelant laisse entendre que M. Seely a peut-être dépassé une route secondaire qu'il avait l'intention d'emprunter en se dirigeant vers sa destination prévue. Comme tentative d'explication de l'accident, il a été suggéré que la visibilité n'était peut-être pas idéale puisqu'il n'y avait pas de lampadaire à cet endroit. Quoiqu'il en soit, M. Corrier, qui était assis sur la banquette arrière de la voiture, et un passager qui se trouvait sur le siège avant ont intenté des actions distinctes contre M. Seely et ils sollicitent des dommages-intérêts pour leurs blessures et pertes respectives découlant de l'accident.

[6] Dans l'exposé de la demande de M. Corrier, qui a été déposé le 5 septembre 2006, on fait valoir que M. Seely avait les facultés [TRADUCTION] « gravement » affaiblies par, notamment, l'alcool ou la drogue au moment de l'accident, qu'il a omis de faire preuve de vigilance et qu'il conduisait de façon [TRADUCTION] « dangereuse » sans porter le soin et l'attention voulus à sa manière de conduire et sans considération raisonnable pour les autres usagers de la route. Il est affirmé également qu'il conduisait à une vitesse excessive par rapport à la limite affichée et par rapport à la vitesse qui aurait été raisonnable et prudente, compte tenu des dangers réels et éventuels que présentait cet endroit. On remet également en question l'état du véhicule de M. Seely en avançant les deux prétentions suivantes : (1) la banquette arrière n'était pas

[TRADUCTION] « attachée de façon sécuritaire »; et (2) le montage des ceintures de sécurité de la banquette arrière avait été modifié de sorte qu'il était devenu inefficace.

[7] Dans son exposé de la défense modifié, M. Seely nie toute responsabilité pour l'accident. Il ajoute que les blessures de M. Corrier ont été causées, du moins en partie, par son omission de boucler la ceinture de sécurité à sa disposition.

[8] Toutefois, dans sa réplique modifiée, M. Corrier réitère sa plainte selon laquelle le véhicule de M. Seely n'était pas en bon état et il prétend que [TRADUCTION] « les sièges n'étaient pas fixés solidement au plancher et que soit le montage des ceintures de sécurité avait été enlevé, soit il avait été modifié de façon à être moins efficace, ou soit il ne fonctionnait que partiellement ou pas du tout. »

[9] Le 16 octobre 2006, deux mois après avoir déposé son avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande, M. Corrier a fait parvenir une déclaration écrite à un dénommé Larry McGuire, de la société ICD Maritime Inc. Les services de M. McGuire avaient été retenus aux fins de la poursuite par l'avocat de M. Corrier. La question de savoir pourquoi cet avocat – ou, d'ailleurs, tout avocat d'une partie demanderesse – aurait besoin d'un mandataire pour obtenir une telle déclaration est difficile à comprendre. À vrai dire, aucune justification possible ne vient à l'esprit. Quoiqu'il en soit, les documents au coeur du présent appel sont énumérés comme suit dans l'annexe B de l'affidavit des documents de M. Corrier, qui a été fait sous serment le 6 décembre 2007 :

14E. Correspondance de George A. McAllister P.C. avec Larry McGuire :

a) lettre de George A. McAllister P.C. à Larry McGuire en date du 31 juillet 2006.

14F. Correspondance de Larry McGuire avec George A. McAllister P.C. :

a) lettre datée du 22 août 2006;



- b) rapport d'enquête daté du 24 août 2006;
- c) rapport d'enquête daté du 16 novembre 2006.

[...]

18A. Déclaration du demandeur :

- a) déclaration de Daniel Corrier faite à Larry McGuire le 16 octobre 2006.

[C'est moi qui souligne.]

[10] À l'alinéa 2f) de son affidavit des documents, M. Corrier s'oppose à la production des documents contenus dans les [TRADUCTION] « dossiers » B-14E, B-14F et B-18A pour le motif qu'ils constituent des [TRADUCTION] « lettres de directives » de son avocat à M. McGuire. La partie pertinente de l'alinéa 2f) se lit, textuellement, comme suit :

[TRADUCTION]

- 2. S'agissant des documents dont j'ai la possession ou le contrôle concernant les questions en litige dans la présente action, je m'oppose à la production de ceux énumérés à l'annexe « B » jointe aux présentes pour les motifs suivants :

[...]

- f) Les documents contenus dans les dossiers B-14E, B-14F et B-18A pour le motif qu'ils constituent des lettres de directives de l'avocat du demandeur, M<sup>e</sup> George A. McAllister, qui a retenu les services de M. Larry McGuire, de la société ICD Maritime Inc., pour qu'il lui fournisse les rapports et les déclarations dont il est question, après que le demandeur eut envisagé ou intenté la présente poursuite :

- (1) dans le but principal de conseiller le demandeur sur la conduite de la

présente action en fournissant des conseils juridiques confidentiels au demandeur concernant la poursuite et, compte tenu de ce fait, les documents en question tombent sous le coup du privilège relatif au litige et constituent, de plus, le produit du travail de l'avocat du demandeur;

- (2) les rapports et les déclarations forment un rapport d'enquête dans lequel une opinion a été exprimée dans le but principal d'être soumise à l'avocat du demandeur M<sup>e</sup> George A. McAllister, pour qu'il fournisse des conseils se rapportant ou devant servir au présent litige, lequel était envisagé ou avait été intenté par le demandeur, et à ce titre, les rapports et les déclarations en question sont frappés d'un privilège conformément à l'art. 43.1 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973[,] ch. E-11.

[11] L'article 43.1 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11, prévoit que le « rapport d'enquête » préparé dans le but principal d'être soumis à un avocat pour conseil se rapportant ou devant servir à un litige envisagé ou en instance, est protégé contre la divulgation et la production dans les procédures civiles. Cet article prévoit également que, indépendamment du but pour lequel le rapport d'enquête a été préparé, est protégée toute partie de celui-ci dans laquelle une opinion est exprimée. Il peut s'avérer opportun de faire des observations générales sur la portée de l'art. 43.1. Les mots « rapport d'enquête » sont sans équivoque : il s'agit d'un compte rendu des résultats d'une enquête. En conséquence, la déclaration d'un témoin en tant que telle ne saurait constituer un « rapport d'enquête », quoique, dans certaines circonstances, elle pourrait faire partie d'un tel rapport et donc être visée par le privilège constitué par la loi. Qui plus est, la règle 31.02(1) a préséance sur l'art. 43.1 en ce qui concerne la divulgation (voir l'art. 76 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2). La règle 31.02(1) prévoit que « [t]out document qui a trait à une question en litige dans une action

et dont une partie a ou a eu la possession ou le contrôle ou que cette partie croit être en la possession, sous la garde ou sous le contrôle d'une personne non partie à l'action, doit être divulgué conformément à la présente règle, qu'il y ait ou non revendication de privilège par rapport à ce document.» [C'est moi qui souligne.] La divulgation complète de tous les documents pertinents est exigée (voir la règle 31.03(6)). Il s'ensuit que tous les rapports d'enquête pertinents doivent être divulgués conformément à la règle 31.02. Bien entendu, une partie peut être dispensée de les produire si elle revendique avec succès l'existence d'un privilège.

[12] À l'interrogatoire préalable, qui a eu lieu les 6 et 7 décembre 2007, l'avocat de M. Corrier a invoqué le privilège relatif au litige pour le document B-18Aa), soit la déclaration prise le 16 octobre 2006 par M. McGuire, pour justifier le refus de son client de répondre aux questions suivantes :

[TRADUCTION]

Q. 329 Y a-t-il quelque chose dans la déclaration qui ne concorde pas avec ce que vous dites ici aujourd'hui?

Q. 330 Ma question veut tout simplement que ce témoin me mette au courant de tout élément de preuve contenu dans la déclaration qui... qu'il n'a pas divulgué ici aujourd'hui à l'enquête préalable ou qui ne concorde pas avec ce qu'il a dit ici aujourd'hui.

Q. 331 Avez-vous passé en revue, avant de vous présenter ici aujourd'hui, la déclaration que vous avez fournie?

Q. 332 [...] J'ai le droit de savoir s'il s'est rafraîchi la mémoire avec cette déclaration récemment et c'est cela ma question.

[13] Comme il a déjà été dit, M. Seely a présenté une motion à la Cour du Banc de la Reine afin d'obtenir une ordonnance prescrivant à M. Corrier de se présenter à un nouvel interrogatoire préalable afin de répondre à ces questions et à toute question de

suivi appropriée. À l'audience du 8 mai 2008, la juge saisie de la motion a rejeté celle-ci. Elle n'a pas motivé sa décision.

[14] L'autorisation d'interjeter appel a été accordée le 18 juin 2008.

[15] M. Seely prétend que les deux premières questions contestées sont appropriées parce qu'il a le droit d'interroger M. Corrier au sujet des faits mentionnés à la fois dans son exposé de la demande et dans sa déclaration écrite antérieure. Il se fonde sur l'arrêt *Société canadienne des postes c. Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc.*, [2008] A.N.-B. n° 300 (QL), 2008 NBCA 54, où la Cour a jugé que les faits mentionnés dans une déclaration de témoin visée par le privilège relatif au litige étaient susceptibles de divulgation conformément à la règle 32.06(1). Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a tenu compte du libellé large de la règle 32.06, de la règle correspondante contenue dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, du principe général d'interprétation énoncé à la règle 1.03, et des arrêts clés en la matière, notamment les décisions suivantes : *Susan Hosiery Limited. c. The Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; *Sacrey et al. c. Berdan* (1986), 38 A.C.W.S. (2d) 296 (C. dist. Ont.), [1986] O.J. No. 2575 (QL); *Murray c. Woodstock General Hospital Trust* (1988), 66 O.R. (2d) 129 (C. div.), [1988] O.J. No. 1767 (QL); *Ceci c. Bonk* (1992), 7 O.R. (3d) 381 (C.A.), [1992] O.J. No. 380 (QL), le juge d'appel Carthy; *Devji c. Longo Brothers Fruit Markets Inc.* (1999), 45 O.R. (3d) 82 (Div. gén.), [1999] O.J. No. 1542 (QL); *Walker c. Woodstock District Chamber of Commerce et al.* (2001), 142 O.A.C. 53, [2001] O.J. No. 157 (QL); *Landolfi c. Fargione* (2006), 79 O.R. (3d) 767 (C.A.), [2006] O.J. No. 1226 (QL), par. 67 à 70; *DuPont Canada Inc. c. Emballage St-Jean Ltée* (2000), 102 A.C.W.S. (3d) 299 (C.F.A.), [2000] F.C.J. No. 2130 (QL), le juge en chef Richard; *R. c. Daley*, [2004] A.N.-B. n° 385 (QL), 2004 NBBR 367, le juge Russell; *R. c. Stewart McKelvey Stirling & Scales*, [2006] A.N.-B. n° 594 (QL), 2007 NBBR 81, le juge Russell; et *Forest Protection Ltd. c. Bayer AG et al.* (1998), 206 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 26 (C.B.R.), [1998] A.N.-B. n° 382 (QL), par. 13 et 15, le juge P.S. Creaghan.

[16] Dans ses observations fondées sur l'arrêt *Société canadienne des postes*, M. Seely a insisté sur ce qu'il considère comme un aspect très important des deux premières questions contestées : malgré le renvoi à [TRADUCTION] « quelque chose dans la déclaration » et à [TRADUCTION] « tout élément de preuve contenu dans la déclaration », chacune de ces questions ne visait que les faits se rapportant à la responsabilité dont faisaient état à la fois l'exposé de la demande de M. Corrier et sa déclaration du 16 octobre 2006. M. Seely tente d'étayer sa thèse sur ce point en exhortant la Cour à interpréter les questions à la lumière du contexte dans lequel elles ont été posées à M. Corrier. Vues sous cet angle, les questions semblent ne porter que sur ces faits.

[17] Dans sa réplique, M. Corrier conteste l'applicabilité de l'arrêt *Société canadienne des postes* en invoquant comme moyen que cet arrêt portait sur une affaire complètement différente, savoir la possibilité de divulgation des faits enregistrés dans une déclaration écrite préalable d'un témoin sur lesquels seulement un privilège relatif au litige était revendiqué. Il fait valoir que la déclaration en cause dans la présente affaire a été fournie par une partie à un mandataire dont les services avaient été retenus par l'avocat de cette partie. M. Corrier termine ses observations sur ce point en faisant valoir qu'à la fois un privilège relatif au litige et un privilège du secret professionnel de l'avocat ont été revendiqués ce qui concerne la déclaration qu'il a faite à M. McGuire et que le bien-fondé de ces revendications a été établi.

[18] Pour ce qui a trait aux deux dernières questions contestées, M. Seely attribue leur fondement et leur pertinence au rôle que la déclaration antérieure de M. Corrier a joué dans sa préparation en vue de l'interrogatoire préalable. À cet égard, M. Seely prétend que le privilège concernant une déclaration est éteint lorsqu'il est démontré que l'auteur de la déclaration a passé en revue celle-ci aux fins de l'interrogatoire préalable et se fie au contenu de cette déclaration pour assurer l'exactitude de son témoignage. À l'appui de cette prétention, M. Seely cite *Melanson c. Léger et al.* (2005), 279 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 276, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 58 (QL), 2005 NBCA 19, où

la juge d'appel Larlee, qui a rédigé la décision de la Cour, a fait les observations suivantes :

S'il devient évident qu'un témoin n'a aucun souvenir autonome des événements et s'appuie sur une déclaration antérieure, il y a renonciation à un quelconque privilège et l'autre partie a droit à une copie de la déclaration. [...]  
[par. 11]

M. Seely se fonde sur cet énoncé pour justifier son droit de poser à M. Corrier la question de savoir s'il s'est rafraîchi la mémoire concernant les circonstances de l'accident, dans ses préparatifs pour l'enquête préalable, en passant en revue la déclaration qu'il a faite le 16 octobre 2006. Il n'y a, selon M. Seely, aucune autre manière pour lui de déterminer si M. Corrier a un souvenir autonome des circonstances qu'il décrit dans le témoignage qu'il a fait sous serment. M. Corrier n'est pas de cet avis. Il prétend que les questions sont interdites et invoque à cet égard (1) la règle 32.06(1), du fait que les questions ne se rapportent pas à un objet du litige, et (2), la règle 32.06(1)b), du fait qu'elles portent uniquement sur la question de sa crédibilité.

[19] À la suite de l'audience, et à la demande de la Cour, les avocats ont présenté des observations écrites sur le bien-fondé de la revendication de privilège énoncée dans l'affidavit des documents de M. Corrier.

## II. Analyse et décision

### A. *Norme de contrôle*

[20] Chacun le sait, une ordonnance discrétionnaire ne peut être infirmée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir *Colombie-Britannique (Ministre des forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, [2003] A.C.S. n° 76 (QL), 2003 CSC 71, par. 43), ou encore, que si elle est déraisonnable, en ce sens que rien au dossier ne peut justifier pareille ordonnance

(voir R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton : Juriliber Limited, 1994), p. 36 et 37, *Secretary of State for Education and Science c. Metropolitan Borough of Tameside*, [1976] 3 All E.R. 665 (Ch. des Lords), le lord juge Diplock, et *Beaverbrook Canadian Foundation c. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 307 (QL), 2006 NBCA 75, par. 4).

[21] M. Corrier soutient que l'ordonnance frappée d'appel est une ordonnance discrétionnaire et que le dossier ne révèle aucune des lacunes mentionnées dans le paragraphe précédent. Il fait observer que le seul résultat possible qui soit fondé sur des principes est le rejet de l'appel.

[22] En toute déférence, le dispositif auquel parviendra notre Cour dépend de la réponse qui sera fournie à des questions de droit, savoir l'à-propos et la pertinence de certaines questions qui ont été posées à l'interrogatoire préalable conformément à la règle 32. Cela étant, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. De toute façon, il est impossible de dégager du dossier qui nous a été soumis un motif justifiant le rejet par la juge de la motion présentée par l'appelant. Lorsque, comme en l'espèce, un rejet césarien est prononcé sans motif justificatif, la Cour ne peut confirmer le rejet que si elle conclut que l'ordonnance rendue en première instance est celle qui « aurait dû être rendue » (voir la règle 62.21(1)).

B. *Portée de l'interrogatoire sous le régime de la règle 32.06*

[23] En vertu de la règle 32.06(1), la personne interrogée au préalable doit répondre à toute question « légitime qui se rapporte à un des objets du litige ». Cette personne doit répondre aux questions posées selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit.

[24] M. Corrier soulève deux moyens à l'appui de sa contestation quant au caractère approprié des deux premières questions en cause : (1) elles visent le contenu d'un document au sujet duquel il prétend avoir des revendications valides ressortissant au

privilège du secret professionnel de l'avocat et au privilège relatif au litige; (2) elles visent seulement à remettre en question sa crédibilité. Il conteste les deux dernières questions pour le motif qu'elles ne portent pas sur un objet du litige. Je commence par sa dernière objection.

[25] Dans l'arrêt *Juman c. Doucette*, [2008] 1 R.C.S. 157, [2008] A.C.S. n° 8 (QL), 2008 CSC 8, par. 24, le juge Binnie fait remarquer que l'interrogatoire préalable, d'une manière ou d'une autre, joue un rôle essentiel pour prévenir les surprises ou les « litiges par guet-apens », pour encourager les règlements et pour circonscrire les questions en litige lorsqu'un procès s'avère nécessaire. Il va sans dire que les différences dans le libellé des règles procédurales applicables peuvent avoir pour effet d'élargir ou de rétrécir la portée de l'interrogatoire préalable dans divers ressorts. Toutefois, dans son analyse des objectifs de l'interrogatoire préalable, le juge Binnie a adopté essentiellement le point de vue du juge Dickson dans l'arrêt *Seven Seas Restaurant Ltd. c. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 26 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 533, [1978] A.N.-B. n° 341 (QL), affaire qui a été tranchée sous le régime de nos anciennes *Règles*, ainsi que le point de vue du juge d'appel Ryan, de notre Cour, dans l'arrêt *Violette et al. c. Wandlyn Inns Ltd. et al.* (1995), 169 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 374 (C.A.), [1995] A.N.-B. n° 574 (QL), concernant les *Règles de procédure* actuelles. À sa manière habituelle de dire les choses sans équivoque, le juge d'appel Ryan a résumé comme suit les principaux objectifs et les éléments essentiels de nos règles actuelles en matière d'interrogatoire préalable :

[TRADUCTION]

L'un des objectifs de l'interrogatoire oral de l'enquête préalable est de permettre à la partie adverse de savoir quelle preuve elle doit contrer; il vise également à simplifier le procès en procurant des aveux (*Graydon c. Graydon* (1921), 51 O.L.R. 301 (H.C.)). La tendance des tribunaux n'est pas de borner les voies d'enquête préalable, mais de les élargir (*Henderson c. Mercantile Trust Co.* (1922), 52 O.L.R. 198).

Les objectifs susmentionnés s'inscrivent dans le but général de l'enquête préalable, laquelle comporte les précisions, la divulgation de documents, l'examen de documents, la reconnaissance de documents, l'examen physique, la



production de rapports, l'examen de biens et les interrogatoires écrits. Le but général de l'interrogatoire préalable peut se résumer en ces termes :

1. permettre à la partie interrogeante de savoir quelle preuve elle doit contrer;
2. permettre à une partie d'obtenir des aveux qui lui éviteront de devoir faire la preuve de ses propres prétentions par d'autres moyens;
3. obtenir des aveux qui permettront de démolir l'argumentation de l'adversaire;
4. faciliter un règlement.

[Voir les par. 2 et 3.]

Voir également *Doucett c. Crowther et al.* (1992), 129 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1 (C.B.R.), [1992] A.N.-B. n<sup>o</sup> 507 (QL), le juge McLellan, par. 8 et 9.

[26] M. Corrier prétend que notre règle 32.06(1) restreint davantage la portée de l'interrogatoire préalable que la règle 31.06(1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Selon lui, c'est parce que nos règles autorisent à poser des questions « se rapport[ant] à un des objets du litige », tandis que les *Règles* de l'Ontario permettent de poser des questions « qui se rapportent à une question en litige ». À mon sens, cette asymétrie dans les textes en question ne constitue pas une différence substantielle. Comme l'a fait remarquer de façon très imagée, mais avec finesse, le fameux poète anglais, il y a plusieurs siècles : « Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom ». En effet, le critère de la pertinence est le même dans les deux règles de procédure (Voir Holmsted et Watson, *Ontario Civil Procedure*, feuillets mobiles (Scarborough, Ontario : Thomson Canada, 1993), vol. 3, aux pages 31 à 65 et suiv.).

[27] L'interrogatoire oral éclipse tous les autres modes de divulgation qui existent pour ce qui est de son importance et de son efficacité. Dans *Guimond et al. c. Fiberglas Canada Inc. et al.* (1996), 173 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 25 (C.B.R.), [1996] A.N.B. n<sup>o</sup> 53 (QL), le juge McLellan a fait remarquer à bon droit, après avoir mentionné *Hauck c.*

*Cavendish Farms Ltd. – Les Fermes Cavendish Ltée* (1984), 56 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 238 (C.B.R.), [1984] A.N.-B. n<sup>o</sup> 247 (QL), p. 245, décision rendue par le juge Meldrum, que l'exigence « de divulgation entière de tous les faits avant le procès marque profondément les *Règles de procédure* actuelles de notre province ». En effet, l'obligation qu'a la partie interrogée de répondre selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris et ce qu'elle croit est probablement l'indice le plus révélateur du fait que le législateur privilégie une divulgation aussi complète que possible et je n'ai pas le moindre doute que les rédacteurs des règles en matière d'enquête préalable étaient conscients de l'évidence suivante : la divulgation complète préalable au procès favorise les tentatives de règlement amiable en supprimant les obstacles que posent les spéculations mal fondées concernant la solidité de la preuve de la partie adverse.

[28] La méthode d'interprétation des règles de divulgation axée sur une « divulgation complète » a été approuvée par notre Cour. (Voir *Kay c. Kay* (1999), 215 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 291 (C.A.), [1999] A.N.-B. n<sup>o</sup> 289 (QL), par. 26, et *Reilly c. Paul* (2006), 305 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 146 (C.A.), [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 380 (QL), par. 20). Les mots « question légitime qui se rapporte à un des objets du litige » figurant à la règle 32.06(1), ont davantage de sens si l'on opte pour une interprétation qui favorise une divulgation générale de l'information (voir *Société canadienne des postes c. Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc.*, par. 49). Comme l'a fait remarquer le juge Russell dans la décision *Rocca Enterprises Ltd. et al. c. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 224 (C.B.R.), [1989] A.N.-B. n<sup>o</sup> 621 (QL), nos *Règles de procédure* autorisent des interrogatoires préalables « menés sur une base large » [par. 9]. Dans le contexte de l'interrogatoire préalable, il convient d'évaluer de façon large ce qui constitue la pertinence de l'information (voir *Stamper and Di Domenicantonio c. Canadian National Railway Company* (1985), 63 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 342 (C.A.), [1985] A.N.-B. n<sup>o</sup> 218 (QL), par. 17, le juge d'appel Hoyt (tel était alors son titre). Par conséquent, une question remplit l'exigence de connexité si elle touche un sujet ayant un « air de pertinence ». Ce critère, qui constitue depuis longtemps le critère de base en Ontario, est repris, quoique formulé de diverses manières, partout dans la jurisprudence de notre province (voir, par exemple, *Rocca Enterprises Ltd. et Fougère c.*

*Acadia Drug (1969) Ltd. et al.* (1993), 206 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1 (C.B.R.), [1993] A.N.-B. n<sup>o</sup> 405 (QL), le juge Riordon. Toute question qui « peut » présenter une certaine importance pour les points en litige doit obtenir une réponse. (Voir *Williams et al.*, au par. 19, et *Ross c. New Brunswick Teachers' Association and Beutel* (1996), 174 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 236, [1996] A.N.-B. n<sup>o</sup> 160 (QL), par. 10). Tous conviennent que l'interrogatoire préalable ne doit pas porter sur des sujets qui n'ont aucun rapport avec les questions soulevées dans les plaidoiries; toutefois, il est généralement reconnu que la pertinence doit être établie au moyen d'une interprétation large des allégations contenues dans les plaidoiries (voir *Seven Seas Restaurant*, par. 6). Dans la décision *Slattery (Bankrupt) c. Slattery et al.* (1989), 95 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 422 (C.B.R.), [1989] A.N.-B. n<sup>o</sup> 310 (QL), par. 10, le juge Jones a reconnu que [TRADUCTION] « [l]es tribunaux ont généralement donné une interprétation assez large à la question de la pertinence » avant de citer, avec approbation, le point de vue énoncé à ce sujet par le juge Dickson dans l'arrêt *Seven Seas Restaurant*.

[29] La jurisprudence de notre province ayant trait à la portée de l'interrogatoire oral ressemble à tous points de vue à la jurisprudence de l'Ontario sur le sujet. Dans l'ouvrage *Choate on Discovery*, feuillets mobiles, 2<sup>e</sup> éd. (Scarborough, Ont. : Carswell, 1993), aux pages 2-94.2 et suiv., les auteurs expliquent qu'une « grande latitude est accordée à la personne qui interroge de sorte qu'un interrogatoire complet puisse être mené sur les questions en litige ». Ils ajoutent que la question de savoir ce qui est pertinent dans ce contexte doit être examinée « avec une certaine latitude » eu égard aux plaidoiries. À mon avis, les mots « toute question légitime qui se rapporte à un des objets du litige », qui figurent à la règle 32.06(1), tout comme le groupe de mots correspondant et très semblable contenu dans la règle 31.06(1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario (« aux questions légitimes qui se rapportent à une question en litige ») permettent une plus grande latitude dans la démarche interrogatoire que celle autorisée par les règles de preuve applicables au procès. Plus important encore pour les fins de l'espèce, j'accepte la proposition selon laquelle une question remplit le critère dit de la question ayant un « air de pertinence » si, vu la grande latitude accordée à l'avocat qui interroge, la réponse peut mener à la divulgation d'une preuve admissible (voir

Holmested et Watson, *Ontario Civil Procedure*, aux pages 31 à 66). Il pourrait s'avérer utile maintenant de reproduire les deux dernières questions contestées :

Q. 331 Avez-vous passé en revue, avant de vous présenter ici aujourd'hui, la déclaration que vous aviez fournie?

Q. 332 [...] J'ai le droit de savoir s'il s'est rafraîchi la mémoire avec cette déclaration récemment et c'est cela ma question.

[30] Dans son affidavit des documents, M. Corrier affirme sous serment que sa déclaration du 16 octobre 2006 a trait à un objet du litige. Cette assertion n'est pas contredite et, comme il a été mentionné, M. Corrier refuse de produire sa déclaration pour qu'elle soit examinée et photocopiée. Compte tenu de ce fait, M. Seely avait le droit de contre-interroger M. Corrier concernant l'affidavit des documents (voir la règle 32.06(1)c)). Les deux dernières questions contestées visent sans doute à vérifier le bien-fondé continu de toute revendication de privilège sur la déclaration de M. Corrier et la réponse à ces questions pourraient fort bien révéler une preuve admissible, s'il était établi qu'il y a eu renonciation au privilège. En toute déférence, j'estime que les questions sont suffisamment pertinentes pour mériter une réponse (voir *Heyduk c. Love* (1993), 18 C.P.C. (3d) 387 (C. Ont., Div. gén.), [1993] O.J. No. 4337 (QL)) qui, à toute fin utile, correspond entièrement à la présente affaire). Cela dit, il n'y a aucun fondement à l'objection formulée par M. Corrier. J'examinerai maintenant les objections soulevées concernant les deux premières questions contestées :

Q. 329 Y a-t-il quelque chose dans la déclaration qui ne concorde pas avec ce que vous dites ici aujourd'hui?

Q. 330 Ma question veut tout simplement que ce témoin me mette au courant de tout élément de preuve contenu dans la déclaration qui... qu'il n'a pas divulgué ici aujourd'hui à l'enquête préalable ou qui ne concorde pas avec ce qu'il a dit ici aujourd'hui.

[31] La règle 32 a élargi de façon significative l'étendue de l'interrogatoire préalable, et ce principalement en reconnaissant comme appropriées toute une gamme de questions qui auparavant avaient été déclarées interdites. En conséquence, on ne peut plus s'opposer à une question pour le motif que l'information sollicitée constitue un élément de preuve (voir la règle 32.06(1)a)), ou parce que cela constitue un contre-interrogatoire, tant et aussi longtemps que la question porte sur un objet du litige et ne vise pas uniquement à déterminer la crédibilité (voir la règle 32.06(1)b)), ou encore, parce que la question constitue un contre-interrogatoire sur l'affidavit des documents établi par la partie interrogée (voir la règle 32.06(1)c)). Qui plus est, les questions suivantes peuvent maintenant être posées : (1) les nom et adresse de témoins éventuels (voir la règle 32.06(2)); (2) les constatations, les opinions et les conclusions d'un expert dans les circonstances précisées à la règle 32.06(3); et (3) l'existence et le contenu de toute police d'assurance pouvant entrer en jeu.

[32] Cela dit, les questions hypothétiques ou les questions qui nécessitent l'opinion de témoins profanes sur des sujets qui ne sont pas de notoriété publique étaient interdites sous le régime des anciennes règles de procédure (voir *Chiasson c. Doiron* (1976), 15 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 293 (C.B.R.), [1976] A.N.-B. n<sup>o</sup> 191 (QL), le juge Richard (tel était alors son titre), et elles le sont probablement encore sous le régime des *Règles* actuelles. C'est définitivement le cas pour les questions destinées uniquement à mettre en doute la crédibilité (voir la règle 32.06(1)b)). Pareillement, parmi les questions injustifiées, il y aurait celles posées au cours d'un interrogatoire préalable mené de mauvaise foi ou de manière déraisonnable dans le but d'ennuyer, de gêner ou d'accabler le témoin (voir la règle 33.11(1)b)). Aussi, figurent au rang des questions injustifiées celles formulées dans le cadre d'un interrogatoire préalable « de durée [...] excessive compte tenu de la nature de l'instance » (voir la règle 33.11(1)c)). Pour les fins qui nous occupent, plus précisément, une question qui cherche à obtenir la divulgation d'une communication privilégiée n'est pas justifiée selon la règle 32.06(1) (voir *Williams et al. c. Saint John, City of and New Brunswick, Province of* (1983), 43 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 120

(C.B.R.), [1982] A.N.-B. n° 368 (QL), le juge Jones, par. 10, et *Khoury c. Khoury* (1991), 122 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 150 (C.B.R.), [1991] A.N.-B. n° 1136 (QL), le juge Logan).

[33] Il est rare qu'une question vise uniquement à déterminer la crédibilité. Cela tient au fait que la plupart des questions ont un objectif ou plusieurs objectifs qui dépassent la simple mise en doute de la crédibilité du témoin. En l'espèce, les questions visent à jeter de la lumière sur les allégations de faits concernant la responsabilité formulées dans l'exposé de la demande et je suis convaincu que ni l'une ni l'autre ne vise uniquement à vérifier la crédibilité de M. Corrier. Cela étant, son objection à l'interrogatoire préalable ne peut être acceptée que si au moins un des privilèges qu'il revendique à l'appui a été affirmé et étayé comme il se devait et a pour effet d'interdire qu'une réponse soit fournie aux questions contestées.

C. *La revendication et la justification des privilèges invoqués*

[34] Je constate tout d'abord que la revendication de privilège de M. Corrier est fondée sur l'assertion selon laquelle le document B-18Aa) – initialement décrit comme étant la « déclaration de Daniel Corrier faite à Larry McGuire le 16 octobre 2006 », mais qui subséquemment a été appelé une « lettre de directives » – a été fourni dans un « but principal ». Il est établi que le critère du but principal s'applique au privilège relatif au litige seulement et n'a aucune incidence que ce soit sur l'existence d'un privilège du secret professionnel de l'avocat (voir *Royal Bank of Canada c. Keefe* (1993), 132 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 444 (C.B.R.), [1993] A.N.-B. n° 11 (QL), le juge P.S. Creaghan, au par. 4, et *Davis c. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, au par. 27). Il s'ensuit que seul le privilège relatif au litige entre en jeu pour ce qui est de l'affidavit des documents de M. Corrier. Comme le juge Stevenson l'a fait remarquer dans *Delta Electric Co. Ltd. c. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Ltd. and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 406 (C.B.R.), [1984] A.N.-B. n° 112 (QL), au par. 32, un moyen qui n'a pas été invoqué en bonne et due forme ne saurait être établi. La question de base est donc celle de savoir si un privilège relatif au litige concernant la déclaration de M. Corrier a été revendiqué et justifié comme il se devait. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas lieu d'examiner

l'applicabilité à la présente affaire de la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Société canadienne des postes*.

[35] Il appartient à la partie qui refuse de divulguer ou de produire un document d'établir son droit de refus au moyen d'une preuve admissible forte. Pour ce faire, les parties procèdent habituellement par voie d'affidavit qui énonce tous les faits à l'appui (voir *Stamper c. Finnigan, VIA Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 411 (C.B.R.), [1984] A.N.-B. n<sup>o</sup> 65 (QL), par. 38). Dans *McCaig and McCaig c. Trentowsky* (1983), 47 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 71 (C.A.), [1983] A.N.-B. n<sup>o</sup> 179 (QL), la Cour a adopté comme point de vue que les affidavits à l'appui d'une revendication de privilège relatif au litige doivent être [TRADUCTION] « complets », ce qui, d'après moi, veut dire qu'ils doivent identifier le privilège en cause et établir suffisamment de faits pour que soit soulevé ce privilège sur le plan du droit. Les affidavits doivent établir les faits justifiant le privilège revendiqué, lui donnant un fondement non pas simplement général mais précis. Dans *Delta Electric Co. Ltd.*, le juge Stevenson a fait remarquer que les affidavits à l'appui d'une revendication de privilège relatif au litige devraient divulguer les faits sur le fondement desquels la Cour peut conclure à l'existence du but principal requis. Par surcroît, en ce qui concerne les experts en litige, il a ajouté : [TRADUCTION] « Le déposant ne doit pas se contenter de reprendre le libellé de la règle ou du critère pertinents. Si la partie ou la personne qui rédige l'affidavit des documents ignore les faits à l'appui de la revendication de privilège, les personnes informées de ces faits peuvent rédiger des affidavits supplémentaires » [par. 20 ]. Dans l'arrêt *Stamper c. Finnigan et autres*, le juge Deschênes a adopté le même raisonnement en affirmant : « [L]a partie qui demande la production des documents a au moins le droit de savoir exactement quel est le privilège invoqué à propos de tout document ou de toute liasse de documents dont la divulgation est refusée; la partie a également le droit d'être informée des faits appuyant la revendication de privilèges sur ce document » [par. 33]. Voir également *Garbutt c. Sun Alliance Insurance Company et al.* (1986), 73 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 91 (C.B.R.), [1986] A.N.-B. n<sup>o</sup> 806 (QL), par. 19 à 21.

[36] Dans l'arrêt *McCaig*, la Cour a souscrit au point de vue que tout affidavit à l'appui doit être interprété de façon restrictive, ajoutant que toute lacune importante dans le dossier de la preuve constitue un motif valable de rejet de la revendication de privilège. Je mettrais un terme à la discussion sur ce point en soulignant que lorsqu'une revendication de privilège n'est pas établie au moyen d'une preuve admissible forte, en règle générale, la cour n'examinera pas le document dans le but de déterminer si sa nature et son contenu donnent naissance à un privilège permettant de justifier le refus de produire. Après tout, le dossier offrira rarement un motif raisonné de faire abstraction des principes cardinaux du système accusatoire lorsque les deux parties sont représentées par des avocats compétents.

[37] Cela dit, je tenterai maintenant d'appliquer à la présente affaire les principes énoncés ci-dessus. À cette fin et pour faciliter la consultation, je pense qu'il serait utile de reproduire l'alinéa 2f) de l'affidavit des documents de M. Corrier, disposition à l'origine de la revendication du privilège relatif au litige sur lequel est fondée l'ordonnance frappée du présent appel :

[TRADUCTION]

3. S'agissant des documents dont j'ai la possession ou le contrôle concernant les questions en litige dans la présente action, je m'oppose à la production de ceux énumérés à l'annexe « B » jointe aux présentes pour les motifs suivants :

[...]

f) Les documents contenus dans les dossiers B-14E, B-14F et B-18A pour le motif qu'ils constituent des lettres de directives de l'avocat du demandeur, M<sup>c</sup> George A. McAllister, qui a retenu les services de M. Larry McGuire, de la société ICD Maritime Inc., pour qu'il lui fournisse les rapports et les déclarations dont il est question, après que le demandeur eut envisagé ou intenté la présente poursuite :



- (1) dans le but principal de conseiller le demandeur sur la conduite de la présente action en fournissant des conseils juridiques confidentiels au demandeur concernant la poursuite et, compte tenu de ce fait, les documents en question tombent sous le coup du privilège relatif au litige et constituent, de plus, le produit du travail de l'avocat du demandeur;
- (2) les rapports et les déclarations forment un rapport d'enquête dans lequel une opinion a été exprimée dans le but principal d'être soumise à l'avocat du demandeur M<sup>c</sup> George A. McAllister, pour qu'il fournisse des conseils se rapportant ou devant servir au présent litige, lequel était envisagé ou avait été intenté par le demandeur, et à ce titre, les rapports et les déclarations en question sont frappés d'un privilège conformément à l'art. 43.1 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973[, ] ch. E-11.

[38] Le lecteur averti constatera probablement que l'alinéa 2f) compte un nombre important d'assertions qui soulèvent des questions. J'offre la liste suivante qui n'est pas exhaustive. Tout d'abord, l'alinéa 2f) décrit la déclaration que M. Corrier a faite le 16 octobre 2006 comme étant un [TRADUCTION] « dossier ». Deuxièmement, il fait état de [TRADUCTION] « déclarations » alors qu'une seule est énumérée comme constituant le document B-18Aa). Troisièmement, il décrit le document B-18Aa) comme une lettre de directives envoyée par l'avocat de M. Corrier à M. McGuire. De plus, l'alinéa 2f) contient l'assertion manifestement erronée selon laquelle le document B-18Aa), la déclaration du 16 octobre 2006 constitue un [TRADUCTION] « rapport d'enquête ».

[39] Qui plus est, l'alinéa 2f) énonce comme fait dont M. Corrier aurait connaissance personnelle que sa déclaration du 16 octobre 2006 a été fournie à son

avocat dans le « but principal » prévu aux paragraphes (1) et (2). De toute évidence, il ne s'agit pas d'un fait dont M. Corrier pouvait avoir connaissance personnelle. Plus important encore, l'alinéa 2f) omet d'énoncer les faits qui auraient pu étayer une revendication de privilège relatif au litige sur la déclaration en question. En effet, aucun fait n'est présenté pour démontrer que la déclaration fait partie d'un [TRADUCTION] « rapport d'enquête » : rien n'établit que la déclaration faite par M. Corrier le 16 octobre 2006 a été annexée à l'un des [TRADUCTION] « rapports d'enquête » de M. McGuire, et rien n'indique que la déclaration accompagnait un de ces rapports ou qu'elle y était mentionnée. Bref, aucun déposant ayant une connaissance directe n'a fourni de faits susceptibles d'établir un but principal qui donnerait naissance à un privilège relatif au litige.

[40] Il est douteux que l'alinéa 2f) de l'affidavit des documents de M. Corrier, interprété de façon restrictive, contienne une assertion acceptable, du point de vue juridique, de l'existence d'un privilège relatif au litige sur sa déclaration, à la différence des lettres de directives que son avocat a fait parvenir à M. McGuire. Toutefois, même si les lacunes en matière de rédaction isolées ci-dessus sont écartées et s'il est accepté qu'une revendication en bonne et due forme de privilège relatif au litige est affirmée à l'alinéa 2f), nul ne saurait faire abstraction du fait qu'il y a manque flagrant de preuve à l'appui de cette revendication. Autrement dit, le privilège relatif au litige sur le document en question n'a simplement pas été établi.

[41] Il s'ensuit que les objections de M. Corrier concernant les deux premières questions contestées ne sont pas fondées.

#### IV. Dispositif

[42] Pour les motifs énoncés ci-dessus, nous avons accueilli l'appel à l'audience, annulé l'ordonnance rendue par le tribunal d'instance inférieure et ordonné à l'intimé de comparaître à un nouvel interrogatoire préalable et de répondre aux questions contestées qui font l'objet du litige et à toute question de suivi approprié.

[43] Nous mettions la dernière main aux présents motifs lorsque les parties sont parvenues à un règlement dans l'action sous-jacente. Les questions soulevées dans le présent appel sont alors devenues théoriques. Cet heureux dénouement mettrait habituellement un terme au processus, toutefois, les points soulevés et débattus sont d'une telle importance pour les avocats de litige qu'à mon humble avis la Cour a le devoir de publier tout de même ses motifs de jugement en la matière. Cela dit, je ne trancherais pas la question des dépens pour le moment. Si l'appelant souhaite présenter des observations à ce sujet, il peut le faire, dans les 30 jours de la publication des présents motifs, en déposant auprès du Registraire une demande visant à obtenir une date d'audience. À défaut d'une telle demande, chaque partie devrait assumer ses propres dépens.