

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

86-11-CA

WELDON FURLOTTE

APPELLANT

- and -

DR. JOHN J. MILCZAREK

RESPONDENT

Furlotte v. Milczarek, 2012 NBCA 24

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
April 18, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
2011 NBQB 105

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Queen's Bench:
2010 NBQB 247

Court of Appeal:
2011 NBCA 95

Appeal heard:
January 25, 2012

Judgment rendered:
January 25, 2012

Counsel at hearing:

For the appellant:
No one appeared

For the respondent:
John C. Gillis

WELDON FURLOTTE

APPELANT

- et -

D^r JOHN J. MILCZAREK

INTIMÉ

Furlotte c. Milczarek, 2012 NBCA 24

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 18 avril 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 105

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour du Banc de la Reine :
2010 NBBR 247

Cour d'appel :
2011 NBCA 95

Appel entendu :
Le 25 janvier 2012

Jugement rendu :
Le 25 janvier 2012

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Personne n'a comparu

Pour l'intimé :
John C. Gillis

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

(Orally)

[1] On July 9, 1997, the appellant, Weldon Furlotte, was injured in a two-vehicle collision. He subsequently brought an action for compensatory damages against the other driver. During the discovery process, Mr. Furlotte was medically examined, at the instance of the defendant, by Dr. John M. Milczarek. Following the examination, Dr. Milczarek prepared a written report setting out, *inter alia*, his observations as well as his diagnosis and prognosis, all in accordance with Rule 36 of the *Rules of Court* (“Medical Examination of Parties”), and in particular Rule 36.07. Sometime later, Dr. Milczarek produced an updated report. Copies of the original and the update were provided to Mr. Furlotte.

[2] In the initial report, Dr. Milczarek expressed opinions regarding Mr. Furlotte’s pre-existing medical problems and the nature and severity of the injuries he likely sustained in the July 9, 1997 accident. He confirmed those opinions in the updated report. At trial, the judge marked the two reports as exhibits, without any objection from Mr. Furlotte, and Dr. Milczarek gave oral testimony during the course of direct and cross examination. While Mr. Furlotte argued the opinions expressed in the reports unfairly downplayed his accident-related problems, it is apparent from the trial judge’s reasons for judgment that he was satisfied they were well founded (see *Furlotte v. Elward*, 2010 NBQB 247, 362 N.B.R. (2d) 365). On appeal, this Court rejected Mr. Furlotte’s challenge to the trial judge’s description of the accident-related injuries and his assessment of damages. In fact, the Court reduced the damages awarded to Mr. Furlotte (see *Furlotte v. Elward*, 2011 NBCA 95, 379 N.B.R. (2d) 199).

[3] Before the assessment of damages, Mr. Furlotte commenced an action against Dr. Milczarek, seeking, *inter alia*, aggravated damages and punitive damages for producing medical reports that, in the view expressed in the Statement of Claim, “falsely” reported his history of pre-existing medical problems, unjustifiably “made it look like

[he] would have become disabled with pain, even if the accident did not happen” and “[fraudulently misrepresented] the injuries suffered by [him] in the motor vehicle accident [...] by not even considering other and more likely causes which he must, through education and training, have been aware of”.

[4] After filing a Statement of Defence in which he denied any wrongdoing and asserted the representations in his reports were honestly made, without fraud or any intention to defraud or deceive, Dr. Milczarek moved for summary judgment. In support, Dr. Milczarek filed two affidavits in which he confirmed his sole involvement had been as a defence medical examiner pursuant to Rule 36 and that “the statements and opinions contained in [his] reports were made in good faith in discharge of [his] duty in providing an independent medical opinion”. Although Mr. Furlotte filed an affidavit, it provided no admissible factual substantiation for any of the allegations of wrongdoing found in his Statement of Claim.

[5] In comprehensive reasons for decision, the motion judge, who, as it happens, also determined Mr. Furlotte’s accident-related injuries and assessed his damages, granted summary judgment (see *Furlotte v. Milczarek*, 2011 NBQB 105, 372 N.B.R. (2d) 349). In the motion judge’s view, Dr. Milczarek’s affidavit evidence justified summary judgment there being no “affidavit in response to this motion” (see para. 11) and no doubt as to the outcome at trial. The motion judge explained why Mr. Furlotte’s affidavit was not legally and factually responsive to the case for summary judgment:

In *Cannon v. Lange* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313, Drapeau, J.A., as he then was, said at paragraph 23 of the Quicklaw version:

23 Common sense should move the parties to put their best foot forward on a motion under Rule 22. Such a course of conduct is particularly wise for a respondent, since he or she has the most to lose. As stated by the Ontario Court of Appeal in 1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club (1995), 21 O.R. (3d) 547 at 557 in a vernacular expression, the respondent ‘must lead trump or risk losing.’ It will

rarely be sufficient for the respondent to promise that evidence, which is admissible pursuant to Rule 39.01(4), will be produced at trial: absent a compelling explanation, the respondent is required to produce admissible evidence which will prevent a conclusion that the action or defence is bereft of merit. I have no doubt that, where the ends of justice require, the court will allow all appropriate accommodations including leave to file further affidavit evidence.

Cannon v. Lange also comments at paragraphs 18, 19 and 22:

18 Stratton C.J.N.B., writing for a unanimous Court, articulated the test in the oft-quoted case of *Ripulone v. Pontecorvo* (1989), 104 N.B.R. (2d) 56 at p. 63. He held:

[13] Summary judgment should be granted only when there is no reason for doubt as to what the judgment of the court should be if the matter proceeds to trial. The moving party's case must be unanswerable.

19 This Court has been consistent in its application of the test. The *Ripulone* formula is faithful to the wording of Rule 22.04 and the spirit of Rule 22: I see no reason to change its language.

...

22 In dealing with any motion for summary judgment, the court must undoubtedly take a hard look at the pleadings and the evidence to determine whether there is truly some merit to the action or defence, or part thereof. The court's ability to do so will necessarily depend on the nature and quality of the evidentiary record which the parties can place before it. In some cases, perhaps not this one, the evidentiary constraints imposed by Rules 22 and 39.01(4) will make a judgment without trial inappropriate.

[...]

At paragraph 14 of the Statement of Claim, Mr. Furlotte suggests that Dr. Milczarek fraudulently misrepresented his injuries because he did not consider other or more likely causes of Mr. Furlotte's injuries. In argument, he suggests Dr. Milczarek fabricated evidence. There is no affidavit evidence indicating what other causes Mr. Furlotte is referring to. When I consider the pleadings and Drapeau J.A.'s comments in *Cannon v. Lange*, I believe the failure to provide an affidavit, with admissible evidence as to what Dr. Milczarek fraudulently failed to consider or what he fabricated, with the required specificity, leads to the conclusion that Mr. Furlotte did not "put his best foot forward; nor lead trump". [paras. 12-16]

[6] Following judgment, and at the request of Mr. Furlotte, the motion judge reconsidered his decision. In the result, he corrected a few minor and obvious misstatements in his reasons for decision. Issue is not taken with the judge's authority to correct those slips.

[7] Mr. Furlotte appeals, contending the motion judge entirely overlooked his affidavit, erred in law by refusing to reconsider his dismissal of the action after it was "brought to his attention that he overlooked the evidence of the appellant" and failed to consider the allegations found in his Statement of Particulars.

[8] Having carefully considered the record, we are satisfied the trial judge considered Mr. Furlotte's affidavit, but correctly concluded it did not constitute a legally valid response to the motion and Dr. Milczarek's affidavit evidence. The uncontradicted evidence is that Dr. Milczarek acted in good faith and competently in discharging his responsibilities pursuant to Rule 36. In our view, the motion judge was entitled to conclude, on the basis of the admissible evidence placed before him, that there was "no merit to the action" (see Rule 22.01(3) and *Cannon v. Lange* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (C.A.) (QL)). That being so, we need not decide whether the Statement of Claim failed to disclose "a reasonable cause of action" within the meaning of Rule 23.01(1)(b) (see *Village of Saint-François de Madawaska v. Nadeau Poultry*

Farm Limited and Maple Lodge Farms Limited, 2011 NBCA 55, [2011] N.B.J. No. 197 (QL), paras. 20-22).

[9] For the reasons adumbrated above, we dismiss the appeal with costs, which are fixed at \$2,500.00.

LA COUR
(oralement)

- [1] Le 9 juillet 1997, l'appelant, Weldon Furlotte, a été blessé dans une collision impliquant deux véhicules. Par la suite, il a intenté à l'autre conducteur une action en dommages-intérêts compensatoires. Pendant le processus de communication préalable, M. Furlotte a subi, à la demande du défendeur, un examen médical effectué par le docteur John M. Milczarek. Après avoir procédé à l'examen, le D^f Milczarek a préparé un rapport écrit formulant, entre autres, ses observations ainsi que son diagnostic et son pronostic, le tout conformément à la règle 36 des *Règles de procédure* (« Examen médical des parties »), et particulièrement à la règle 36.07. Quelque temps plus tard, le D^f Milczarek a présenté un rapport mis à jour. Des copies du rapport original et de la mise à jour ont été fournies à M. Furlotte.
- [2] Dans le rapport initial, le D^f Milczarek a exprimé des opinions sur les problèmes médicaux préexistants de M. Furlotte et sur la nature et la gravité des blessures qu'il a probablement subies dans l'accident du 9 juillet 1997. Il a confirmé ces opinions dans le rapport mis à jour. Au procès, le juge a enregistré les deux rapports comme pièces sans aucune objection de la part de M. Furlotte, et le D^f Milczarek a donné un témoignage oral tant en interrogatoire principal qu'en contre-interrogatoire. Bien que M. Furlotte ait soutenu que les opinions exprimées dans les rapports avaient minimisé injustement ses problèmes découlant de l'accident, les motifs de jugement du juge du procès montrent avec évidence qu'il était convaincu que ces opinions étaient bien fondées (voir *Furlotte c. Elward*, 2010 NBBR 247, 362 R.N.-B. (2^e) 365). En appel, notre Cour a rejeté la contestation de M. Furlotte quant à la manière dont le juge du procès a décrit les blessures découlant de l'accident et son évaluation des dommages-intérêts. La Cour a même réduit les dommages-intérêts accordés à M. Furlotte (voir *Furlotte c. Elward*, 2011 NBCA 95, 379 R.N.-B. (2^e) 199).

[3] Avant l'évaluation des dommages-intérêts, M. Furlotte a introduit une action contre le D^r Milczarek, demandant entre autres des dommages-intérêts majorés et des dommages-intérêts punitifs pour présentation de rapports médicaux qui, selon l'opinion exprimée dans l'exposé de la demande, ont décrit [TRADUCTION] « faussement » l'historique de ses problèmes médicaux préexistants, ont donné de façon injustifiable [TRADUCTION] « l'impression que les douleurs [l']auraient rendu invalide même si l'accident n'avait pas eu lieu » et [TRADUCTION] « [ont décrit de façon frauduleuse et inexacte] les blessures qu'[il] a subies dans l'accident de véhicule à moteur [...] en n'envisageant même pas d'autres causes plus probables dont il a dû être conscient du fait de ses études et de sa formation ».

[4] Après avoir déposé un exposé de la défense dans lequel il niait tout acte fautif et affirmait que les assertions contenues dans ses rapports avaient été faites honnêtement, sans fraude ni intention de frauder ou de tromper, le D^r Milczarek a présenté une motion en jugement sommaire et déposé deux affidavits à l'appui, dans lesquels il a confirmé qu'il avait participé à l'affaire uniquement à titre de médecin examinateur de la défense conformément à la règle 36 et que [TRADUCTION] « les affirmations et les opinions contenues dans [ses] rapports ont été faites de bonne foi dans l'exercice de [son] obligation de fournir une opinion médicale indépendante ». Bien que M. Furlotte ait déposé un affidavit, celui-ci n'a étayé d'une corroboration factuelle admissible aucune des allégations d'acte fautif portées dans son exposé de la demande.

[5] Dans les motifs exhaustifs de sa décision, le juge saisi de la motion, qui se trouve être également celui qui a statué sur les blessures de M. Furlotte découlant de l'accident et qui a évalué ses dommages-intérêts, a accordé un jugement sommaire (voir *Furlotte c. Milczarek*, 2011 NBBR 105, 372 R.N.-B. (2^e) 349). Le juge saisi de la motion a été d'avis que la preuve par affidavit du D^r Milczarek justifiait un jugement sommaire, car il n'y avait pas eu [TRADUCTION] d'« affidavit en réponse à la motion » (par. 11) et il n'y avait aucun doute sur l'issue du procès. Le juge saisi de la motion a expliqué pourquoi l'affidavit de M. Furlotte n'avait pas réfuté, sur le plan du droit et des faits, le bien-fondé d'un jugement sommaire.

[TRADUCTION]

Dans l'arrêt *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121, [1998] A.N.-B. n^o 313, le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a affirmé, au par. 23 de la version Quicklaw :

23 Le bon sens devrait inciter les parties à faire de leur mieux dans le cadre d'une motion déposée conformément à la règle 22. Une telle attitude est particulièrement sage dans le cas de la partie intimée, puisque c'est elle qui a le plus à perdre. Comme l'a dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club et al.* (1995), 21 O.R. (3d) 547, à la page 557, en employant une expression imagée, l'intimé « doit jouer atout ou risquer de perdre ». Il suffit rarement que l'intimé promette que des éléments de preuve admissibles en vertu de la règle 39.01(4) seront produits au procès : en l'absence d'une explication convaincante, l'intimé est tenu de produire des éléments de preuve admissibles qui empêcheront le tribunal de conclure que l'action ou la défense est dénuée de tout fondement. Il ne fait aucun doute à mes yeux que lorsque les fins de la justice l'exigent, la Cour autorisera les compromis nécessaires, y compris la permission de déposer d'autres preuves par affidavit.

L'arrêt *Cannon c. Lange* contient aussi les propos suivants, aux par. 18, 19 et 22 :

18 Le juge en chef du Nouveau-Brunswick, l'honorable Stratton, qui a rendu le jugement unanime de la Cour dans l'arrêt souvent cité *Ripulone c. Pontecorvo* (1989), 104 R.N.-B. (2^e) 56, a ainsi formulé ce critère, à la page 63 :

[13] [...] Un jugement sommaire ne devrait être accordé que lorsqu'il n'existe aucun motif de douter de ce que serait le jugement de la cour si l'action était instruite. L'auteur de la motion doit prouver sa demande de façon irréfutable.

19 Notre Cour a été conséquente dans l'application de ce critère. La formule retenue dans l'arrêt

Ripulone est fidèle au libellé de la règle 22.04 et à l'esprit de la règle 22, et je ne vois aucune raison de la modifier.

[...]

22 Lorsqu'elle examine une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, la Cour doit certainement examiner en détail les plaidoiries et la preuve afin de déterminer s'il existe véritablement un fondement à l'action ou à la défense, ou à une partie de celles-ci. La capacité de la Cour de le faire dépend nécessairement de la nature ou de la qualité des preuves que les parties peuvent déposer devant elle. Dans certains cas, mais peut-être pas dans celui qui nous occupe ici, les contraintes qu'imposent les règles 22 et 39.01(4) en matière de preuve font en sorte qu'un jugement sans procès est contre-indiqué.

[...]

Au par. 14 de l'exposé de la demande, M. Furlotte affirme que le D^f Milczarek a décrit ses blessures de façon frauduleuse et inexacte parce qu'il n'a pas envisagé d'autres causes plus probables de ses blessures. Dans son argumentation, il laisse entendre que le D^f Milczarek a fabriqué des preuves. Aucune preuve par affidavit n'indique de quelles autres causes M. Furlotte veut parler. Lorsque je considère les plaidoiries et les remarques du juge d'appel Drapeau dans l'arrêt *Cannon c. Lange*, je crois que le défaut de présenter un affidavit contenant des preuves admissibles et suffisamment spécifiques sur ce dont le D^f Milczarek aurait frauduleusement omis de tenir compte ou sur ce qu'il aurait fabriqué amène à conclure que M. Furlotte n'a pas « fait de son mieux, ni joué atout » [par. 12 à 16].

[6] Après avoir rendu son jugement, et à la demande de M. Furlotte, le juge saisi de la motion a réexaminé sa décision. En fin de compte, il a corrigé quelques inexactitudes mineures et évidentes de ses motifs de décision. On ne conteste pas le pouvoir du juge de corriger ces lapsus.

[7] M. Furlotte interjette appel en soutenant que le juge saisi de la motion n'a tenu aucun compte de son affidavit, a commis une erreur de droit en refusant de réexaminer son rejet de l'action après qu'il lui eut [TRADUCTION] « été signalé qu'il n'avait pas tenu compte de la preuve de l'appelant », et a omis de tenir compte des assertions contenues dans son exposé des précisions.

[8] Après avoir examiné attentivement le dossier, nous sommes convaincus que le juge du procès a tenu compte de l'affidavit de M. Furlotte, mais a conclu avec raison qu'il ne constituait pas une réponse légalement valable à la motion et à la preuve par affidavit du D^f Milczarek. La preuve non contredite indique que le D^f Milczarek a agi de bonne foi et avec compétence lorsqu'il s'est acquitté de ses responsabilités conformément à la règle 36. À notre avis, le juge saisi de la motion était fondé à conclure, d'après la preuve admissible qui lui était présentée, que l'action était « sans fondement » (voir la règle 22.01(3) et l'arrêt *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121, [1998] A.N.-B. n^o 313 (C.A.) (QL)). Puisqu'il en est ainsi, nous n'avons pas à décider si l'exposé de la demande a révélé « une cause d'action [...] raisonnable » au sens de la règle 23.01(1)b) (voir *Village de Saint-François de Madawaska c. Nadeau Ferme Avicole Limitée et Maple Lodge Farms Limited*, 2011 NBCA 55, [2011] A.N.-B. n^o 197 (QL), par. 20 à 22).

[9] Pour les motifs esquissés ci-dessus, nous rejetons l'appel avec dépens, dont nous fixons le montant à 2 500 \$.