COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

115-12-CA

THE BEAVERBROOK ART GALLERY

APPELLANT

- and -

BEAVERBROOK CANADIAN FOUNDATION

RESPONDENT

The Beaverbrook Art Gallery v. Beaverbrook Canadian Foundation, 2013 NBCA 17

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
August 14, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 24, 2013

Judgment rendered:
February 21, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

GALERIE D'ART BEAVERBROOK

APPELANTE

- et -

BEAVERBROOK CANADIAN FOUNDATION

INTIMÉE

Galerie d'art Beaverbrook c. Beaverbrook Canadian Foundation, 2013 NBCA 17

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 14 août 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 24 janvier 2013

Jugement rendu :
Le 21 février 2013

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
David Duncan Young and
Leanne M. Murray

For the respondent:
Rodney J. Gillis, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante:
David Duncan Young et
Leanne M. Murray

Pour l'intimée :
Rodney J. Gillis, c.r.

LA COUR

Déboute et condamne aux dépens la partie appelante.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

[1] The present appeal brings into play Rules 2.01 and 32.02(2) of the *Rules of Court*. Rule 2.01 authorizes the court to dispense with compliance with any rule. As Quigg, J.A. observed, on behalf of the majority, in *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc.*, 2011 NBCA 59, 375 N.B.R. (2d) 141, at para. 38 "[t]he purpose of a dispensation under Rule 2.01 is to prevent an injustice". Moreover, the party seeking dispensation under Rule 2.01 bears the burden of establishing its value as a shield against abuse of process and, more generally, injustice (see *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc*., at para. 37). As for Rule 32.02(2), it may be broken down into the following elements: (1) where a corporation is to be examined for discovery, the examining party may select and examine an officer, director or manager on behalf of the corporation; (2) however, the corporate party may apply for an order compelling the examining party to examine some other officer, director, manager or employee; and (3) once the examination of an officer, director, manager or employee has taken place, no other officer, director, manager or employee may be examined on behalf of the adverse corporate party, except with leave of the court.

[2] Timothy Aitken, the grandson of William Maxwell Aitken, the first Lord Beaverbrook, was president of the respondent, the Beaverbrook Canadian Foundation, when the appellant, the Beaverbrook Art Gallery, selected him as the person to be examined for discovery on behalf of the Foundation. However, Timothy Aitken is no longer a Foundation officer or director, having resigned in June of 2012. Nor is he currently a manager or employee of the Foundation.

[3] Rule 32.02(2) is not ambiguous. The person selected to be examined for discovery on behalf of an adverse corporate party must be one of its officers, directors, or managers both at the time of his or her selection and at the time of the examination (see *Buckley v. Students Union of St. Thomas University Inc.* (1991), 120 N.B.R. (2d) 91,

[1991] N.B.J. No. 846 (Q.B.) (QL), per Stevenson, J.). The logic of the latter requirement is self-evident: the selected person is to be examined "on behalf of the corporation" and, as a result, his or her answers are sought with a view to binding the corporation. Rule 32.02(2), like its sister rules of procedure, has the "force and effect of a legislative enactment": s. 76 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2.

[4] By the decision under appeal, a judge of the Court of Queen's Bench ordered the Gallery to choose someone other than Timothy Aitken to be examined on behalf of the Foundation. In ruling as she did, the motion judge effectively declined to override Rule 32.02(2). She made the order under appeal for the following reasons:

> In this case, there is evidence that [Aitken], a representative of the Gallery and Chief Justice David Smith met in New York in an effort to settle the dispute. The settlement which they arrived at was rejected by the Foundation and [Aitken] resigned. Counsel for the Foundation says there is a conflict between the Foundation and [Aitken] which makes him an unsuitable person to testify on its behalf. I agree.
>
> <u>The most compelling argument, however, is that ordering [Aitken] to testify will inevitably further prolong this litigation. It has already gone on long enough and at great expense to these two charitable organizations.</u> [paras. 7-8]
> [Emphasis added.]

[5] The Gallery appeals, with leave, arguing the motion judge erred in law in finding there was a conflict between the Foundation and Timothy Aitken, in failing to find that the Foundation had not proven Timothy Aitken's resignation was *bona fide* and in ordering the Gallery choose another suitable candidate to examine for discovery, so as to avoid prolonging the litigation. In my assessment, stripped to its essential nature, the Gallery's argument in the court below could only succeed if an order issued dispensing with the requirement under Rule 32.02(2) that the person selected be an officer, director or manager at the time of his or her examination on behalf of the corporation.

[6] The general rule is that the party who asserts must prove. The Gallery bore the burden of establishing the condition precedent to the application of Rule 2.01, namely that dispensation was necessary to thwart an abuse of process and, more generally, in the interests of justice. It failed to discharge that burden.

[7] Indeed, there is not one iota of evidence that the Foundation and Timothy Aitken orchestrated his resignation with a view to frustrating or impairing the Gallery's discovery of the Foundation (see *Pullman Power Products of Canada Ltd. v. Noell GmbH et al.* (1996), 177 N.B.R. (2d) 305, [1996] N.B.J. No. 213 (Q.B.) (QL), per Deschênes, J., as he then was, at paras. 9 and 11). Nor does the record suggest Timothy Aitken's examination on behalf of the Foundation is essential to the prosecution of the Gallery's case. The motion judge could conclude that Timothy Aitken and the Foundation held conflicting views regarding the preferable outcome for the litigation and that his court-ordered examination on behalf of the Foundation risked delaying this already slow moving litigation.

[8] The standard of review applicable to appeals from discretionary orders is set out in *Beaverbrook Canadian Foundation v. Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161:

> […] The impugned Order is quintessentially the product of an exercise of judicial discretion. Like any other discretionary judicial decision, it 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. Okanogan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at 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) at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064). [para. 4]

Applying that standard, I would uphold the motion judge's decision and dismiss the appeal with costs which I would set at $2,500. It follows that the Court need not pass upon the admissibility of evidence of a post-decision occurrence proffered by the Foundation for the purpose of showing Timothy Aitken's resignation was indeed *bona fide*.

[9] A final word. It is often said that justice delayed is justice denied. This litigation needs judicial oversight in the Court of Queen's Bench if the ends of justice are to be pursued in timely fashion.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE DRAPEAU, J.C.N.-B.

[1] Le présent appel nous amène à nous pencher sur les règles 2.01 et 32.02(2) des *Règles de procédure*. La règle 2.01 habilite la cour à dispenser de l'observation d'une règle. Comme la juge Quigg l'a indiqué, au nom de la majorité, au par. 38 de *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, 2011 NBCA 59, 375 R.N.-B. (2e) 141 : « Une dispense en vertu de la règle 2.01 vise à prévenir une injustice ». Le fardeau échoit à la partie qui demande la dispense prévue par la règle 2.01 d'établir qu'elle aura valeur de rempart contre un abus de procédure et, d'une façon plus générale, contre l'injustice (*Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, par. 37). Quant à la règle 32.02(2), il est permis de l'articuler en trois éléments : (1) si la partie à interroger au préalable est une corporation, la partie interrogeante peut interroger le dirigeant, l'administrateur ou le gérant qu'elle choisit et qui donnera réponse au nom de la corporation; (2) la corporation peut toutefois demander à la cour une ordonnance qui enjoindra à la partie interrogeante d'interroger un autre dirigeant, administrateur, gérant ou employé; (3) une fois que l'interrogatoire du dirigeant, de l'administrateur, du gérant ou de l'employé a eu lieu, nul autre dirigeant, administrateur, gérant ou employé ne peut être interrogé au nom de la corporation sans la permission de la cour.

[2] Timothy Aitken, petit-fils de William Maxwell Aitken, premier lord Beaverbrook, était président de l'intimée, la Beaverbrook Canadian Foundation, lorsqu'il s'est trouvé choisi pour répondre, au nom de la Fondation, à l'interrogatoire préalable de la Galerie d'art Beaverbrook. Timothy Aitken, qui a démissionné en juin 2012, n'est toutefois plus dirigeant ni administrateur de la Fondation. Il n'en est pas, non plus, gérant ou employé.

[3] La règle 32.02(2) n'a rien d'ambigu. La personne qu'une partie choisit pour se prêter à un interrogatoire préalable au nom d'une corporation doit être l'un de ses dirigeants, de ses administrateurs ou de ses gérants, tant au moment du choix qu'au

moment de l'interrogatoire (*Buckley c. Students Union of St. Thomas University Inc.* (1991), 120 R.N.-B. (2e) 91, [1991] A.N.-B. no 846 (C.B.R.) (QL), le juge Stevenson). La raison d'exiger qu'elle le soit également au moment de l'interrogatoire est évidente : la personne choisie subit l'interrogatoire « au nom de la corporation », et les réponses qui lui sont demandées le sont en vue de lier la corporation. La règle 32.02(2), comme ses règles sœurs des *Règles de procédure*, a « la même force obligatoire et les mêmes effets qu'un texte législatif » (*Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 76).

[4] Par la décision dont notre Cour est saisie, une juge de la Cour du Banc de la Reine a ordonné à la Galerie d'art de choisir quelqu'un d'autre que Timothy Aitken pour se prêter à l'interrogatoire au nom de la Fondation. Statuer ainsi revenait à refuser de passer outre à la règle 32.02(2). La juge saisie de la motion a rendu pour les motifs suivants l'ordonnance contestée en appel :

> [TRADUCTION]
> Ici, la preuve indique que [Aitken], un représentant de la Galerie d'art, et le juge en chef David Smith se sont rencontrés à New York pour tenter de régler le différend à l'amiable. Le règlement dont ils ont convenu a été rejeté par la Fondation et [Aitken] a démissionné. Les avocats de la Fondation soutiennent qu'un conflit opposant leur cliente à [Aitken] fait de ce dernier une personne qui ne convient pas pour témoigner au nom de la Fondation. Je suis d'accord.
>
> <u>Mais, l'argument le plus décisif est qu'ordonner à [Aitken] de témoigner prolongera encore une fois, inévitablement, le litige. Il dure depuis suffisamment longtemps déjà, en plus d'entraîner de lourds frais pour ces deux organismes de bienfaisance</u>. [Par. 7-8]
>
> [Je souligne.]

[5] La Galerie d'art appelle de la décision avec l'autorisation de notre Cour. Il est avancé que la juge saisie de la motion a fait erreur, en droit, lorsqu'elle a conclu qu'un conflit opposait la Fondation et Timothy Aitken, lorsqu'elle n'a pas conclu au manquement de la Fondation à prouver la démission de bonne foi de Timothy Aitken et

lorsqu'elle a ordonné que la Galerie d'art choisisse une autre personne qui conviendrait pour l'interrogatoire préalable afin d'éviter de prolonger le litige. À mon sens, l'argument de la Galerie d'art devant le tribunal d'instance inférieure, ramené à l'essentiel, ne pouvait l'emporter que si une ordonnance dispensait de satisfaire à l'exigence de la règle 32.02(2) voulant que, au moment de son interrogatoire au nom de la corporation, la personne choisie en soit un dirigeant, un administrateur ou un gérant.

[6] La règle générale veut que la partie qui avance une proposition doive la prouver. Le fardeau revenait à la Galerie d'art d'établir que la condition préalable à l'application de la règle 2.01 était remplie, c'est-à-dire qu'une dispense était nécessaire pour obvier à un abus de procédure et, de façon plus générale, dans l'intérêt de la justice. Elle ne s'est pas acquittée de ce fardeau.

[7] Au contraire, il n'existe pas le moindre élément de preuve indiquant que la Fondation et Timothy Aitken ont orchestré la démission de ce dernier dans le dessein de contrecarrer ou de compromettre la communication préalable de preuve à la Galerie d'art par la Fondation (*Pullman Power Products of Canada Ltd. c. Noell GmbH et al.* (1996), 177 R.N.-B. (2e) 305, [1996] A.N.-B. no 213 (C.B.R.) (QL), le juge Deschênes, tel était alors son titre, par. 9 et 11). Le dossier ne laisse pas penser, non plus, qu'il est essentiel à la poursuite de l'instance engagée par la Galerie d'art que Timothy Aitken soit interrogé au nom de la Fondation. La juge saisie de la motion pouvait conclure que Timothy Aitken et la Fondation avaient des vues divergentes sur l'issue qu'il fallait privilégier pour le litige, et que l'interrogatoire, ordonné par la Cour, que M. Aitken devait subir au nom de la Fondation risquait de retarder une poursuite qui déjà progressait lentement.

[8] La norme de contrôle applicable aux appels interjetés d'ordonnances discrétionnaires est énoncée dans *Beaverbrook Canadian Foundation c. Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2e) 161 :

> […] L'ordonnance contestée découle essentiellement de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir

> judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce ne peut être modifiée 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 CSC 71, au par. 43) ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie (voir les propos de R.P. Kerans dans son ouvrage *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton : Juriliber Limited, 1994), aux pages 36 et 37, et ceux de lord Diplock dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (Ch. des lords), à la page 1064). [Par. 4]

Par application de cette norme, je confirmerais la décision de la juge saisie de la motion, débouterais l'appelante et la condamnerais à des dépens de 2 500 $. Il s'ensuit que la Cour n'a pas à statuer sur l'admissibilité de la preuve d'un événement survenu après la décision, preuve que la Fondation a présentée dans le but de montrer que Timothy Aitken avait bel et bien démissionné de bonne foi.

[9] Un mot en terminant. Il est dit qu'un retard à rendre justice est un déni de justice. Il faut au présent litige un contrôle judiciaire à la Cour du Banc de la Reine, aux fins d'une justice rendue en temps opportun.