

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

59-14-CA

DUSTIN TOWER

APPELLANT

DUSTIN TOWER

APPELANT

- and -

- et -

JUSTIN FOULKES and STACY L. FOULKES

RESPONDENTS

JUSTIN FOULKES et STACY L. FOULKES

INTIMÉS

Tower v. Foulkes and Foulkes, 2015 NBCA 29

Tower c. Foulkes et Foulkes, 2015 NBCA 29

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
May 14, 2014

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 14 mai 2014

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
[2014] N.B.J. No. 202

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2014] A.N.-B. n° 202

Appeal heard:
February 10, 2015

Appel entendu :
le 10 février 2015

Judgment rendered:
May 7, 2015

Jugement rendu :
le 7 mai 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

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

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
George A. McAllister, Q.C.

Pour l'appelant :
George A. McAllister, c.r.

For the respondents:
Monika M.L. Zauhar and
Ryan P. Burgoyne

THE COURT

The appeal and cross-appeal are allowed on terms,
with costs throughout payable to the appellant.

Pour les intimés :
Monika M.L. Zauhar et
Ryan P. Burgoyne

LA COUR

L'appel et l'appel reconventionnel sont accueillis
sous réserve de conditions, avec dépens payables à
l'appelant à tous les niveaux d'instance.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The disagreements underlying the present appeal stem from a failure to abide by elementary principles, all of which have been longstanding features of the Province’s procedural landscape: absent a dispensation order, compliance with the *Rules of Court* is not optional and Affidavits of Documents stand to be made by the parties; all relevant documents, whether privileged or not, must be disclosed therein; production orders must adequately identify the targeted documents with a view to eliminating any uncertainty over compliance; and parties cannot be ordered to produce documents that are not in their possession or control.

[2] The appeal raises three procedural questions of significant importance for personal injury litigators and their clients. The first concerns the test to be applied on motions for production of documents in the possession or control of non-parties. As will be seen, I re-affirm the “enforceable right” test adopted in *Paul v. Reilly*, 2006 NBCA 84, 305 N.B.R. (2d) 146. The second question is related, but more specific, and is whether, in an action for damages arising from a motor vehicle accident, the court may, without a statutory grant of authority, order the plaintiff to produce files compiled by or on behalf of the Section B (no-fault) insurer. The third is whether a defendant’s duty to deliver an Affidavit of Documents may be discharged by an affidavit from an agent of that defendant’s motor vehicle liability insurer. For the reasons that follow, I conclude the answer to the latter questions must be no.

II. Background

[3] On September 25, 2010, Dustin Tower was injured when the motor vehicle in which he was a passenger left the roadway. The vehicle in question was owned by Stacy L. Foulkes and operated by her son, Justin Foulkes.

[4] The Foulkes' vehicle was insured under an S.P.F. No. 1 Standard Automobile Policy (Owner's Form) issued by United General Insurance. As required by the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, the United General policy provides for Section B (no-fault) benefits.

[5] Two firms of adjusters have acted for United General in connection with Mr. Tower's claims for Section B benefits: Lawrence & Associates and AMG Claims Inc.

[6] A third firm of adjusters, Crawford Adjusters, has represented United General under its policy's Section A (third party liability) with respect to Mr. Tower's claim for damages against the Foulkes.

[7] Alliance Assurance is an S.E.F. 44 insurer.

[8] Mr. Tower was formerly a student within School District 17, and more recently at the University of New Brunswick from which he took an extended leave of absence following the accident.

[9] Mr. Tower was provided trauma-related services at the Dr. Everett Chalmers Hospital and the Saint John Regional Hospital. While at those hospitals, he received medical care from Dr. Brian Wheelock and Dr. John Prendergast.

[10] Two physical therapy firms, Sole to Soul Massage Therapy and Range of Motion, have provided rehabilitation assistance.

[11] Mr. Tower has received or attempted to obtain insurance benefits from Blue Cross Atlantic.

[12] As will more fully appear, United General, Lawrence & Associates, AMG Claims Inc., Crawford Adjusters, Alliance Assurance, School District 17, UNB, Dr. Everett Chalmers Hospital, Saint John Regional Hospital, Dr. Brian Wheelock, Dr. John Prendergast, Blue Cross Atlantic, Sole to Soul Massage Therapy and Range of Motion are mentioned in one or more of the Schedules in Mr. Tower's Affidavit of Documents.

A. *The pleadings*

[13] In the underlying action, Mr. Tower claims compensation for his accident-related injuries and their after-effects, which the Amended Statement of Claim particularizes as follows:

[...] cognitive deficits including, a loss of focus and attention and a loss of memory; headaches particularly on the right side of his head; a change in his sense of taste; dry mouth; ringing in his ears; pain in his forehead; itchiness at the back of his head; tingling at the back of his head; three fractures to his neck; pain and discomfort in his neck; a limited range of flexibility in his neck; pain and discomfort in his lower back; constipation; a disturbed sleep pattern; connective tissue injuries; anxiety; chronic pain; depression; fatigue; frustration; stress; and a general loss of flexibility, strength and endurance.

[14] Mr. Tower goes on to allege that his losses include: "loss of recreational and leisure activities"; loss of income and earning capacity; loss of valuable services; and loss of homemaking capacity. He seeks special damages, pecuniary and non-pecuniary general damages, *inter alia*, for the cost of future care and loss of future income, as well as aggravated and punitive damages.

[15] The Foulkes admit liability for the accident. However, they contest Mr. Tower's claim for damages and allege he was contributorily negligent. They also claim a release pursuant to s. 263(2) of the *Insurance Act* for Section B benefits paid or payable.

B. *Mr. Tower's Affidavit of Documents*

[16] In his Affidavit of Documents, Mr. Tower confirms he does not object to producing the documents listed in Schedule A, which include correspondence to and from: Alliance Assurance (S.E.F. 44 insurer); Crawford Adjusters in respect of Section A (third party liability) of the United General policy on the Foulkes' vehicle; Cox & Palmer, the solicitors for the Foulkes and United General for Section A purposes; the Department of Transportation, including an accident report; School District 17; the University of New Brunswick; Blue Cross Atlantic; the Dr. Everett Chalmers Hospital, enclosing their records for Mr. Tower; and the Saint John Regional Hospital, enclosing their records for Mr. Tower, which include at least one report by Dr. Wheelock.

[17] A copy of those documents was provided to the Foulkes before the hearing in first instance.

[18] In his Affidavit of Documents, Mr. Tower goes on to claim privilege over documents listed in Schedule B. Specifically, Mr. Tower asserts litigation privilege over: (1) correspondence (and enclosures) to and from the Section B insurer (United General) and its adjusters (Lawrence & Associates and AMG Claims Inc.); and (2) his statement dated October 8, 2010 taken by David Coy, apparently for Section B purposes. Mr. Tower claims those documents came into existence after the underlying litigation was contemplated and for the dominant purpose of: (a) adjusting his Section B claim; and (b) ensuring his claim in the underlying action "was not reduced pursuant to section 263(2) of the *Insurance Act* as a result of failing to claim any benefits available [...] under Section B [...]". Mr. Tower puts forward an alternative basis for his claim of litigation privilege: "the Section B adjuster's correspondence to [his solicitor] was provided in confidence in response to [his] claim for Section B benefits [...] and that as such the Section B adjuster's response was compelled pursuant to a contract and [is] therefore privileged". As will be seen, the motion judge did not determine the validity of these novel privilege claims.

[19] In Schedule D to his Affidavit of Documents, Mr. Tower states documents are in the possession or control of non-parties, which he identifies. At the hearing in the Court of Queen's Bench, counsel for Mr. Tower explained that most documents referenced in Schedule D are simply originals of the documents listed in Schedule A, copies of which had been previously provided to the Foulkes.

[20] At any rate, the non-parties named in Schedule D include individuals and entities referenced in Schedule A: Alliance Assurance, United General, Lawrence & Associates, AMG Claims Inc., Crawford Adjusters, Cox & Palmer, the Department of Transportation, School District 17, UNB, Blue Cross Atlantic, Dr. Everett Chalmers Hospital, the Saint John Regional Hospital and Dr. Brian Wheelock. The following identified non-parties are not named in Schedule A: Sole to Soul Massage Therapy, Range of Motion, Human Resources and Skills Development Canada, Canada Revenue Agency and Dr. John Prendergast.

C. *The affidavits filed by or on behalf of the Foulkes*

[21] Mr. Tower has served the Foulkes with a Notice requiring an Affidavit of Documents.

[22] By way of response, Mr. Foulkes delivered a document purporting to be an Affidavit of Documents on his own behalf and on behalf of his mother. She would later provide her own Affidavit of Documents, but it essentially replicated her son's. As is well-known among members of the litigation bar, all relevant documents must be listed and described in an Affidavit of Documents, all non-privileged documents in the possession or control of the authoring party must appear in Schedule A, documents in respect of which a claim of privilege is asserted must be set out in Schedule B and documents in the possession or control of non-parties are to be listed and described in Schedule D. Mr. Foulkes took the position that documents in the possession and control of his liability insurer were not within his control. Thus, only documents in his actual possession are listed in Schedule A to his Affidavit of Documents, while Schedule D

references “all documents reflected in Affidavit of Janice Rickard, claims manager, United General Insurance, dated April 4, 2012”.

[23] Although sworn by Ms. Rickard, the last-mentioned affidavit is entitled “Affidavit of Documents of the Defendants, Justin Foulkes and Stacy L. Foulkes”. It lists and describes in Schedules A and B documents commonly found in Schedules A and B of Affidavits of Documents sworn by defendants who are insured under a motor vehicle liability insurance policy.

D. *Mr. Tower’s motion*

[24] Mr. Tower filed a Notice of Motion seeking an order compelling the Foulkes to provide a *Rules*-compliant Affidavit of Documents. He contended the documents listed and described in Ms. Rickard’s affidavit should be listed in an Affidavit of Documents sworn by the Foulkes. Mr. Tower’s complaint was quite simply that the affidavits sworn by the Foulkes and Ms. Rickard did not comply with Rule 31.03(3) and (4). The former prescribes an Affidavit of Documents must be made by the party targeted by a Notice Requiring Affidavit of Documents, while the latter defines the contents of such an Affidavit.

E. *The Foulkes’ counter motion*

[25] The Foulkes responded with their own Notice of Motion, seeking, *inter alia*, an order that Mr. Tower: (a) “produce a better and further Affidavit of Documents, duly executed”; (b) “disclose and produce all documents relevant to his claim, including complete medical files of health care providers and hospitals he has consulted as a result of the accident subject of this action”; (c) “disclose and produce the complete file from the Section B Insurer and its agents, including all chart notes, computer generated notes, narrative reports, correspondence and income and scholastic information”; (d) “request and produce complete files” from the non-parties identified in Schedule D; and (e) “prior to an Examination for Discovery, and following receipt of a better and further executed

Affidavit of Documents, submit to a cross-examination [...] on his Affidavit of Documents” (emphasis added).

F. *The motion judge’s decision*

[26] The judge declined to order cross-examination of the parties on their affidavits, being of the view such a procedure was “at best, premature”. She ordered the parties “set a date for discovery at a mutually convenient date within six months”. Neither of those decisions is challenged on appeal.

[27] The judge allowed Mr. Tower’s motion for an Affidavit of Documents duly executed by the Foulkes. She offered the following rationale for the conclusion that the affidavits, whether filed by the Foulkes or on their behalf, did not meet the requirements for an Affidavit of Documents under the *Rules of Court*: “although it is the insurer which gathers the documents and, with the help of counsel, drafts the affidavit, the documents are the documents of the insured. The insurer and counsel are the agents of the insured and act on the insured’s behalf. It must therefore be the insured (or in this case insureds) who swears the Affidavit of Documents”. In the result, the Foulkes were directed to “swear further and better Affidavits of Documents containing all documents in their possession and all documents in the possession of their agents which relate to this matter (including all the documents listed in the Rickard affidavit)”. Needless to say, the order is intended to embrace all relevant documents in the possession or control of the Foulkes and their agents.

[28] The judge allowed the Foulkes’ motion, in part, by ordering Mr. Tower provide them with “a copy of the Section B insurer’s file and copies of his medical records”.

[29] The judge concluded no costs should be awarded because “success [had been] divided”.

[30] As will be seen, the Foulkes complain the judge overlooked and failed to dispose of their motion for an order: (1) compelling Mr. Tower to provide a further and better Affidavit of Documents; and (2) requiring him to request and produce “complete files” from the non-parties identified in Schedule D of the sworn Affidavit of Documents he provided prior to the hearing.

G. *The Notice of Appeal by Mr. Tower*

[31] In his Notice of Appeal, Mr. Tower contends the motion judge committed reversible error in ordering him to provide the Foulkes with a copy of the Section B insurer’s file and copies of his “medical records”. He contends he neither has possession of, nor an enforceable right to a copy of the Section B file. As for the order for production of his “medical records”, Mr. Tower submits it should be set aside on grounds of vagueness and uncertainty because he does not know what documents are captured by the quoted expression. Alternatively, he asks that “medical reports prepared at the request of his solicitor for the purpose of this litigation” be excepted from the order’s reach, which, he claims, is what the motion judge intended. Finally, Mr. Tower argues he was largely successful in prosecuting his motion and defending against the Foulkes’ counter motion and that, as a result, the motion judge’s denial of costs was unreasonable.

H. *The Notice of Cross-Appeal by the Foulkes*

[32] The Foulkes contend the motion judge committed reversible error in ordering them to provide Affidavits of Documents containing not only the documents in their possession, but as well all documents in the possession or control of their agents, including all the documents listed in the Janice Rickard affidavit.

[33] As mentioned, the Foulkes also complain the motion judge failed to determine their motion for an order: (1) compelling Mr. Tower to provide a further and better Affidavit of Documents; and (2) directing Mr. Tower to request and produce complete files from the entities and individuals identified in Schedule D to his Affidavit

of Documents. The Foulkes ask this Court to provide the sought-after relief or, in the alternative, that a new hearing on the un-addressed issues be ordered. It bears noting that, following the issuance of the judge's reasons for decision, the Foulkes asked her to remedy the "oversight". The judge declined because, in the words of the clerk, "the points raised by counsel do not fall under the 'slip rule'".

III. Analysis and Decision

A. *The appeal*

[34] After hearing the parties, the Court allowed Mr. Tower's appeal against the order requiring him to produce "the Section B file" and reserved judgment regarding the order for production of his "medical records". For the reasons that follow, I conclude the last mentioned order must also be set aside. In the result, it cannot be said success has been equally divided whether in first instance or on appeal and, as a consequence, Mr. Tower is entitled to costs throughout.

(1) The order requiring Mr. Tower produce the Section B file

[35] There is no evidence Mr. Tower is in possession of the Section B file. The issue is whether that file is within his control.

[36] A document is in the control of a party if he or she has an enforceable right to obtain the document in question or a copy thereof. The law is summarized in *Paul v. Reilly*:

The short answer to the appellants' motion for production in relation to the Section B file is that the *Rules* do not authorize the courts to make an order requiring a party to request documentation from a stranger to the action. (That such orders are commonplace is undeniable, but they are invariably made on consent). If a document in the possession or "control" of a party relates to a matter in issue in the action and is not privileged, the court may order

its production: Rule 31.04(4). Thus, in *El-Bayoumi v. Wade*, the case cited by the appellants in their Notice of Motion, Russell J. ordered the defendant in a malpractice action to produce the document at issue there, a tape recording of disciplinary proceedings that was in the actual possession of a person not a party to the action, the New Brunswick Dental Society. If a relevant and non-privileged document is not in the possession or control of a party to the action, the court may order its production by whoever has the possession or control: Rule 31.11 (“Documents in the Possession of a Person Not a Party”). This Court, like the court below, lacks jurisdiction to make the order sought in the Notice of Motion in relation to the Section B file.

In any event, there is another answer to the appellants’ motion for production. A document is not “in the power” or “control” of a party just because he or she might, upon request, obtain a copy from the person who has possession: *Wright v. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1983] A.J. No. 611 (Q.B.)(QL). In *Jos. A. Likely Ltd. v. Peter Kiewit & Sons* (1978), 19 N.B.R. (2d) 294 (C.A.) at paras. 10-17, the Court held that a document was “in the power” of a party within the meaning of Rule 31.04(4)’s predecessor, Order 31, Rule 14, if, though not in the possession of that party, he or she had an enforceable right to its production for inspection. There is nothing in the record to support the conclusion that the respondent had, at the time of the hearing in the court below, an enforceable right to production for inspection of any part of her no-fault insurer’s accident-related file. [paras. 40-41]

[37] The *Rules of Court* do not provide for an order requiring a party to request a document from a non-party, and to produce that document should it be handed over (see *Clark v. Collicott*, 2013 NBQB 53, 400 N.B.R. (2d) 279, at paras. 22 and 60, per Morrison J.). A production order can only issue if the document in question is in the possession or control of the targeted party. Nevertheless, the requisite control over a document exists if the party has, upon request, a legal right to its production from a non-party. That point was emphasized in *Rumble v. Sobey's Incorporated*, 2014 NBCA 72, [2014] N.B.J. No. 322 (QL):

A document in the possession or control of a stranger to the action is also within the control of a party if he or she has

an enforceable right to its production for inspection: *Paul v. Reilly*, 2006 NBCA 84, 305 N.B.R. (2d) 146, at para. 41 and *Stone v. Sharp*, 2008 NBCA 55, 333 N.B.R. (2d) 220, at para. 24. A right sourced in contract or statute suffices. Moreover, *Paul v. Reilly* is authority for the proposition that the courts of this Province are without jurisdiction to make an order requiring a party to request documentation from a stranger to the action who might, or is expected to, voluntarily comply. Of course, that statement of the law does not apply to a situation where, as here in the case of DRUGStore Pharmacy, a request would trigger a legally enforceable right to production. [para. 17]

[38] The Foulkes submit s. 4.9 of Schedule 1 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”), confers upon Mr. Tower “an enforceable right to obtain personal information in his insurer’s Section B file”. They contend *PIPEDA* applies, since January 4, 2004, to private organizations engaged in commercial activities, such as insurance companies. Section 4.9 reads as follows:

4.9 Upon request, an individual shall be informed of the existence, use, and disclosure of his or her personal information and shall be given access to that information. An individual shall be able to challenge the accuracy and completeness of the information and have it amended as appropriate.

4.9 Une organisation doit informer toute personne qui en fait la demande de l’existence de renseignements personnels qui la concernent, de l’usage qui en est fait et du fait qu’ils ont été communiqués à des tiers, et lui permettre de les consulter. Il sera aussi possible de contester l’exactitude et l’intégralité des renseignements et d’y faire apporter les corrections appropriées.

[39] Under Rule 37.03(b), a Notice of Motion must include a reference to any statutory provision the moving party intends to rely on. Section 4.9 is not referenced in the Foulkes’ Notice of Motion. Moreover, the provision was not raised by the Foulkes at the hearing in the Court of Queen’s Bench. As a result, the issue of its applicability was not put to the motion judge and she did not make any ruling on point. That being so, the question of Mr. Tower’s control over the Section B file stands to be determined on common law principles. Nevertheless, a few tentative, hopefully thought-provoking, observations are warranted regarding the applicability of *PIPEDA*. Even if one assumes,

for the sake of argument, that the statute has application to Section B insurers in the context of an action for personal injuries against a third party, it remains very much open to debate whether it was intended to and does actually expand discovery-related rights and obligations. At any rate, any future debate and decision on point should touch upon: (1) the object of *PIPEDA* as a whole, and s. 4.9 in particular; (2) the meaning of “commercial activity” (s. 2(1)), “personal information” and “commercial activities” (ss. 4(1)(a), 4(2)(b), 5(1), 5(3) and 7(1)), and how those concepts can be reasonably applied in a context like the present one to a Section B file (see *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Canada (Privacy Commissioner)*, 2010 FC 736, [2010] F.C.J. No. 889 (QL) at paras. 97-119); (3) the meaning of the right of “access” found in s. 4.9, notably in light of the French version, which, literally translated, connotes a right to “consult” personal information; and (4) the fact that s. 4.9, by its wording, confers a right of access to information, not a right to a copy of the document that contains the information in question. The present appeal is not concerned with oral discovery; it deals with documentary discovery, and although the word “document” is broadly defined in Rule 31, “[t]he aim of that expansive definition is not to conflate documentary and oral discovery”: *Rumble v. Sobey's Incorporated*, at para. 14.

[40] In *Clark v. Collicott*, Justice Morrison ordered production of the Section B file because the privilege asserted in relation thereto was invalid and the plaintiff had sworn in his Affidavit of Documents that the file was in his possession or control. There is no such concession here.

[41] Mr. Tower does not have an enforceable right at common law to obtain the Section B file or a copy thereof. It follows that the order requiring him to produce “the Section B file” was made without jurisdiction, and must be set aside.

[42] That said, it is equally clear that some of the documents in the Section B file are in the possession or control of Mr. Tower. He says so in his Affidavit of Documents, but claims the documents are privileged and, therefore, shielded from court-ordered production. The validity of that claim was not determined by the motion judge.

(2) The order requiring Mr. Tower to produce his “medical records”

[43] An order for the production of documents should be sufficiently precise that its reach is unambiguous. The targeted litigants should know with reasonable certainty what documents they are required to produce.

[44] Both sides agree the production order at issue is not prospective in effect. In other words, it is designed to cover documents in existence at the time of the making of the order.

[45] The term “medical” can be construed either narrowly or broadly. As the Court pointed out in *Veno v. United General Insurance Corporation*, 2008 NBCA 39, 330 N.B.R. (2d) 237, at para. 106, the term “medical” may be employed for the narrow purpose of referring to the science or practice of medicine; however, it does have a broader meaning, namely “of or relating to the condition of one’s health”. Usually, the reasons for decision, read in the light of the record, make plain what documents are covered by a production order. That is not the case here.

[46] The record shows Mr. Tower has produced a copy of all correspondence (and enclosures, where applicable) passing between him and the Dr. Everett Chalmers Hospital, including: (1) Ambulance NB’s Patient Care Record dated September 25, 2010; (2) Emergency Outpatient form dated September 25, 2010; (3) Medication Administration record dated September 25, 2010; (4) Two Diagnostic Imaging reports dated September 25, 2010; and (5) Laboratory report dated September 25, 2010.

[47] The record also shows Mr. Tower has provided the defendants with a copy of all correspondence (and enclosures, where applicable) exchanged with the Saint John Regional Hospital, including: (1) Concentrated Care 12 Hour Summary Sheet for the period September 26, 2010 to September 29, 2010; (2) Interdisciplinary Patient Progress Record for September 26, 2010; (3) Progress Record for the period September 25, 2010 to September 30, 2010; (4) Results Summary for the period September 25, 2010 to

September 28, 2010; (5) History and Physical dated September 25, 2010; (6) Discharge Summary dated September 29, 2010; (7) Consult/Referral Physiotherapy Order Requisition dated for September 27, 2010 and September 28, 2010; (8) Dr. Brian Wheelock's report dated October 27, 2010; (9) Dr. Brian Wheelock's medical excuse dated October 27, 2010; and (10) Discharge Transfer Summary dated November 24, 2010.

[48] Surely, the order requiring Mr. Tower produce his "medical records" is not directed at documents he has already produced. There remains the possibility that the production order targets "medical records" listed in Schedule D of Mr. Tower's Affidavit of Documents. In my view, this hypothesis does not withstand scrutiny.

[49] First, the motion judge does not rest the impugned order on a finding that Mr. Tower is in control of the "medical records" in the possession or control of the non-parties identified in Schedule D. In fact, her reasons for decision do not feature any discussion of this condition precedent. Second, and as mentioned, the Foulkes take the position that the motion judge did not determine their motion for an order compelling Mr. Tower to produce the documents listed in Schedule D to his Affidavit of Documents, which, it bears repeating, include: (1) "documents in the possession or control of Dr. John Prendergast, Chipman, New Brunswick"; (2) "documents in the possession or control of the Dr. Everett Chalmers Hospital"; (3) "documents in the possession or control of the Saint John Regional Hospital"; (4) "documents in the possession or control of Dr. Brian Wheelock"; (5) "documents in the possession or control of Sole to Soul Massage Therapy, Minto, New Brunswick"; and (6) "documents in the possession or control of Range of Motion, Fredericton, New Brunswick".

[50] Having regard to the foregoing, like Mr. Tower, I am at a loss to understand what documents are captured by the reference to "medical records". That being so, the order must be set aside.

B. *The Cross-Appeal*

- (1) The order requiring the Foulkes to produce an Affidavit of Documents compliant with Rule 31

[51] In their written submission on appeal the Foulkes contend the order should be set aside for the following reasons:

In the present case, neither Respondent had any knowledge of the origin or purpose of the documents listed in Janice Rickard's Affidavit of Documents. As such, how could they make a valid claim of privilege over any of the documents created therein, without the additional evidence of Janice Rickard.

Rule 4.05(2) states that every affidavit shall be confined to a statement of facts within the personal knowledge of the deponent, except as provided otherwise by these rules. Nowhere in the *Rules of Court* is there an exception which would allow a deponent, in an Affidavit of Documents, to provide facts not within his or her personal knowledge. As a result, in order to establish a valid claim of privilege over documents created by an insurer or at an insurer's request, an insured must provide evidence from their insurer as to the origin and/or purpose of that document. Doing so through an Affidavit of Documents from the insurer is a logical way to do such.

In *Janel Ouellet Design Inc. v. Desbiens*, 1998 CarswellNB 459 (CA) ("*Janel*"), a landlord brought an action against a tenant following a fire that [...] was deemed suspicious, possibly involving arson. The subliminal actors were the two insurers for the parties and the Plaintiff applied to the Court for production of documents created by the Defendant's insurer as a result of their investigation of the fire. The Defendant had claimed litigation privilege over these documents pursuant to section 43.1 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-11. The Court of Appeal warned against blind obedience to the *Rules of Court*, stating at para. 11:

The primary target of Mr. Desbiens' (the Defendant's) insurer had to be Mr. Desbiens. The purpose of the company's investigation, in order

[to] successfully defend any claim by him, had to point to his complicity or utter negligence in relation to the fire. Yet, in his Affidavit of Documents he objects to produce the documents in question which are in his possession or control, documents which investigate him and rely upon police, fire and other investigatory agencies with respect to his alleged involvement in the origin of the fire. I mention this because it is highly unlikely that these documents, on which privilege is claimed in the lawsuit between him and Janel, were ever in his “possession or control” as sworn in his Affidavit of Documents. Blind obedience to the Rules of Court without making allowances for a changed situation, such as here where the controlling combatants are two insurers, leads to deficiencies in the preparation of affidavits and of the Affidavit of Documents. **The contents of the affidavits must relate to the changed circumstances in which the parties and their contractual insurers find themselves. Not every foot fits into Cinderella’s slipper.**

[Bold in original; underlining added.]

[52] The Foulkes argue the affidavits submitted by them and on their behalf as Affidavits of Documents were proper given the facts of this case. They contend Ms. Rickard’s affidavit was made by “the person with the personal knowledge over the creation and origin of the documents”. In the Foulkes’ view, it would be improper to swear an Affidavit of Documents with claims of privilege that are foreign to them.

[53] With respect, there is no merit to that submission. I begin the discussion on point with a few axiomatic propositions.

[54] A case is only authority for what it decides. The *ratio decidendi* of *Ouellet (Janel) Design Inc. v. Desbiens* (1998), 207 N.B.R. (2d) 128, [1998] N.B.J. No. 513 (C.A.) (QL) is accurately delineated in the headnote (QL), which reads as follows:

The evidence in support of the claim for privilege was wanting. The affidavits were bare and merely asserted the

privilege. The mere assertion did not fulfil the test for substance without giving up any privilege content. No examinations were conducted on the affidavits. The primary target of Desbiens's insurer had to be Desbiens. Nothing persuaded the Court that the dominant purpose of the investigation brought it within section 43.1 of the *Evidence Act*. Suspicion of arson did not, in and of itself, create the dominant purpose referred to in section 43.1. To be dominant it had to be the principal or controlling purpose and the evidence had to support this chief purpose, and it did not herein. The motions judge's determination that it was not necessary to examine the documents was made on the basis of the evidence and arguments on the motion. A motions judge was not bound to rescue the assertion of privilege by inspecting the documents to validate a party's claim. There was no failure to exercise discretion judicially.

The underlined observations in the excerpt from *Ouellet (Janel) Design Inc. v. Desbiens* reproduced in paragraph 51 hereinabove are no more than grist for the mill and do not amplify the core ruling, which was that unsubstantiated claims of privilege will not be upheld. That said, the *dicta* in question are inarguably correct to the extent that they suggest documents in the possession of non-parties (police and fire departments) were a more appropriate fit under Schedule D than Schedule B.

[55] Procedural rules are a means of securing outcomes to litigation that reflect justice according to law. Achieving that fundamental objective is invariably foreclosed if the truth is not given every reasonable chance of shining through: *Imperial Oil v. Jacques*, 2014 SCC 66, [2014] S.C.J. No. 66 (QL), at para. 24. A *Rules*-compliant Affidavit of Documents "is generally indispensable in uncovering the truth": *Whelton v. Mercier et al.*, 2004 NBCA 83, 277 N.B.R. (2d) 251, at para. 26. A party is entitled to an Affidavit of Documents that complies with the *Rules of Court*, and no party has the right "to unilaterally decide on its own or by its counsel to ignore the *Rules of Court*", including those pertaining to the discovery of documents: *Forest Protection Ltd. v. Bayer A.G.* (1998), 207 N.B.R. (2d) 50, [1998] N.B.J. No. 484 (C.A.) (QL), at para. 28, per Ryan J.A. for the Court. The case at hand is concerned with more than a minor tweak of

some Form under the *Rules*; the procedure followed by the Foulkes constitutes a major and unwarranted departure from the requirements of Rule 31.

[56] Rule 31.03 sets out the obligations of the parties and their solicitors in connection with the making of an Affidavit of Documents.

[57] Rule 31.03(3) states an Affidavit of Documents must be made by the party upon which a Notice Requiring Affidavit of Documents has been served. Where the party is a corporation, the Affidavit is to be made by an officer, director or employee.

[58] Rule 31.03(4) identifies the essential requirements of an Affidavit of Documents. It must contain: (a) a list and description of all documents which relate to a matter in issue in the action and which are in the possession or control of the party and for which no privilege is claimed. These documents form part of Schedule A; (b) a list and description of all relevant documents that are in the possession or control of the party and for which a privilege is claimed and the grounds for such claim. These documents appear in Schedule B; (c) a list and description of all relevant documents, which the party has had, but no longer has, in his possession or control, giving their whereabouts on the basis of knowledge, information or belief. These documents are to be found in Schedule C; and (d) a list and description of all relevant documents that the deponent believes are in the possession or control of a non-party and a description sufficient to identify that non-party. These are Schedule D documents. Moreover, the Affidavit of Documents must describe each document or bundle of documents in a manner that adequately identifies it: Rule 31.03(5).

[59] Rule 31.03(4)(e) requires deponents to state they are “not aware” of any relevant document beyond those referenced in the Affidavit of Documents, while Rule 31.03(6) obligates solicitors for the authoring party to endorse the Affidavit with a certificate confirming: (1) they have “explained to the deponent the necessity of making a full disclosure of all relevant documents”; and (2) they are unaware of any other document that should have been disclosed.

[60] Rule 31.03(3) is unambiguous. The making of an Affidavit of Documents is the responsibility of the party served with a Notice Requiring Affidavit of Documents. Of course, there will be cases where, at least initially, the party's personal knowledge of the file or files is limited and incomplete. Likewise, it will typically be the case that the party does not have a proper appreciation of the concepts of "relevance", "privilege", "possession" and "control" as they apply to the documentary discovery process. Yet, that party is bound to make an Affidavit of Documents that meets the requirements of Rule 31.03. The solution is obvious: the missing factual and legal knowledge stands to be remedied through the parties' diligence and the input of their solicitor.

[61] Parties making an Affidavit of Documents are duty bound to self-inform. That duty may require parties, whether self-represented or not, to acquaint themselves with the applicable legal principles and, where necessary, to seek appropriate legal advice. Parties are expected to conduct a careful search for all relevant documents in their possession or control and "to make diligent inquiries about other material documents which may be in the possession of others for [them]": W.B. Williston & R.J. Rolls, *The Law of Civil Procedure* (Toronto: Butterworths, 1970) vol. 2 at 892. See, as well, Linda Abrams and Kevin Patrick McGuinness, *Canadian Civil Procedure Law*, 2d ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010).

[62] Because parties will rarely have a proper understanding of the legal concepts that inform the process of making a *Rules*-compliant Affidavit of Documents, their solicitors are under a general duty to advise them "as to what is involved in the discovery process": *Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Ltd. and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406, [1984] N.B.J. No. 112 (Q.B.) (QL), at 410, per Stevenson J. More specifically, solicitors are required, not only to impress upon their clients the legal requirement of disclosure of all relevant documents in their possession or control, but also to take reasonable steps to ensure no relevant document has been omitted from the Affidavit of Documents (see *Woods v. Martins Bank, Ltd. and Another*, [1958] 3 All E.R. 166 and Gordon Cudmore, *Choate on Discovery*, 2d ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 2004) (loose-leaf updated

2011, release 7) ch. 3 at 65. The complementary nature of the party's and the solicitor's obligations is aptly explained in *Canadian Civil Procedure Law*, at para. 13.20:

Each party to an action is under a duty to make full, fair and prompt documentary disclosure. However, the duty is not limited to the party: a corresponding duty also flows through to the counsel for each party. A party giving discovery is under a duty to make a careful search for all relevant documents in his or her possession and to make diligent inquiries about other material documents which may be in the possession of others. A lawyer has a duty of careful investigation and supervision and of advising his or her client as to what documents should be included in the affidavit, because a client cannot be expected to know the whole scope of his or her obligation without legal assistance.

[63] It follows the motion judge was correct in ordering the Foulkes to file an Affidavit of Documents that complies with Rule 31 and which, to be plain, includes all of the documents listed in the Rickard affidavit.

(2) The motions by the Foulkes that stand undetermined

[64] As noted, the Foulkes complain the judge failed to dispose of their motion for an order: (1) compelling Mr. Tower to provide a further and better Affidavit of Documents; and (2) requiring him "to request and produce complete files" from the non-parties identified in Schedule D of the Affidavit of Documents he provided prior to the hearing. At the hearing, the Court allowed the Foulkes' cross-appeal, in part, by referring the determination of those motions back to the motion judge, on terms. That disposition should not be understood as an acknowledgement of merit.

[65] In disposing of the motion for a further and better Affidavit of Documents by Mr. Tower, the motion judge should focus on the validity of the privileges claimed for correspondence to and from the Section B insurer and its adjusters, and for the statement given by Mr. Tower to one of those adjusting firms. Should the motion judge conclude Mr. Tower's claims of privilege have been improperly made, a further and better

Affidavit of Documents might be ordered pursuant to Rule 31.06(b). I would wrap up the discussion on this topic by underscoring the obvious: the door is not closed to other bases for the sought-after order. Nevertheless, such an order should not issue on the basis of speculation regarding the existence of undisclosed documents.

[66] As for the second motion, no useful purpose would be served by referring back to the judge the issue of the producibility of the documents in the possession or control of Alliance Assurance (the S.E.F. No. 44 insurer), United General (the Section B insurer), Lawrence & Associates and AMG Claims Inc. (Section B adjusters), Crawford Adjusters (Section A adjusters) and Blue Cross Atlantic. Nothing in the underlying Notice of Motion and accompanying documentation supports the conclusion that Mr. Tower is either in possession or control of those documents. Obviously, the same holds true for documents in the possession or control of Cox & Palmer, the solicitors for the Foulkes.

[67] The other documents listed in Schedule D are arguably in Mr. Tower's control on the basis of an enforceable right to their production under either the common law or commonly applied Federal and Provincial legislation. I would add the motion judge should decline to entertain the motion for production of those documents unless and until the Foulkes specify in an Amended Notice of Motion any statutory provision upon which they intend to rely (see Rule 37.03(b)). Should the motion judge deem it appropriate to grant the Foulkes' motion, she might consider, where appropriate, an order harmonious with this Court's decision in *Rumble v. Sobey's*.

IV. Conclusion and Disposition

[68] It is for the reasons set out in the preceding text that I joined my colleagues in allowing both the appeal and the cross-appeal, on terms.

[69] Having regard to the proposed disposition on appeal and the reasons fleshed out hereinabove, the appellant has undoubtedly achieved overwhelming success at all adjudicative levels. Accordingly, he is entitled to costs throughout, which I would set at the global sum of \$3,500.00.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Les désaccords à l'origine du présent appel découlent du défaut de respecter certains principes élémentaires, principes qui, depuis longtemps, font partie du paysage procédural dans la province. Hormis une ordonnance de dispense, l'observation des *Règles de procédure* n'est pas facultative et il est impératif que les affidavits des documents soient faits par les parties; tous les documents pertinents, qu'ils soient privilégiés ou non, doivent y être divulgués; les ordonnances de production doivent identifier suffisamment bien les documents ciblés afin d'écartier toute incertitude quant à l'observation de l'ordonnance; et il ne peut être ordonné aux parties de produire des documents dont ils n'ont pas la possession ou le contrôle.

[2] L'appel soulève trois questions procédurales de grande importance pour les avocats exerçant dans le domaine des lésions corporelles et leurs clients. La première porte sur le critère à appliquer lors de motions en production de documents qui sont en la possession ou sous le contrôle de tiers. Je confirme plus loin le critère du « droit exécutoire » adopté dans *Paul c. Reilly*, 2006 NBCA 84, 305 R.N.-B. (2^e) 146. La deuxième question est connexe, mais plus spécifique. Elle vise à déterminer si, dans une action en dommages-intérêts découlant d'un accident de la route, la cour peut, sans en être habilitée par une loi, ordonner au demandeur de produire des dossiers qui ont été constitués par l'assureur au titre du chapitre B (indemnisation sans égard à la responsabilité) ou pour le compte de cet assureur. La troisième question vise à déterminer si l'affidavit d'un mandataire de l'assureur automobile du défendeur suffit pour honorer l'obligation du défendeur de délivrer un affidavit des documents. Pour les motifs qui suivent, je conclus qu'il faut répondre par la négative à ces questions.

II. Le contexte

- [3] Le 25 septembre 2010, Dustin Tower a subi des blessures lorsque la voiture dans lequel il était passager a quitté la chaussée. La voiture qui appartenait à Stacy L. Foulkes était conduite par son fils, Justin Foulkes.
- [4] La voiture des Foulkes était assurée sous le régime de la F.T.P. n° 1, police type d'assurance automobile (formule de propriétaire), auprès de La United, Corporation d'assurances générales (ci-après « La United »). Comme le prescrit la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, la police d'assurance de La United prévoit l'indemnisation au titre du chapitre B (indemnisation sans égard à la responsabilité).
- [5] Deux sociétés d'experts en sinistres, soit Lawrence & Associates et AMG Claims Inc., ont agi pour le compte de La United relativement aux demandes d'indemnités prévues au chapitre B qu'a présentées M. Tower.
- [6] Une troisième société d'experts en sinistres, Crawford Adjusters, a représenté La United sous le régime du chapitre A (Responsabilité civile) de la police d'assurance de celle-ci pour ce qui était des dommages-intérêts réclamés aux Foulkes par M. Tower.
- [7] Alliance Assurance Inc. est un assureur au titre de l'avenant F.A.N.-B. 44.
- [8] Jadis élève dans le district scolaire 17, M. Tower fréquentait alors l'Université du Nouveau-Brunswick, dont il a pris un congé prolongé à la suite de l'accident.
- [9] M. Tower a reçu des services traumatologiques à l'Hôpital Dr Everett Chalmers et à l'Hôpital régional de Saint-Jean. Pendant qu'il était patient dans ces hôpitaux, il a reçu des soins médicaux du Dr Brian Wheelock et du Dr John Prendergast.
- [10] Deux entreprises de physiothérapie, Sole to Soul Massage Therapy et Range of Motion, lui ont fourni des services de réadaptation.

[11] M. Tower a reçu ou a tenté d'obtenir des indemnités d'assurance de Blue Cross Atlantic.

[12] Comme on le verra plus en détail, La United, Lawrence & Associates, AMG Claims Inc., Crawford Adjusters, Alliance Assurance, le district scolaire 17, l'Université du Nouveau-Brunswick, l'Hôpital Dr Everett Chalmers, l'Hôpital régional de Saint-Jean, le Dr Brian Wheelock, le Dr John Prendergast, Blue Cross Atlantic, Sole to Soul Massage Therapy et Range of Motion sont mentionnés dans au moins une des annexes de l'affidavit des documents de M. Tower.

A. *Les plaidoiries*

[13] Dans l'action sous-jacente, M. Tower demande à être indemnisé pour les blessures qu'il a subies dans l'accident et leurs séquelles. Ces blessures sont énumérées comme suit dans l'exposé de la demande modifié :

[TRADUCTION]

[...] déficits cognitifs, y compris une perte de concentration et d'attention et une perte de mémoire; maux de tête, particulièrement du côté droit de la tête; altération du goût; sécheresse buccale; bourdonnement des oreilles; douleur au front; démangeaisons à l'arrière de la tête; picotement à l'arrière de la tête; trois fractures au cou; douleur et inconfort dans la région du cou; réduction de la souplesse du cou; douleur et inconfort dans la région lombaire; constipation; perturbation de la structure du sommeil; lésions du tissu conjonctif; anxiété; douleur chronique; dépression; fatigue; frustration; stress; et perte générale de souplesse, de force et d'endurance.

[14] M. Tower énumère, parmi les pertes qu'il aurait subies, celles-ci : [TRADUCTION] « la privation d'activités récréatives et d'activités de loisirs », la perte de revenu et de la capacité de gagner un revenu, la perte de services utiles et la perte de capacité ménagère. Il réclame des dommages-intérêts particuliers, des dommages-intérêts généraux pour préjudices pécuniaire et non pécuniaire, notamment pour le coût des soins

futurs et pour la perte de revenus futurs, ainsi que des dommages-intérêts majorés et des dommages-intérêts punitifs.

[15] Les Foulkes admettent leur responsabilité à l'égard de l'accident. Toutefois, ils contestent la réclamation en dommages-intérêts de M. Tower et soutiennent qu'il est coupable de négligence contributive. Ils réclament aussi une quittance en vertu du par. 263(2) de la *Loi sur les assurances* à l'égard des indemnités prévues au chapitre B qui ont été payées ou qui sont payables.

B. *L'affidavit des documents de M. Tower*

[16] Dans son affidavit des documents, M. Tower confirme qu'il ne s'oppose pas à la production des documents énumérés à l'annexe A, dont la correspondance ayant pour auteurs ou destinataires : Alliance Assurance (assureur au titre de l'avenant F.A.N.-B. 44); Crawford Adjusters à l'égard du chapitre A (Responsabilité civile) de l'assurance de La United couvrant la voiture des Foulkes; Cox & Palmer, les avocats occupant pour les Foulkes et La United relativement au chapitre A; le ministère des Transports, y compris une déclaration d'accident; le district scolaire 17; l'Université du Nouveau-Brunswick; Blue Cross Atlantic; l'Hôpital Dr Everett Chalmers, avec ses dossiers sur M. Tower; et l'Hôpital régional de Saint-Jean, avec ses dossiers sur M. Tower, y compris au moins un rapport du Dr Wheelock.

[17] Une copie de ces documents a été remise aux Foulkes avant l'audition en première instance.

[18] Dans son affidavit des documents, M. Tower revendique cependant un privilège à l'égard des documents énumérés à l'annexe B. Plus précisément, M. Tower revendique un privilège relatif au litige à l'égard des documents suivants : 1) la correspondance (et les pièces jointes) provenant de l'assureur au titre du chapitre B (La United) et ses experts en sinistres (Lawrence & Associates et AMG Claims Inc.) ou destinée à ceux-ci; 2) sa déclaration faite le 8 octobre 2010 et recueillie par David Coy,

ayant pour objet le chapitre B, à ce qu'il paraît. M. Tower prétend que ces documents ont été créés après que la poursuite sous-jacente eut été envisagée et dans le but, principalement : a) de liquider sa demande d'indemnités présentée au titre du chapitre B; b) d'assurer que sa réclamation dans la poursuite sous-jacente [TRADUCTION] « ne soit pas réduite par l'opération du par. 263(2) de la *Loi sur les assurances* du fait de ne pas avoir réclamé des indemnités auxquelles il a droit [...] au titre du chapitre B [...] ». Subsidiairement, M. Tower fonde sa revendication de privilège relatif au litige sur le fait que [TRADUCTION] « la correspondance que l'expert en sinistres pour les indemnités prévues au chapitre B a adressée à [son avocat] a été fournie confidentiellement en réponse à [sa] demande d'indemnités prévues au chapitre B [...] et que, comme l'expert en sinistres était obligé de répondre à cause d'un contrat, la réponse [est] privilégiée ». Comme nous le verrons, la juge saisie des motions n'a pas statué sur la validité de ces nouvelles revendications de privilège.

[19] À l'annexe D de son affidavit des documents, M. Tower indique que certains documents sont en la possession ou sous le contrôle de tiers dont il donne les noms. À l'audience devant la Cour du Banc de la Reine, l'avocat de M. Tower a expliqué que la plupart des documents mentionnés à l'annexe D sont simplement des originaux des documents énumérés à l'annexe A, dont des copies avaient antérieurement été remises aux Foulkes.

[20] Quoi qu'il en soit, parmi les tiers nommés à l'annexe D se trouvent des personnes et organismes mentionnés à l'annexe A : Alliance Assurance, La United, Lawrence & Associates, AMG Claims Inc., Crawford Adjusters, Cox & Palmer, le ministère des Transports, le district scolaire 17, l'Université du Nouveau-Brunswick, Blue Cross Atlantic, l'Hôpital Dr Everett Chalmers, l'Hôpital régional de Saint-Jean et le Dr Brian Wheelock. Voici les tiers qui ne sont pas nommés à l'annexe A : Sole to Soul Massage Therapy, Range of Motion, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, l'Agence du revenu du Canada et le Dr John Prendergast.

C. *Les affidavits déposés par les Foulkes ou pour leur compte*

[21] M. Tower a signifié aux Foulkes un avis de production d'un affidavit des documents.

[22] En guise de réponse, M. Foulkes a délivré un document qui se voulait un affidavit des documents fait pour son propre compte et pour le compte de sa mère. Elle produira plus tard son propre affidavit des documents, mais celui-ci reproduisait plus ou moins celui de son fils. Comme les avocats plaidants le savent très bien, tous les documents pertinents doivent être énumérés et décrits dans un affidavit des documents, tous les documents non privilégiés qui sont en la possession ou sous le contrôle de la partie qui les a créés doivent paraître à l'annexe A, les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué doivent être énumérés à l'annexe B et les documents en la possession ou sous le contrôle de tiers doivent être énumérés et décrits à l'annexe D. M. Foulkes a soutenu que les documents qui étaient en la possession ou sous le contrôle de son assureur en matière de responsabilité n'étaient pas sous son contrôle à lui. Par conséquent, seuls les documents dont il a la possession effective sont énumérés à l'annexe A de son affidavit des documents, tandis que l'annexe D mentionne [TRADUCTION] « tous les documents évoqués dans l'affidavit de Janice Rickard, directrice des sinistres à La United, fait le 4 avril 2012 ».

[23] Quoique souscrit par M^{me} Rickard, le dernier affidavit est intitulé [TRADUCTION] « Affidavit des documents des défendeurs, Justin Foulkes et Stacy L. Foulkes ». Y sont énumérés et décrits aux annexes A et B des documents que l'on trouve communément aux annexes A et B des affidavits des documents souscrits par des défendeurs assurés en vertu d'un contrat d'assurance de responsabilité automobile.

D. *La motion de M. Tower*

[24] M. Tower a déposé un avis de motion dans lequel il sollicite une ordonnance enjoignant aux Foulkes de produire un affidavit des documents qui soit conforme aux *Règles*. Il a soutenu que les documents énumérés et décrits dans l'affidavit

de M^{me} Rickard devaient être énumérés dans un affidavit des documents souscrit par les Foulkes. M. Tower se plaignait tout simplement du fait que les affidavits souscrits par les Foulkes et M^{me} Rickard n'étaient pas conformes aux règles 31.03(3) et (4). La première dispose qu'un affidavit des documents doit être fait par la partie visée par l'avis de production d'un affidavit des documents, tandis que la seconde en définit le contenu.

E. *La motion reconventionnelle des Foulkes*

[25] Les Foulkes ont réagi en déposant leur propre avis de motion dans lequel ils sollicitaient, entre autres choses, une ordonnance enjoignant à M. Tower : a) [TRADUCTION] « de produire un autre affidavit des documents, plus complet et souscrit comme il se doit »; b) [TRADUCTION] « de divulguer et de produire tous les documents qui se rapportent à sa demande, y compris les dossiers médicaux complets des fournisseurs de soins de santé et des hôpitaux qu'il a consultés à la suite de l'accident objet de la présente action »; c) [TRADUCTION] « de divulguer et de produire le dossier complet de l'assureur au titre du chapitre B et de ses mandataires, y compris la totalité des notes de tableau, des notes produites électroniquement, des rapports narratifs, de la correspondance et des renseignements sur le revenu et sur les études »; d) [TRADUCTION] « de demander et de produire les dossiers complets » des tiers nommés à l'annexe D; e) [TRADUCTION] « avant un interrogatoire préalable et après réception d'un autre affidavit des documents, plus complet et souscrit comme il se doit, de subir un contre-interrogatoire [...] au sujet de son affidavit des documents ». (C'est moi qui souligne.)

F. *La décision de la juge saisie des motions*

[26] La juge a refusé d'ordonner le contre-interrogatoire des parties au sujet de leurs affidavits, étant d'avis qu'une telle procédure était [TRADUCTION] « au mieux, prématurée ». Elle a ordonné aux parties [TRADUCTION] « de fixer une date qui convient aux deux parties pour la tenue, dans les six prochains mois, d'une enquête préalable ». Ni l'une ni l'autre de ces décisions n'est contestée en appel.

[27] La juge a accueilli la motion de M. Tower sollicitant un affidavit des documents souscrit comme il se doit par les Foulkes. Elle a justifié ainsi sa conclusion que les affidavits, qu'ils soient déposés par les Foulkes ou pour leur compte, ne remplissaient pas les conditions de validité d'un affidavit des documents selon les *Règles de procédure* : [TRADUCTION] « bien que ce soit l'assureur qui rassemble les documents et qui, avec l'aide de l'avocat, rédige l'affidavit, les documents sont ceux de l'assuré. L'assureur et l'avocat sont les mandataires de l'assuré et agissent pour son compte. Ce doit donc être l'assuré (ou, en l'occurrence, les assurés) qui souscrit l'affidavit des documents. » En conséquence, il a été ordonné aux Foulkes de [TRADUCTION] « souscrire d'autres affidavits des documents plus complets relatifs à la présente affaire, qui feront état de tous les documents en leur possession et de tous les documents en la possession de leurs mandataires (y compris tous les documents énumérés dans l'affidavit de M^{me} Rickard) ». Il va sans dire que l'ordonnance vise tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous le contrôle des Foulkes et de leurs mandataires.

[28] La juge a accueilli la motion des Foulkes en partie, ordonnant à M. Tower de leur fournir [TRADUCTION] « une copie du dossier de l'assureur au titre du chapitre B et des copies de ses dossiers médicaux ».

[29] Elle a conclu qu'aucuns dépens ne devraient être accordés puisque [TRADUCTION] « la victoire [était] partagée ».

[30] Comme nous le verrons, les Foulkes prétendent que la juge a oublié et omis de statuer sur leur motion visant à obtenir une ordonnance : 1) enjoignant à M. Tower de produire un autre affidavit des documents, plus complet; 2) enjoignant à M. Tower de demander et de produire [TRADUCTION] « les dossiers complets » des tiers nommés à l'annexe D de l'affidavit des documents qu'il a produit avant l'audience.

G. *L'avis d'appel de M. Tower*

[31] Dans son avis d'appel, M. Tower prétend que la juge saisie des motions, en lui ordonnant de remettre aux Foulkes une copie du dossier de l'assureur au titre du chapitre B et des copies de ses « dossiers médicaux », a commis une erreur susceptible de révision. Il soutient qu'il n'a ni la possession d'une copie du dossier relatif au chapitre B, ni un droit exécutoire à ce dossier. Quant à l'ordonnance de production de ses « dossiers médicaux », M. Tower avance qu'elle devrait être annulée pour cause d'imprécision et d'incertitude parce qu'il ne sait pas quels documents sont visés par l'expression précitée. Subsidiairement, il demande que [TRADUCTION] « les rapports médicaux rédigés à la demande de son avocat pour le présent litige » soient exclus de la portée de l'ordonnance, ce qui, selon lui, était l'intention de la juge. Enfin, M. Tower fait valoir qu'il a eu en grande partie gain de cause dans sa motion et dans sa défense à la motion reconventionnelle des Foulkes et que, par conséquent, le refus de la juge saisie des motions de lui accorder des dépens était déraisonnable.

H. *L'avis d'appel reconventionnel des Foulkes*

[32] Les Foulkes prétendent que la juge saisie des motions a commis une erreur susceptible de révision en leur ordonnant de produire des affidavits des documents énumérant non seulement les documents en leur possession, mais également ceux en la possession ou sous le contrôle de leurs mandataires, y compris tous les documents énumérés dans l'affidavit de Janice Rickard.

[33] Comme je l'ai mentionné, les Foulkes se plaignent également que la juge saisie des motions a omis de statuer sur leur motion visant à obtenir une ordonnance :
1) enjoignant à M. Tower de produire un autre affidavit des documents, plus complet;
2) enjoignant à M. Tower de demander et de produire les dossiers complets des organismes et personnes nommés à l'annexe D de son affidavit des documents. Les Foulkes demandent à la Cour de leur accorder les mesures réparatoires sollicitées ou, subsidiairement, d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience sur les questions qui n'ont

pas été tranchées. Il importe de signaler que, après que la juge eut donné ses motifs de décision, les Foulkes lui ont demandé de réparer cet [TRADUCTION] « oubli ». La juge a refusé parce que, pour employer les mots du greffier, [TRADUCTION] « les points soulevés par l’avocat ne tombent pas sous le coup de la [TRADUCTION] “règle de l’inadvertance” ».

III. Analyse et décision

A. *L’appel*

[34] Après avoir entendu les parties, la Cour a accueilli l’appel de M. Tower relativement à l’ordonnance l’enjoignant à produire le « dossier relatif au chapitre B » et a pris en délibéré l’appel de l’ordonnance de production de ses « dossiers médicaux ». Pour les motifs qui suivent, je conclus que cette dernière ordonnance doit également être annulée. Au bout du compte, on ne peut dire que la victoire était partagée également, aussi bien en première instance qu’en appel, et, en conséquence, M. Tower a droit aux dépens dans toutes les instances.

(1) L’ordonnance enjoignant à M. Tower de produire le dossier relatif au chapitre B

[35] Rien n’indique que M. Tower a en sa possession le dossier relatif au chapitre B. Reste à savoir si ce dossier est sous son contrôle.

[36] Un document est sous le contrôle d’une partie si elle a un droit exécutoire d’obtenir l’original ou une copie du document. Le droit est résumé ainsi dans *Paul c. Reilly* :

Pour répondre laconiquement à la motion des appelants afin d’obtenir la production de documents versés au dossier de la demande au titre du chapitre B, je dirai que les *Règles* n’autorisent pas les tribunaux à ordonner à une partie de demander à un étranger à l’action de fournir une

documentation. (Le fait que pareilles ordonnances soient chose courante est indéniable, mais elles sont invariablement rendues par suite d'un consentement.) Si un document se trouvant en la possession ou sous le « contrôle » d'une partie porte sur une question en litige dans l'action et n'est pas privilégié, la cour pourra ordonner sa production : règle 31.04(4). Ainsi, dans la décision *El-Bayoumi c. Wade*, cette affaire ayant été invoquée par les appelants dans leur avis de motion, le juge Russell a ordonné au défendeur à une action pour faute professionnelle de produire les documents litigieux, savoir l'enregistrement sonore d'une instance disciplinaire qui se trouvait en la possession effective d'une personne qui n'était pas partie à l'action, soit la Société dentaire du Nouveau-Brunswick. Si un document pertinent et non privilégié ne se trouve pas en la possession ou sous le contrôle d'une partie à l'action, la cour peut ordonner sa production par quiconque en a la possession ou le contrôle : règle 31.11 (« Documents en possession d'un tiers »). Notre Cour, comme la cour d'instance inférieure, est dépourvue de la compétence lui permettant de rendre l'ordonnance sollicitée dans l'avis de motion ayant trait au dossier de la demande au titre du chapitre B.

Quoi qu'il en soit, une autre réponse peut être donnée à la motion des appelants visant la production. Un document ne relève pas de « l'autorité » ou du « contrôle » d'une partie pour la simple raison qu'elle pourrait, sur demande, en obtenir copie d'une personne qui en a la possession : *Wright c. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1983] A.J. No. 611 (C.B.R.) (QL). Dans l'arrêt *Jos. A. Likely Ltd. c. Peter Kiewit & Sons* (1978), 19 R.N.-B. (2^e) 294 (C.A.), aux paragraphes 10 à 17, la Cour a statué qu'un document relevait de [TRADUCTION] « l'autorité » d'une partie au sens de la règle antérieure à la règle 31.04(4), savoir l'ordonnance 31 de la règle 14, si, n'étant pas en la possession de cette partie, celle-ci jouissait d'un droit exécutoire à sa production pour examen. Rien au dossier n'étaye la conclusion selon laquelle l'intimée jouissait, quand s'est tenue l'audience devant la cour d'instance inférieure, d'un droit exécutoire à la production pour examen d'une partie quelconque du dossier relatif à l'accident que possédait son assureur au titre de sa demande d'indemnité sans égard à la responsabilité. [par. 40 et 41]

[37] Les *Règles de procédure* ne prévoient pas le recours à une ordonnance enjoignant à une partie de demander à un tiers de lui remettre un document et de produire ce document s'il lui est remis (voir *Clark c. Collicott*, 2013 NBBR 53, 400 R.N.-B. (2^e) 279, aux par. 22 et 60, le juge Morrison). Une ordonnance de production ne peut être rendue que si le document en question est en la possession ou sous le contrôle de la partie visée par elle. Néanmoins, il y a contrôle sur un document si la partie a, sur demande, un droit exécutoire à sa production par un tiers. Ce point a été souligné dans *Rumble c. Sobey's Incorporated*, 2014 NBCA 72, [2014] A.N.-B. n^o 322 (QL) :

Un document qui se trouve en la possession ou sous le contrôle d'une personne étrangère à l'action est également sous le contrôle d'une partie si cette dernière jouit d'un droit exécutoire à sa production pour examen : *Paul c. Reilly*, 2006 NBCA 84, 305 R.N.-B. (2^e) 146, au par. 41, et *Stone c. Sharp*, 2008 NBCA 55, 333 R.N.-B. (2^e) 220, au par. 24. Un droit d'origine contractuelle ou législative suffit. De plus, l'arrêt *Paul c. Reilly* appuie la proposition voulant que les tribunaux dans notre province ne soient pas habilités à rendre une ordonnance enjoignant à une partie de demander des documents à une personne étrangère à l'action qui pourrait produire les documents volontairement ou qui serait censée le faire. Bien entendu, cet exposé du droit ne s'applique pas à une situation dans laquelle, comme c'est le cas en l'espèce de la DRUGStore Pharmacy, une demande déclencherait un droit juridiquement exécutoire d'obtenir la production. [par. 17]

[38] Les Foulkes prétendent que l'art. 4.9 de l'annexe 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, confère à M. Tower [TRADUCTION] « un droit exécutoire d'obtenir des renseignements personnels contenus dans le dossier de son assureur relatif au chapitre B ». Ils prétendent que cette loi s'applique, depuis le 4 janvier 2004, aux organisations privées qui se livrent à des activités commerciales, telles que les compagnies d'assurance. L'article 4.9 est rédigé ainsi :

4.9 Upon request, an individual shall be informed of the existence, use, and disclosure of his or her personal	4.9 Une organisation doit informer toute personne qui en fait la demande de l'existence de renseignements personnels
--	--

information and shall be given access to that information. An individual shall be able to challenge the accuracy and completeness of the information and have it amended as appropriate.

qui la concernent, de l'usage qui en est fait et du fait qu'ils ont été communiqués à des tiers, et lui permettre de les consulter. Il sera aussi possible de contester l'exactitude et l'intégralité des renseignements et d'y faire apporter les corrections appropriées.

[39]

La règle 37.03b) dispose qu'un avis de motion doit faire état de toute disposition législative que l'auteur de la motion a l'intention d'invoquer. L'article 4.9 n'est pas mentionné dans l'avis de motion des Foulkes. En outre, la disposition n'a pas été invoquée par les Foulkes à l'audience devant la Cour du Banc de la Reine. En conséquence, la juge saisie des motions n'a pas été saisie de la question de son applicabilité et n'a pas statué sur elle. Cela dit, il reste à trancher si, à la lumière de la common law, le dossier relatif au chapitre B était sous le contrôle de M. Tower. Néanmoins, j'hasarderai quelques observations, qui, je l'espère, susciteront la réflexion, concernant l'applicabilité de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*. Même si on admettait, de façon hypothétique, que la loi s'applique aux assureurs au titre du chapitre B dans le contexte d'une action pour lésions corporelles contre un tiers, il est loin d'être sûr qu'elle entendait élargir les droits et obligations relatifs à l'enquête préalable et qu'elle a effectivement cet effet. Quoiqu'il en soit, tout débat et toute décision futurs à cet égard devraient aborder les points suivants :

- 1) l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* dans son ensemble, et celui de l'art. 4.9 de l'annexe 1 en particulier;
- 2) le sens des termes « activité commerciale » (par. 2(1)), « renseignements personnels » et « activités commerciales » (al. 4(1)a) et b) et par. 5(1) et (3) et 7(1)) et de quelle manière ces concepts peuvent s'appliquer raisonnablement à un dossier relatif au chapitre B comme en l'espèce (voir *State Farm Mutual Automobile Insurance Company c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada*, 2010 FC 736, [2010] A.C.F. n° 889 (QL), aux par. 97 à 119);
- 3) le sens du droit à l'« access » prévu à l'art. 4.9 de la version anglaise de l'annexe 1, surtout eu égard à la version française, qui parle de permettre à la personne de « consulter » les renseignements personnels;
- 4) le fait que l'art. 4.9 de l'annexe 1 confère littéralement, non pas le droit d'obtenir une copie du document qui contient les renseignements personnels, mais le droit de consulter ces

renseignements. Le présent appel ne concerne pas l'interrogatoire oral; il vise plutôt la communication des documents, et bien que le mot « document » soit défini de façon large à la règle 31, « [c]ette définition très large [n'a pas] pour but [...] d'amalgamer la communication de documents et l'interrogatoire préalable »: *Rumble c. Sobey's Incorporated*, au par. 14.

[40] Dans *Clark c. Collicott*, le juge Morrison a ordonné la production du dossier relatif au chapitre B parce que le privilège revendiqué à son égard était invalide et que le demandeur avait affirmé dans son affidavit des documents que le dossier était en sa possession ou sous son contrôle. Pareille concession n'a pas été faite en l'espèce.

[41] M. Tower ne jouit pas d'un droit exécutoire en common law d'obtenir le dossier relatif au chapitre B ou une copie de ce dossier. Il s'ensuit que l'ordonnance lui enjoignant de produire [TRADUCTION] « le dossier relatif au chapitre B », ayant été rendue sans la compétence nécessaire, doit être annulée.

[42] Cela dit, il reste que certains des documents du dossier relatif au chapitre B sont en la possession ou sous le contrôle de M. Tower. Il le déclare dans son affidavit des documents, mais il prétend que les documents sont privilégiés et ainsi qu'ils sont à l'abri d'une production ordonnée par la cour. La juge saisie des motions n'a pas statué sur la validité de cette prétention.

(2) L'ordonnance enjoignant à M. Tower de produire ses « dossiers médicaux »

[43] Une ordonnance de production des documents doit être suffisamment précise pour que sa portée soit sans ambiguïté. Les plaidants visés devraient savoir avec une certitude raisonnable quels documents ils doivent produire.

[44] Les deux parties conviennent que l'ordonnance de production en cause n'a pas d'effet futur. Autrement dit, elle ne vise que les documents qui existaient au moment où elle a été rendue.

[45] Le terme « médical » peut être interprété de façon étroite ou large. Comme la Cour l'a souligné dans *Veno c. La United, Corporation d'assurances générales*, 2008 NBCA 39, 330 R.N.-B. (2^e) 237, au par. 106, le terme « médical » peut être employé dans un sens étroit pour parler de la science ou de la pratique de la médecine; cependant, il a un sens plus large, à savoir, [TRADUCTION] « relatif à l'état de santé d'un individu ». Habituellement, il ressort clairement des motifs d'une décision, à la lumière du dossier d'audience, quels documents sont visés par l'ordonnance de production. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[46] Selon le dossier d'audience, M. Tower a produit une copie de toute la correspondance (pièces jointes comprises, le cas échéant) entre lui et l'Hôpital Dr Everett Chalmers, ce qui comprenait : 1) le dossier de soins au patient établi par Ambulance Nouveau-Brunswick en date du 25 septembre 2010; 2) le formulaire du service des urgences rempli le 25 septembre 2010; 3) le registre d'administration des médicaments en date du 25 septembre 2010; 4) deux rapports d'imagerie diagnostique en date du 25 septembre 2010; 5) le rapport de laboratoire en date du 25 septembre 2010.

[47] Le dossier d'audience montre également que M. Tower a remis aux défendeurs une copie de toute la correspondance (pièces jointes comprises, le cas échéant) entre lui et l'Hôpital régional de Saint-Jean, ce qui comprenait : 1) la fiche des 12 heures de soins concentrés pour la période allant du 26 septembre 2010 au 29 septembre 2010; 2) le registre interdisciplinaire des progrès du patient pour le 26 septembre 2010; 3) le registre des progrès pour la période allant du 25 septembre 2010 au 30 septembre 2010; 4) le tableau des résultats pour la période allant du 25 septembre 2010 au 28 septembre 2010; 5) l'état des antécédents et de l'examen médicaux en date du 25 septembre 2010; 6) la fiche de congé en date du 29 septembre 2010; 7) la réquisition pour consultation/aiguillage en physiothérapie en date du 27 septembre 2010 et du 28 septembre 2010; 8) le rapport du Dr Brian Wheelock en date du 27 octobre 2010; 9) la dispense médicale du Dr Brian Wheelock en date du 27 octobre 2010; 10) la fiche de congé pour transfert en date du 24 novembre 2010.

[48] L'ordonnance enjoignant à M. Tower de produire ses « dossiers médicaux » ne doit sûrement pas viser les documents qu'il a déjà produits. Reste la possibilité que l'ordonnance de production vise les « dossiers médicaux » énumérés à l'annexe D de l'affidavit des documents de M. Tower. À mon sens, cette hypothèse ne résiste pas à l'examen.

[49] Premièrement, la juge saisie des motions ne fonde pas l'ordonnance en cause sur une conclusion de sa part voulant que les « dossiers médicaux » qui sont en la possession ou sous le contrôle des tiers nommés à l'annexe D soient sous le contrôle de M. Tower. En fait, il n'y a aucune mention de cette condition préalable dans ses motifs de décision. Deuxièmement, comme il a été mentionné, les Foulkes font valoir que la juge saisie des motions n'a pas statué sur leur motion pour une ordonnance enjoignant à M. Tower de produire les documents énumérés à l'annexe D de son affidavit des documents, lequel, rappelons-le, comprend : 1) [TRADUCTION] « des documents en la possession ou sous le contrôle du Dr John Prendergast, de Chipman, au Nouveau-Brunswick »; 2) [TRADUCTION] « des documents en la possession ou sous le contrôle de l'Hôpital Dr Everett Chalmers »; 3) [TRADUCTION] « des documents en la possession ou sous le contrôle de l'Hôpital régional de Saint-Jean »; 4) [TRADUCTION] « des documents en la possession ou sous le contrôle du Dr Brian Wheelock »; 5) « des documents en la possession ou sous le contrôle de Sole to Soul Massage Therapy, de Minto, au Nouveau-Brunswick »; 6) [TRADUCTION] « des documents en la possession ou sous le contrôle de Range of Motion, de Fredericton, au Nouveau-Brunswick ».

[50] Vu ce qui précède, comme M. Tower, je ne comprends pas quels documents peuvent être visés par la mention des « dossiers médicaux ». En conséquence, l'ordonnance doit être annulée.

B. *L'appel reconventionnel*

- (1) L'ordonnance enjoignant aux Foulkes de produire un affidavit des documents qui soit conforme à la règle 31

[51] Dans leur mémoire d'appel, les Foulkes prétendent que l'ordonnance devrait être annulée pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION]

En l'espèce, ni l'un ni l'autre des intimés n'avait connaissance de l'origine ou de l'objet des documents énumérés dans l'affidavit des documents de Janice Rickard. Comment alors étaient-ils capables de revendiquer légitimement un privilège à l'égard de documents y créés, sans la preuve complémentaire de Janice Rickard?

La règle 4.05(2) dispose que, sauf disposition contraire des présentes règles, tout affidavit doit se limiter à un exposé des faits dont le déposant a une connaissance personnelle. Nulle part dans les *Règles de procédure* ne trouve-t-on une exception qui permettrait à un déposant de citer, dans un affidavit des documents, des faits dont il n'a pas la connaissance personnelle. Par conséquent, afin de former une revendication valide de privilège à l'égard de documents créés par un assureur ou à la demande d'un assureur, l'assuré doit fournir une preuve de son assureur quant à l'origine ou à l'objet de ce document. Il est logique de le faire au moyen d'un affidavit des documents fait par l'assureur.

Dans *Janel Ouellet Design Inc. c. Desbiens*, 1998 CarswellNB 459 (C.A.), (ci-après « *Janel* »), une propriétaire a intenté une action à un locataire à la suite d'un incendie [...] d'origine douteuse, peut-être criminel. Les actants subliminaux étaient les deux assureurs des parties et la demanderesse a demandé à la cour d'ordonner la production de documents créés par l'assureur du défendeur à la suite de leur enquête sur l'incendie. Le défendeur avait revendiqué un privilège relatif au litige à l'égard de ces documents en vertu de l'article 43.1 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11. La Cour d'appel a fait une mise en garde contre l'observation aveugle des *Règles de procédure*, déclarant ce qui suit au par. 11 :

Le principal suspect de l'assureur de M. Desbiens [le défendeur] devait forcément être M. Desbiens. Afin que la compagnie soit en mesure de contester toute demande de sa part, son enquête devait avoir pour objectif de mettre en lumière sa complicité ou sa négligence grossière relativement à l'incendie. Pourtant, dans son affidavit des documents, M. Desbiens conteste son obligation de produire les documents en question, dont il a la possession ou le contrôle, documents qui font état d'une enquête sur lui et s'appuient sur les constatations des services de police, de prévention des incendies et autres organismes d'enquête en ce qui concerne son rôle présumé dans l'origine de l'incendie. Si je dis cela, c'est parce qu'il est fort peu probable, contrairement à ce qu'il affirme sous serment dans son affidavit des documents, qu'il ait jamais eu « la possession ou le contrôle » des documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué dans le cadre de la poursuite qui l'oppose à Janel. Une observation aveugle des *Règles de procédure*, qui ne tient aucun compte d'un changement de situation, comme dans le cas qui nous occupe où les adversaires principaux sont deux assureurs, donne lieu à des lacunes dans la préparation des affidavits et de l'affidavit des documents. **Le contenu de l'affidavit doit avoir un rapport avec la nouvelle situation dans laquelle se trouvent les parties et les assureurs auxquels elles sont liées par contrat. L'escarpin de Cendrillon ne convient pas à tous les pieds.**

[En gras dans l'original; c'est moi qui souligne.]

[52] Les Foulkes soutiennent que les affidavits qui ont été présentés par eux et pour leur compte à titre d'affidavits des documents étaient convenables, eu égard aux faits en l'espèce. Ils prétendent que l'affidavit de M^{me} Rickard a été fait par [TRADUCTION] « la personne ayant connaissance personnelle de la création et de l'origine des documents ». Selon les Foulkes, il serait inacceptable pour une personne de faire un affidavit des documents avec revendications de privilège qui lui sont étrangères.

[53] Avec égards, cette prétention n'a aucun fondement. Je commence par formuler quelques propositions axiomatiques.

[54] Un arrêt ne fait autorité qu'à l'égard de ce qu'il tranche. La *ratio decidendi* de *Ouellet (Janel) Design Inc. c. Desbiens* (1998), 207 R.N.-B. (2^e) 128, [1998] A.N.-B. n^o 513 (C.A.) (QL), est délimitée avec exactitude dans le sommaire (QL), qui est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

La preuve à l'appui de la revendication de privilège était déficiente. Les affidavits étaient vides de substance et ne faisaient qu'invoquer le privilège. La simple assertion ne satisfait pas au critère du bien-fondé si on ne fournit pas un certain contenu. Aucun interrogatoire n'a eu lieu à l'égard des affidavits. Le principal suspect de l'assureur de M. Desbiens devait forcément être M. Desbiens. Rien n'a convaincu la Cour que le but principal de l'enquête en faisait une enquête visée à l'article 43.1 de la *Loi sur la preuve*. Une présomption d'incendie criminel ne créait pas, en elle-même, le but principal mentionné à l'article 43.1. Pour que le but soit principal, il fallait que ce soit le but ultime ou déterminant et la preuve devait appuyer l'existence de ce but premier, et elle ne le faisait pas dans la présente affaire. La décision du juge saisi de la motion voulant qu'il ne fût pas nécessaire d'examiner les documents avait été prise sur le fondement de la preuve et de l'argumentation présentées à l'appui de la motion. Le juge saisi d'une motion n'était pas tenu de venir au secours de la revendication de privilège en examinant les documents afin de justifier la revendication d'une partie. Il n'y a pas eu défaut d'exercer un pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire.

Les observations soulignées dans l'extrait de *Ouellet (Janel) Design Inc. c. Desbiens* reproduit au paragraphe 51 ci-dessus ne sont rien de plus que de l'eau apportée au moulin et n'étendent pas la portée de la décision fondamentale, qui conclut que les revendications de privilège non fondées ne seront pas accueillies. Cela dit, les remarques incidentes en question sont sans doute correctes dans la mesure où elles laissent entendre

que des documents en la possession de tiers (la police et les services d'incendie) conviennent mieux à l'annexe D qu'à l'annexe B.

[55] Les règles procédurales sont un moyen d'obtenir des résultats judiciaires qui font en sorte que la justice soit rendue conformément à la loi. Cet objectif fondamental est invariablement inatteignable si on ne donne pas à la vérité toutes les chances raisonnables de percer : *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] A.C.S. n° 66 (QL), au par. 24. Un affidavit des documents conforme aux *Règles* « est, en général, indispensable à la découverte de la vérité » : *Whelton c. Mercier et al.*, 2004 NBCA 83, 277 R.N.-B. (2^e) 251, au par. 26. Les parties ont droit à des affidavits des documents qui sont conformes aux *Règles de procédure*, et les parties [TRADUCTION] « n'ont nullement le droit de décider unilatéralement, d'elles-mêmes ou par l'entremise de leurs avocats, de passer outre aux *Règles de procédure* », y compris celles qui portent sur la communication des documents : *Forest Protection Ltd. et al. c. Bayer AG et al.* (1998), 207 R.N.-B. (2^e) 50, [1998] A.N.-B. n° 484 (C.A.) (QL), au par. 28, le juge d'appel Ryan, au nom de la Cour. Il ne s'agit pas en l'espèce d'apporter une adaptation mineure à une formule des *Règles*; la procédure suivie par les Foulkes constitue un départ majeur et injustifié par rapport aux prescriptions de la règle 31.

[56] La règle 31.03 énonce les obligations des parties et de leurs avocats relativement à l'établissement d'un affidavit des documents.

[57] La règle 31.03(3) dispose que l'affidavit des documents doit être établi par la partie à qui a été signifié l'avis de production d'un affidavit des documents. Si la partie est une corporation, l'affidavit doit être établi par un dirigeant, un administrateur ou un employé de cette corporation.

[58] La règle 31.03(4) précise les éléments essentiels de l'affidavit des documents. Il doit contenir ce qui suit : a) la liste et la description de tous les documents relatifs au litige dont la partie a la possession ou le contrôle et sur lesquels elle ne revendique pas de privilège (ces documents font partie de l'annexe A); b) la liste et la description de tous les documents pertinents dont la partie a la possession ou le contrôle

et sur lesquels elle revendique un privilège ainsi que les motifs de cette revendication (ces documents sont énumérés à l'annexe B); c) la liste et la description de tous les documents pertinents dont la partie a déjà eu la possession ou le contrôle, mais ne les a plus, avec une indication du lieu où ils se trouvent actuellement selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit (ces documents se trouvent à l'annexe C); et d) la liste et la description de tous les documents pertinents que le déposant croit être en la possession ou sous le contrôle d'une personne non partie à l'action, en plus d'une description suffisante à son identification (ce sont les documents de l'annexe D). En outre, l'affidavit des documents doit fournir une description suffisante à l'identification de chaque document ou liasse de documents : règle 31.03(5).

[59] La règle 31.03(4)e) prescrit au déposant d'affirmer « n'être au courant » d'aucun autre document pertinent sauf ceux qui sont énumérés dans l'affidavit des documents, tandis que la règle 31.03(6) oblige les avocats de la partie déposante d'ajouter à l'affidavit des documents un certificat attestant : 1) qu'ils ont « expliqué au déposant l'obligation d'une divulgation complète de tous les documents pertinents »; 2) qu'ils ne connaissent aucun autre document qui aurait dû être divulgué.

[60] La règle 31.03(3) est très claire. L'établissement de l'affidavit des documents incombe à la partie à qui a été signifié l'avis de production d'un affidavit des documents. Bien entendu, il y aura des cas où, du moins au départ, la connaissance personnelle de la partie à l'égard du ou des dossiers est limitée et incomplète. De même, le plus souvent, la partie n'aura pas une juste appréhension des concepts de « pertinence », de « privilège », de « possession » et de « contrôle » en ce qu'ils s'appliquent au processus de communication des documents. Néanmoins, cette partie a l'obligation d'établir un affidavit des documents qui satisfait aux exigences de la règle 31.03. La solution est évidente : c'est par la diligence des parties et la participation de leur avocat qu'on arrive à remédier à ce manque de connaissances factuelles et juridiques.

[61] Les parties qui font un affidavit des documents sont liées par l'obligation de se renseigner. Cette obligation peut obliger les parties, qu'elles se représentent elles-mêmes ou non, à se renseigner sur les principes juridiques applicables et, au besoin, à recourir aux services d'un avocat. Les parties sont censées effectuer une recherche minutieuse de tous les documents pertinents qui sont en leur possession ou sous leur contrôle et [TRADUCTION] « se renseigner diligemment au sujet d'autres documents pertinents dont d'autres personnes pourraient avoir la possession pour [leur compte] » : W.B. Williston et R.J. Rolls, *The Law of Civil Procedure* (Toronto : Butterworths, 1970), vol. 2, à la p. 892. Voir également Linda Abrams et Kevin Patrick McGuinness, *Canadian Civil Procedure Law*, 2^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2010).

[62] Parce que la plupart du temps les parties ne comprennent pas bien les concepts juridiques à la base du processus à suivre pour l'établissement d'un affidavit des documents conforme aux *Règles*, leurs avocats ont une obligation générale de les éclairer [TRADUCTION] « au sujet de ce que constitue le processus d'enquête préalable » : *Delta Electric Co. Ltd. c. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Ltd. and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 R.N.-B. (2^e) 406, [1984] A.N.-B. n^o 112 (C.B.R.) (QL), à la p. 410, le juge Stevenson. Plus précisément, les avocats ont l'obligation non seulement de faire bien comprendre à leurs clients leur obligation juridique de communiquer tous les documents pertinents dont ils ont la possession ou le contrôle, mais aussi de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer qu'aucun document pertinent n'a été omis de l'affidavit des documents (voir *Woods c. Martins Bank, Ltd. and Another*, [1958] 3 All E.R. 166, et Gordon Cudmore, *Choate on Discovery*, 2^e éd. (Scarborough, Ont. : Carswell, 2004) (feuilles mobiles, mis à jour en 2011, publication 7), ch. 3, à la p. 65. La nature complémentaire des obligations de la partie et de l'avocat est bien expliquée dans *Canadian Civil Procedure Law*, au par. 13.20 :

[TRADUCTION]

Il incombe à chaque partie à une action d'effectuer une communication des documents complète, juste et rapide. Cependant, l'obligation ne se limite pas à la partie : une obligation correspondante s'étend également à l'avocat de

chaque partie. La partie qui effectue la communication est tenue de rassembler minutieusement tous les documents pertinents en sa possession et de se renseigner diligemment au sujet d'autres documents pertinents qui peuvent être en la possession d'autres personnes. L'avocat a l'obligation d'enquêter et de surveiller attentivement et d'éclairer son client au sujet des documents qui devraient être inclus dans l'affidavit, car on ne peut s'attendre à ce qu'un client connaisse toute l'étendue de son obligation sans aide juridique.

[63] Il s'ensuit que la juge saisie des motions avait raison d'ordonner aux Foulkes de déposer un affidavit des documents conforme à la règle 31 et qui, en un mot, contient tous les documents énumérés dans l'affidavit de M^{me} Rickard.

(2) Les motions des Foulkes sur lesquelles la juge n'a pas statué

[64] Comme il a été mentionné, les Foulkes se plaignent que la juge a omis de statuer sur leur motion pour une ordonnance : 1) enjoignant à M. Tower de produire un autre affidavit des documents, plus complet; 2) lui enjoignant [TRADUCTION] « de demander et de produire les dossiers complets » des tiers nommés à l'annexe D de l'affidavit des documents qu'il a produit avant l'audience. À l'audience, la Cour a accueilli en partie l'appel reconventionnel des Foulkes en renvoyant ces motions à la juge saisie des motions, à certaines conditions, pour qu'elle statue sur elles. Il ne faut pas en déduire que la Cour en a ainsi reconnu le bien-fondé.

[65] En statuant sur la motion visant à obtenir un autre affidavit des documents, plus complet, de M. Tower, la juge saisie des motions doit porter son attention sur la validité des privilèges revendiqués à l'égard de la correspondance avec l'assureur au titre du chapitre B et ses experts en sinistres, ainsi qu'à l'égard de la déclaration faite par M. Tower à l'une de ces sociétés d'experts en sinistres. Si la juge devait conclure que M. Tower n'a pas revendiqué ces privilèges à bon droit, elle pourra lui ordonner de délivrer un autre affidavit des documents plus complet, conformément à la règle 31.06b). Je conclurais mes propos à ce sujet en soulignant une évidence : la porte n'est pas fermée à d'autres moyens à l'appui de l'ordonnance sollicitée. Néanmoins, une telle ordonnance

ne peut être fondée sur de la spéculation au sujet de l'existence de documents non divulgués.

[66] Pour ce qui est de la seconde motion, il ne servirait à rien de renvoyer à la juge la question de la production éventuelle des documents en la possession ou sous le contrôle d'Alliance Assurance (assureur au titre de l'avenant F.A.N.-B. 44); La United (assureur au titre du chapitre B), Lawrence & Associates et AMG Claims Inc. (les experts en sinistres au titre du chapitre B), Crawford Adjusters (les experts en sinistres au titre du chapitre A) et Blue Cross Atlantic. On ne trouve rien dans l'avis de motion sous-jacent et dans la documentation y annexée qui permette de conclure que M. Tower a soit la possession, soit le contrôle de ces documents. Évidemment, on peut dire la même chose pour les documents en la possession ou sous le contrôle du cabinet d'avocats Cox & Palmer, qui représente les Foulkes.

[67] Les autres documents énumérés à l'annexe D sont plausiblement sous le contrôle de M. Tower en raison d'un droit exécutoire à leur production existant soit en common law, soit au titre de lois fédérales et provinciales couramment appliquées. J'ajouterais que la juge saisie des motions devrait refuser d'entendre la motion visant la production de ces documents tant que les Foulkes n'ont pas précisé, dans un avis de motion modifié, les dispositions législatives qu'ils ont éventuellement l'intention d'invoquer (voir la règle 37.03b)). Si la juge saisie des motions devait juger indiqué d'accueillir la motion des Foulkes, elle pourrait envisager, s'il y a lieu, de rendre une ordonnance en harmonie avec la décision de notre Cour dans *Rumble c. Sobey*s.

IV. Conclusion et décision

[68] C'est pour les motifs indiqués dans le texte qui précède que je me suis joint à mes collègues pour accueillir tant l'appel que l'appel reconventionnel, sous réserve de conditions.

[69] Eu égard à la décision envisagée par notre Cour et aux motifs susmentionnés, il est clair que l'appelant a eu largement gain de cause à tous les niveaux d'instance. En conséquence, il a droit aux dépens, que je fixe à 3 500 \$, à tous les niveaux d'instance.