



16-17-CA

BRYAN SUTHERLAND

BRYAN SUTHERLAND

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

DR. MOSES ALATISHE

D^R MOSES ALATISHE

RESPONDENT

INTIMÉ

Sutherland v. Alatishe, 2018 NBCA 21

Sutherland c. Alatishe, 2018 NBCA 21

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Richard
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:

June 1, 2016, and September 28, 2016

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :

Les 1^{er} juin 2016 et 28 septembre 2016

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:

2016 NBQB 105 and unreported

Décision frappée d'appel :

2016 NBBR 105 et inédite

Preliminary or incidental proceedings:

N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :

s.o.

Appeal heard:

March 20, 2018

Appel entendu :

le 20 mars 2018

Judgment rendered:

April 26, 2018

Jugement rendu :

le 26 avril 2018

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:

Bryan Sutherland appeared in person

Pour l'appelant :

Bryan Sutherland a comparu en personne

For the respondent:

Robert M. Dysart and Timothy Bell

Pour l'intimé :

Robert M. Dysart et Timothy Bell

THE COURT

The appeal is dismissed without costs.

LA COUR

L'appel est rejeté sans dépens.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] Bryan Sutherland appeals a summary judgment decision in which a judge of the Court of Queen's Bench dismissed his action against psychiatrist Dr. Moses Alatishe.

[2] In 2006, Dr. Alatishe diagnosed Mr. Sutherland as suffering from schizophrenia. The diagnosis was made during an admission at the Moncton Hospital's psychiatric unit. Treatment continued after hospitalization until 2009 after which there were a few follow up visits without further treatment. On January 20, 2015, Mr. Sutherland filed an action alleging various causes of action against Dr. Alatishe. All of these relate to the medical treatment he received while under Dr. Alatishe's care. The action initially included claims by Mr. Sutherland's parents and grand-parents but, in a decision dated July 16, 2015, a judge of the Court of Queen's Bench struck out their claims.

[3] As the sole remaining plaintiff, Mr. Sutherland continued with the action. Examinations for discovery were conducted following which Mr. Sutherland sought to set the matter down for trial. Dr. Alatishe contested Mr. Sutherland's Certificate of Readiness and applied for summary judgment, invoking the following grounds: (1) there was no merit to any of the claims; and (2) the action was prescribed by application of the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5.

[4] The motion for summary judgment was heard on May 25, 2016.

[5] In a decision released June 1, 2016, reported at 2016 NBQB 105, 450 N.B.R. (2d) 96, the motion judge ruled that, without an expert report establishing the standard of care required in what was effectively a medical malpractice case, Mr. Sutherland's action had "no hope of success" (para. 25). He based his conclusion on

cases such as: *Ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674, [1995] S.C.J. No. 79 (QL); *Ferroni v. St. Joseph's Health Centre et al.*, 2012 ONSC 1208, [2012] O.J. No. 793 (QL); *Hewson v. British Columbia*, 2016 BCSC 803, [2016] B.C.J. No. 929 (QL); *Hefzi-Yekta v. Sargeant Estate (Litigation Administrator for)*, [2005] O.J. No. 4301 (QL); and *Samuel v. Ho*, [2009] O.J. No. 173 (QL). As to the argument the action was prescribed, the judge held the issue could only have been determined through trial.

[6] However, instead of dismissing Mr. Sutherland's claim, the judge ruled as follows:

[...] I give two months to Mr. Sutherland to either arrange for an expert witness in the field of psychiatry to provide an expert opinion on the issues before this court or not. Mr. Sutherland must advise Dr. Alatishe's legal counsel the name of the expert, his particular expertise and generally what the expert opinion will be. Once the expert opinion is available, Mr. Sutherland must comply with Rule 52 and Dr. Alatishe will be given sufficient time to consult with an expert and give his notice under Rule 52 to Mr. Sutherland. Once the above is complete, the matter shall proceed to trial.

Should Mr. Sutherland fail to provide the above within the two-month timeframe as outlined, Dr. Alatishe is granted the requested Summary Judgment without further motion to this Court.

[paras. 29-30]

[7] Somewhat incongruously, the judge disposed of the motion with a conclusory paragraph stating that, unless Mr. Sutherland arranged for expert evidence within two months, summary judgment "will be granted" but adding that the matter was "adjourned for two months" (para. 31). We note it was certainly open for the judge to give Mr. Sutherland time to provide additional evidence on the motion for summary judgment once he concluded that not doing so would "create an injustice" (para. 28). However, in our view, it would have been preferable to simply adjourn the matter to a future date rather than make a provisional ruling. This was the approach taken in *Suserski*

v. Nurse, 2008 ONCA 416, [2008] O.J. No. 2078 (QL), at para. 6, leave to appeal refused [2008] S.C.C.A. No. 298 (QL).

[8] The matter did not resume two months later. The parties only returned to court on September 23, 2016. At that time, Mr. Sutherland had retained two witnesses: a retired neurologist from California and a teacher of criminology certified as a Human Service Counselor from Sackville, N.B. The former had provided a report positing in part as follows:

It is time to call psychiatry what it is: a tyranny, a pseudo-science, in the service of the pharmaceutical industry and government. Their every “treatment” is a lie, because their every diagnosis – each said to be a disease – is a lie. This means that every patient is deprived of their right to informed consent. This means that every patient, however treated, is an involuntary conscript – a situation incompatible with democratic principles.

[9] As for the second witness, the counselor, he offered opinions far exceeding his qualifications.

[10] Upon considering the reports Mr. Sutherland tendered, and after hearing further submissions, the motion judge reserved his decision. He issued it on September 28, 2016. It is unreported. In the decision, the judge opined these two reports would likely not meet the test for admissibility at trial and, in any event, neither of their authors was qualified to give opinion evidence as to the standard of care required of a psychiatrist. In the absence of such expert opinion the motion judge allowed the summary judgment motion and dismissed the action.

[11] Mr. Sutherland appeals the dismissal of his action. He also applies for leave to present evidence on appeal, which, he claims, would support his various claims. Dr. Alatishe opposes the fresh evidence application and argues Mr. Sutherland’s appeal should be dismissed. He also cross-appeals on the ground the motion judge should have also dismissed the action because it was prescribed by the *Limitation of Actions Act*.

[12] Mr. Sutherland's motion to present further evidence is dismissed. While Rule 62.21 of the *Rules of Court* authorizes us to receive further evidence, certain criteria first have to be met. The criteria established in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, are often cited in cases of this nature:

(1)The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen* [[1964] S.C.R. 484].

(2)The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3)The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4)It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[p. 775]

[13] These criteria, or some version of them, have frequently been applied in determining applications to present further evidence on appeal and should govern in the instant case. The further evidence Mr. Sutherland wishes to adduce consists of expert reports, which he argues support his claims. These reports were all prepared after the summary dismissal of Mr. Sutherland's action, but they all could have, with the exercise of due diligence, have been obtained and adduced at the summary judgment hearing. For this reason, the motion to present further evidence is dismissed.

[14] As for Mr. Sutherland's appeal against the summary judgment, it too is dismissed. The motion for summary judgment was adjudicated on the basis of the former Rule 22 of the *Rules of Court*. As Drapeau J.A. (as he then was), noted in *Cannon v. Lange et al.* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (C.A.) (QL), that Rule imposed "a very stringent test" (para. 17). The test had been articulated in *Ripulone v.*

Pontecorvo (1989), 104 N.B.R. (2d) 56, [1989] N.B.J. No. 1138 (C.A.) (QL), per Stratton C.J.N.B. for the Court, in these words:

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

[para. 13]

[15] The motion judge applied this test. On the evidence that was before him, we find no error with his finding that Mr. Sutherland's action had "no hope of success" and that there was "no doubt as to the result should the matter proceed to trial". While the motion judge focused primarily on the medical malpractice aspect of the claim, it is clear to us that all of the causes of action Mr. Sutherland put forth are interrelated. They all relate to the psychiatric treatment he received from Dr. Alatishe. As was the case for the plaintiffs in *Suserski*, Mr. Sutherland "did not introduce an expert's report on the summary judgment motion indicating that Dr. [Alatishe] fell below the requisite standard of care or that his treatment caused the injuries for which [Mr. Sutherland] seeks compensation" (para. 4).

[16] We note that Rule 22 was recently amended. As Drapeau C.J.N.B. noted in *O'Toole v. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] N.B.J. No. 58 (QL), the new version of the Rule "joined the Province's procedural repertoire on January 1, 2017, in the wake of *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, where the proper approach to the interpretation of Ontario's summary judgment rule and a most helpful set of guidelines for its application were authoritatively identified" (para. 1). The objective of the new Rule 22 "is to bring about, within [the adversarial] system, an early determination where there is no issue requiring a trial with respect to a claim or defence" (para. 5). Under the new Rule, the "no merit" test is replaced by one requiring the determination of "whether there is a genuine issue requiring a trial" (para. 68). It is abundantly clear to us that, had Dr. Alatishe's motion been adjudicated under the new Rule 22, the action would have equally been dismissed.

[17] For these reasons, Mr. Sutherland's motion to present further evidence and his appeal are dismissed. Our disposition of the appeal renders moot the issue raised in the cross-appeal. As a result, it too is dismissed. Costs were not sought and therefore none are ordered.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

- [1] Bryan Sutherland interjette appel d'un jugement sommaire dans lequel un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté l'action qu'il avait intentée contre le psychiatre D^r Moses Alatishe.
- [2] En 2006, le D^r Alatishe a conclu que M. Sutherland souffrait de schizophrénie. Le diagnostic a été établi pendant son admission à l'unité de psychiatrie de l'Hôpital de Moncton. Son traitement s'est poursuivi après son hospitalisation jusqu'en 2009, après quoi quelques consultations de suivi ont eu lieu, sans qu'on lui administre de traitement supplémentaire. Le 20 janvier 2015, M. Sutherland a intenté une poursuite dans laquelle il alléguait diverses causes d'action à l'encontre du D^r Alatishe. Chacune d'entre elles avait trait au traitement médical qu'il avait reçu alors qu'il était confié aux soins du D^r Alatishe. L'action comprenait à l'origine des demandes formulées par les parents et les grands-parents de M. Sutherland, mais celles-ci ont été radiées par un juge de la Cour du Banc de la Reine dans une décision datée du 16 juillet 2015.
- [3] Restant le seul demandeur, M. Sutherland a poursuivi l'action. Les interrogatoires au préalable ont eu lieu, à la suite desquels M. Sutherland a sollicité la mise au rôle de l'affaire. Le D^r Alatishe s'est opposé au certificat de mise en état et a demandé un jugement sommaire en invoquant les moyens suivants : (1) aucune des demandes n'est fondée et (2) l'action est prescrite par application de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5.
- [4] La motion en jugement sommaire a été entendue le 25 mai 2016.
- [5] Dans une décision publiée le 1^{er} juin 2016 à 2016 NBBR 105, 450 R.N.-B. (2^e) 96, le juge saisi de la motion a déclaré que, sans rapport d'expert établissant la norme de diligence devant être respectée dans ce qui, en réalité, constituait

une affaire de faute médicale, M. Sutherland n'avait [TRADUCTION] « aucune chance de succès » (par. 25). Il a fondé ses conclusions sur des causes telles *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674, [1995] A.C.S. n° 79 (QL); *Ferroni c. St. Joseph's Health Centre et al.*, 2012 ONSC 1208, [2012] O.J. No. 793 (QL); *Hewson c. British Columbia*, 2016 BCSC 803, [2016] B.C.J. No. 929 (QL); *Hefzi-Yekta c. Sargeant Estate (Litigation Administrator for)*, [2005] O.J. No. 4301 (QL) et *Samuel c. Ho*, [2009] O.J. No. 173 (QL). En ce qui concerne l'argument selon lequel l'action était prescrite, le juge a conclu que la question n'aurait pu être tranchée que dans le cadre d'un procès.

[6] Toutefois, plutôt que de rejeter la demande de M. Sutherland, le juge a décidé ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'accorde [...] deux mois à M. Sutherland pour obtenir, ou non, une opinion d'expert, énoncée par un témoin expert en psychiatrie, sur les questions dont la Cour est saisie. M. Sutherland devra faire connaître à l'avocat du D^f Alatishe le nom de l'expert, son domaine de compétence ainsi que l'essentiel de l'opinion d'expert. Une fois l'opinion d'expert disponible, M. Sutherland devra se conformer à la règle 52, et le D^f Alatishe disposera de temps suffisant pour consulter lui-même un expert et donner à M. Sutherland l'avis requis par cette même règle. Une fois ces conditions remplies, l'affaire sera mise au rôle.

Si M. Sutherland ne fournit pas l'opinion d'expert dans le délai prévu de deux mois, il sera fait droit à la demande de jugement sommaire du D^f Alatishe, sans qu'une nouvelle motion ait à être présentée à la Cour.

[par. 29 et 30]

[7] De manière plutôt incongrue, le juge a statué sur la motion en déclarant, dans un paragraphe à caractère conclusif, qu'à moins que M. Sutherland n'obtienne une preuve d'expert dans un délai de deux mois, [TRADUCTION] « il sera fait droit » au jugement sommaire, tout en ajoutant cependant que l'affaire allait être [TRADUCTION] « ajournée pendant deux mois » (par. 31). Nous remarquons qu'il était certainement loisible au juge d'accorder un délai supplémentaire à M. Sutherland pour qu'il présente

des éléments de preuve supplémentaires relativement à la motion en jugement sommaire après avoir conclu que le contraire [TRADUCTION] « engendrerait [...] une injustice » (par. 28). Toutefois, à notre avis, il aurait été préférable de reporter tout simplement l'affaire à une date ultérieure plutôt que de rendre un jugement provisoire. Tel est le point de vue adopté dans l'arrêt *Suserski c. Nurse*, 2008 ONCA 416, [2008] O.J. No. 2078 (QL), au par. 6, autorisation de pourvoi refusée [2008] C.S.C.R. n° 298 (QL).

[8] L'audience n'a pas repris deux mois plus tard. Les parties ne sont retournées devant la Cour que le 23 septembre 2016. À l'époque, M. Sutherland avait retenu deux témoins, à savoir un neurologue à la retraite de la Californie et un professeur de criminologie agréé à titre de conseiller en service à la personne de Sackville, au Nouveau-Brunswick. Ce premier avait présenté un rapport qui avançait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il est temps que l'on appelle la psychiatrie ce qu'elle est vraiment : une tyrannie et une pseudoscience au service de l'industrie pharmaceutique et du gouvernement. Chacun de ses soi-disant « traitements » est un mensonge, parce que chacun de ses diagnostics – considérés comme des maladies – est un mensonge. Cela signifie que chaque patient est privé de son droit au consentement éclairé. Cela signifie que chaque patient, peu importe le traitement qu'il reçoit, est conscrit malgré lui – une situation qui est incompatible avec les principes de la démocratie.

[9] Pour ce qui est du second témoin, le conseiller, celui-ci a proposé des opinions qui se situaient bien au-delà de ses connaissances.

[10] Après avoir examiné les rapports présentés par M. Sutherland et avoir entendu des observations supplémentaires, le juge saisi de la motion a mis sa décision en délibéré. Il l'a rendue le 28 septembre 2016 et elle est inédite. Dans cette décision, le juge fait remarquer que ces deux rapports ne rempliraient probablement pas le critère d'admissibilité de la preuve lors du procès et, quoi qu'il en soit, ni l'un ni l'autre des auteurs de ces rapports n'avait qualité pour fournir un témoignage d'opinion relativement

à la norme de diligence devant être respectée par un psychiatre. En l'absence d'une telle opinion d'expert, le juge saisi de la motion a fait droit à la motion en jugement sommaire et a rejeté l'action.

[11] M. Sutherland interjette appel du rejet de son action. Il demande aussi l'autorisation de présenter des éléments de preuve en appel qui, affirme-t-il, appuieraient ses diverses demandes. Le D^r Alatishe conteste la requête relative à la présentation de nouveaux éléments de preuve et soutient que l'appel de M. Sutherland devrait être rejeté. Il avance aussi, par appel reconventionnel, que le juge saisi de la motion aurait également dû rejeter l'action puisqu'elle était prescrite par application de la *Loi sur la prescription*.

[12] La motion de M. Sutherland en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve est rejetée. Bien que la règle 62.21 des *Règles de procédure* nous autorise à recevoir de nouveaux éléments de preuve, certains critères doivent d'abord être remplis. Les critères établis dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, sont souvent cités dans des affaires comme celle qui nous occupe :

(1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. La Reine* [[1964] R.C.S. 484].

(2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

(3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et

(4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[p. 775]

[13] Ces critères, ou une version de ceux-ci, ont souvent été appliqués pour trancher des demandes visant la présentation de nouveaux éléments de preuve en appel, et ils devraient l'être en l'espèce. Les éléments de preuve supplémentaires que M. Sutherland souhaite produire sont constitués de rapports d'experts qui, selon lui, appuient ses demandes. Ces rapports ont tous été préparés après le rejet sommaire de l'action de M. Sutherland, mais ils auraient pu avoir été obtenus et produits à l'audience relative au jugement sommaire si on avait fait preuve de diligence raisonnable. Pour cette raison, la motion visant la présentation de nouveaux éléments de preuve est rejetée.

[14] En ce qui concerne l'appel interjeté par M. Sutherland relativement au jugement sommaire, celui-ci est aussi rejeté. La décision prise relativement à la motion en jugement sommaire était fondée sur l'ancienne version de la règle 22 des *Règles de procédure*. Comme l'a remarqué le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121, [1998] A.N.-B. n^o 313 (C.A.) (QL), cette règle imposait [TRADUCTION] « un critère très rigoureux » (par. 17). Le critère a été expliqué dans l'arrêt *Ripulone c. Pontecorvo* (1989), 104 R.N.-B. (2^e) 56, [1989] A.N.-B. n^o 1138 (C.A.) (QL), dans lequel le juge Stratton, juge en chef du Nouveau-Brunswick, s'est exprimé au nom de la Cour dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

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

[par. 13]

[15] Le juge saisi de la motion a appliqué ce critère. D'après la preuve qui a été produite devant lui, nous ne trouvons aucune *erreur* dans sa conclusion selon laquelle l'action de M. Sutherland n'avait [TRADUCTION] « aucune chance de succès » et qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucun doute sur le résultat advenant l'instruction de l'affaire ». Même si le juge saisi de la motion s'est principalement concentré sur le volet de la demande ayant trait à la faute médicale, il nous paraît évident que toutes les causes d'action soulevées par M. Sutherland sont interreliées. Elles se rapportent toutes au

traitement psychiatrique qu'il a reçu du D^f Alatishe. Comme c'était le cas pour les demandeurs dans l'affaire *Suserski, M. Sutherland* [TRADUCTION] « n'a pas produit de rapport d'expert relativement à la motion en jugement sommaire qui indiquait que le D^f [Alatishe] n'avait pas respecté la norme de diligence requise ou que son traitement avait causé les blessures pour lesquelles [M. Sutherland] sollicite une indemnisation » (par. 4).

[16] Nous constatons que la règle 22 a récemment été modifiée. Comme le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, l'a tout récemment souligné dans l'arrêt *O'Toole c. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] A.N.-B. n° 58 (QL), la nouvelle version de la règle « a été ajoutée au répertoire procédural de la province le 1^{er} janvier 2017, par suite de l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, qui établissait péremptoirement la manière appropriée d'interpréter la règle de l'Ontario en matière de jugement sommaire et fournissait des lignes directrices tout à fait utiles sur l'application de cette règle » (par. 1). L'objectif de la nouvelle règle 22 est de « parvenir, à l'intérieur du système accusatoire, à un règlement expéditif lorsqu'aucune question litigieuse afférente à une demande ou une défense n'exige la tenue d'un procès » (par. 5). Dans la nouvelle règle, le critère « d'absence de fondement » a été remplacé par celui exigeant qu'on détermine « s'il existe une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès » (par. 68). Pour nous, il est très évident que l'action aurait également été rejetée si la motion du D^f Alatishe avait été jugée sous le régime de la nouvelle règle 22.

[17] Pour ces motifs, la motion de M. Sutherland en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve et son appel sont rejetés. La question soulevée dans l'appel reconventionnel est rendue théorique en raison de la décision que nous avons rendue dans le cadre du présent appel. Par conséquent, l'appel reconventionnel est aussi rejeté. Aucuns dépens n'ayant été sollicités, aucuns ne sont accordés.