COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

16-11-CA

MARK ROGERS

(Applicant) APPELLANT

- and -

KEITH ROGERS, DAVID ROGERS, D.M.K. MARINE SERVICES LTD. and ROGERS MARINE LIMITED

(Respondents) RESPONDENTS

Rogers v. Rogers et al., 2011 NBCA 78

CORAM:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
December 23, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
2011 NBQB 36

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 14, 2011

Judgment rendered:
September 15, 2011

Counsel at hearing:

For the appellant:
Richard J. Scott, Q.C.

MARK ROGERS

(Requérant) APPELANT

- et -

KEITH ROGERS, DAVID ROGERS, D.M.K. MARINE SERVICES LTD. et ROGERS MARINE LIMITED

(Intimés) INTIMÉS

Rogers c. Rogers et autres, 2011 NBCA 78

CORAM :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 23 décembre 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 36

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 14 juin 2011

Jugement rendu :
Le 15 septembre 2011

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Richard J. Scott, c.r.

For the respondents:
Catherine A. Fawcett

Pour les intimés :
Catherine A. Fawcett

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of $3,500.

LA COUR

L’appel est rejeté avec dépens de 3 500 $.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] In a decision reported as *Mark Rogers v. Keith Rogers, David Rogers, D.M.K. Marine Services Ltd. and Rogers Marine Limited*, 2011 NBQB 36, 368 N.B.R. (2d) 178, the application judge dismissed the appellant's request that the directors of the respondents, D.M.K. Marine Services Ltd. and Rogers Marine Limited, be ordered to elect him President of both companies.

[2] Before the application judge, the appellant relied upon s. 172 of the *Business Corporations Act*, S.N.B. 1981, c. B-9.1, and paragraph 4.03(b) of a unanimous shareholders' agreement which are respectively set out below:

PART XV
REMEDIES, OFFENCES AND PENALTIES

172 If a corporation or any director, officer, employee, agent, auditor, trustee, receiver, receiver-manager or liquidator of a corporation does not comply with this Act, the regulations, articles, by-laws, or a unanimous shareholder agreement a complainant may, in addition to any other right he has, apply to the Court for an order directing any such person to comply with, or restraining any such person from acting in breach of, any provisions thereof, and upon such application the Court may so order and make any further order it thinks fit.

PARTIE XV
RECOURS, INFRACTIONS ET PEINES

172 En cas d'inobservation par la corporation ou l'un quelconque de ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, vérificateurs, fiduciaires, séquestres, séquestres-gérants ou liquidateurs de la présente loi, des règlements, statuts, règlements administratifs de la corporation ou d'une convention unanime des actionnaires, un plaignant peut, en plus de ses autres droits, demander à la Cour d'ordonner à telle personne de s'y conformer, ou d'empêcher telle personne de violer l'une quelconque des dispositions des textes de loi ou documents précités et sur réception d'une telle demande, la Cour peut le lui accorder et rendre toute autre ordonnance qu'elle estime pertinente.

UNANIMOUS SHAREHOLDERS' AGREEMENT

> 4.03 Directors and Officers
>
> […]
>
> (b) **Mark Rogers** shall be nominated and elected as a director of each company and appointed president of each company;

[3] The application judge determined he had a residual discretion to grant or deny the relief sought under s. 172, despite the clear language of the unanimous shareholders' agreement. Counsel for the appellant agrees the judge is clothed with such a discretion; however, he contends the judge took irrelevant factors into consideration.

[4] The standard of appellate review from such discretionary orders is set out by Drapeau, C.J.N.B. in *Beaverbrook Canadian Foundation v. Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161:

> […] Like any other discretionary judicial decision, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence […] . [para 4]

[5] We are satisfied the application judge did not commit an error of law, an error in the application of the governing principles, or a palpable and overriding error in his assessment of the evidence. Accordingly, we would dismiss the appeal.

[6] The appeal is dismissed with costs of $3,500.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Dans une décision répertoriée *Mark Rogers c. Keith Rogers, David Rogers, D.M.K. Marine Services Ltd. et Rogers Marine Limited*, 2011 NBBR 36, 368 R.N.-B. (2e) 178, le juge saisi de la requête a rejeté la demande formulée par l'appelant voulant qu'il soit ordonné aux administrateurs des intimés, D.M.K. Marine Services Ltd. et Rogers Marine Limited, de l'élire président des deux sociétés.

[2] À l'appui de sa demande, l'appelant avait invoqué devant le juge l'art. 172 de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, chap. B-9.1, et le par. 4.03(b) d'une convention unanime des actionnaires, lesquels sont cités ci-dessous :

PART XV REMEDIES, OFFENCES AND PENALTIES	**PARTIE XV RECOURS, INFRACTIONS ET PEINES**
[…]	[…]
172 If a corporation or any director, officer, employee, agent, auditor, trustee, receiver, receiver-manager or liquidator of a corporation does not comply with this Act, the regulations, articles, by-laws, or a unanimous shareholder agreement a complainant may, in addition to any other right he has, apply to the Court for an order directing any such person to comply with, or restraining any such person from acting in breach of, any provisions thereof, and upon such application the Court may so order and make any further order it thinks fit.	**172** En cas d'inobservation par la corporation ou l'un quelconque de ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, vérificateurs, fiduciaires, séquestres, séquestres-gérants ou liquidateurs de la présente loi, des règlements, statuts, règlements administratifs de la corporation ou d'une convention unanime des actionnaires, un plaignant peut, en plus de ses autres droits, demander à la Cour d'ordonner à telle personne de s'y conformer, ou d'empêcher telle personne de violer l'une quelconque des dispositions des textes de loi ou documents précités et sur réception d'une telle demande, la Cour peut le lui accorder et rendre toute autre ordonnance qu'elle estime pertinente.

[TRADUCTION]

CONVENTION UNANIME DES ACTIONNAIRES

4.03 Administrateurs et dirigeants

[…]

(b) **Mark Rogers** sera proposé pour un poste d'administrateur de chacune des sociétés et sera élu à cette fonction. Il sera également nommé président de chacune des sociétés[.]

[3] Le juge saisi de la requête a décidé qu'il avait le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder ou de ne pas accorder la mesure réparatoire demandée en vertu de l'art. 172, et ce, malgré le libellé sans ambiguïté de la convention unanime des actionnaires. Bien que l'avocat de l'appelant convienne que le juge est investi d'un tel pouvoir discrétionnaire, il prétend que le juge a pris en considération des facteurs non pertinents.

[4] La norme de contrôle qui s'applique à un appel interjeté contre une ordonnance discrétionnaire a été énoncée par le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2e) 161 :

> […] Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve […]. [par. 4]

[5] Nous sommes convaincus que le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur de droit, d'erreur dans l'application des principes directeurs ou d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve. En conséquence, nous rejetterions l'appel.

[6] L’appel est rejeté avec dépens de 3 500 $.