COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

17-15-CA

CYRÉNUS DUGAS

APPELLANT

- and -

PETER GAUDET, ADAM GAUDET, 508571 N.B. LIMITED and 100167 P.E.I. INC.

RESPONDENTS

Dugas v. Gaudet et al., 2016 NBCA 19

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
February 27, 2015

History of Case:

Decision under appeal:
2015 NBQB 59

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2015] N.B.J. No. 82
[2016] N.B.J. No. 10

Appeal heard:
February 25, 2016

Judgment rendered:
April 14, 2016

Reasons delivered:
August 25, 2016

CYRÉNUS DUGAS

APPELANT

- et -

PETER GAUDET, ADAM GAUDET, 508571 N.B. LIMITED et 100167 P.E.I. INC.

INTIMÉS

Dugas c. Gaudet et autres, 2016 NBCA 19

CORAM :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 27 février 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2015 NBBR 59

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2015] A.N.-B. n° 82
[2016] A.N.-B. n° 10

Appel entendu :
le 25 février 2016

Jugement rendu :
le 14 avril 2016

Motifs déposés :
Le 25 août 2016

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Charles A. LeBlond, Q.C.

For the respondents:
Eugene J. Mockler, Q.C.
and Christian E. Michaud, Q.C.

THE COURT

On April 14, 2016, the Court dismissed the appeal with reasons to follow. Those reasons are provided in the accompanying text.

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Charles A. LeBlond, c.r.

Pour les intimés :
Eugene J. Mockler, c.r.,
et Christian E. Michaud, c.r.

LA COUR

Le 14 avril 2016, la Cour a rejeté l'appel en précisant que des motifs suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction and Overview

[1] In its practical dimension, the underlying litigation is concerned with no more than the rights and obligations of the parties in connection with a crab-fishing licence typically issued on a year-to-year basis, but invariably renewed by the Department of Fisheries and Oceans. However, a step back from the case shows it offers a most valuable lesson: with dogged determination and perseverance, an aggrieved party can overcome strategic miscalculations, procedural missteps, unfavourable *obiter dicta* in parallel proceedings, the adverse party's dishonesty and defences foreign to the merits, and manage to obtain justice in the final showdown, the trial.

[2] The dispute between the parties traces its genesis to agreements executed more than a decade and a half ago. Those agreements were meant to divest the appellant and his wife, both residents of the Acadian Peninsula in northeastern New Brunswick, of the beneficial interest in the key assets of their commercial fishing business, which included snow crab licence #23622. Significantly, the agreement of purchase and sale for that licence obligated the appellant to "do all such further acts and things as may be necessary to give effect" to its terms and conditions. One of those terms was a warranty by the appellant that the licence was "transferable" to the named purchaser, 508571 N.B. Ltd., or its assign. In the result, the appellant was required to do all that was necessary to secure departmental approval of the licence's nominal transfer to the purchaser's assign, the respondent Adam Gaudet. However, before any such transfer could be considered, let alone approved by the Department, the appellant had to submit a written transfer request. Pending approval of any such request, the appellant would hold the licence in trust for its beneficial owners, Mr. Gaudet and 508571 N.B. Ltd.

[3] To that end, on January 29, 1999, the appellant executed a Declaration of Trust and Indemnity confirming explicitly Adam Gaudet and 508571 N.B. Ltd. had purchased licence #23622 and were its true owners. The appellant also acknowledged he had no "ownership rights" in the licence and that it was held in his name for the sole purpose of "complying with the [Department] of Fisheries and Oceans regulations regarding the holding of fishing Licences, and for no other reason". The appellant's post-closing contractual and fiduciary obligations were not time-limited and none of the agreements between the parties provides for reversion to the appellant of the beneficial ownership of licence #23622 in the event the Department refused to approve Adam Gaudet as its licence holder.

[4] The respondents discharged, in timely fashion, their contractual obligations, including the partially-financed payment of $1,400,000, the agreed-upon price for the fishing business, which included more than $500,000 for the market value of licence #23622. Over the next three years, and as agreed, the appellant continued to hold licence #23622 in his name and to act as vessel captain (when his health permitted), but all earnings from harvesting snow crab under the licence's authority flowed, whether directly or indirectly, to its beneficial owners.

[5] In late summer 2000, the Department set December 31, 2000, as a deadline to submit the required written transfer request for licence #23622. By that time, Adam Gaudet had moved from P.E.I. to New Brunswick with a view to satisfying departmental residency requirements and the value of licence #23622 had grown considerably. Be that as it may, the appellant, in violation of his covenant "to do all […] acts and things as may be necessary" to secure the licence's transfer into Adam Gaudet's name, refused to submit the transfer request within the time prescribed. When he finally submitted a transfer request in February 2001, the Department refused to act upon it, taking the position it was out of time.

[6] In early 2002, the appellant "terminated" the arrangement with the respondents, a course of action he purported to justify on the basis of licence transfer impossibility and the risk of its cancellation by the Department if the parties pursued

transfer-related efforts. To be clear, the appellant did not simply decline to make any such effort; he appropriated licence #23622 as his own.

[7] The respondents objected to the appellant's unilateral termination of his fiduciary and contractual obligations. They commenced an action in the Court of Queen's Bench, alleging breach of those obligations, and requesting, among other relief, their specific performance, a declaration that licence #23622 was held in trust by the appellant pursuant to the Declaration of Trust and Indemnity and, in the alternative, damages, including the fair market value of the licence. In his Statement of Defence, the appellant pleaded several grounds of defence, including frustration on the basis that the Department's approval of Mr. Gaudet as licence holder could not be secured despite best efforts. It followed he was no longer bound "to do all […] acts and things as may be necessary" to secure the licence's transfer.

[8] In August 2002, on the eve of oral discovery, the parties reached a settlement resolving "all outstanding issues" in the action. A Consent Judgment was signed by the parties and a judge of the Court of Queen's Bench, admittedly without the benefit of supporting evidence. Given the document's centrality in the litigation and its resolution, limning without delay two key provisions may prove useful in shedding light on the dispute. The first obligated the appellant to immediately pay the sum of $50,000, and to make a further payment of $2,050,000 within 30 days. The other simply stated "[t]his consent judgment permanently resolves and settles all outstanding matters between the parties". The appellant did not pay the $2,050,000, opting instead for an assignment in bankruptcy, following which he harvested snow crab under the authority of licence #23622 and appropriated the catch and the proceeds of its sale as if he was their owner.

[9] The respondents responded with the underlying action, seeking an order setting aside the Consent Judgment and requesting the relief claimed in the previous proceedings. Their case at trial rested on the proposition that the Consent Judgment was without legal validity for two reasons. First, it was void *ab initio*, having been obtained

essentially by fraud, specifically the appellant's dishonest and false representation that he would pay in full the judgment debt of $2,100,000, and not just $50,000. Second, and in any event, full payment of the debt arising from the Consent Judgment was a condition precedent to its legal efficacy. In the respondents' submission, the Consent Judgment ceased to be legally effective no later than 30 days after its execution, the deadline for the payment of the balance due ($2,050,000). In the result, all fiduciary obligations owed to the beneficial owners of licence #23622, Adam Gaudet and 508571 N.B. Ltd., were preserved, and those obligations emerged intact from the bankruptcy proceedings initiated by the appellant.

[10] As for the appellant, it was his testimony that he honestly intended to pay the settlement/judgment debt, but was unable to do so. He contended that, in any event, the legal efficacy of the last provision of the Consent Judgment ("[t]his consent judgment permanently resolves and settles all outstanding matters between the parties") is not umbilically tied to satisfaction of that debt; upon the Consent Judgment's execution, that catch-all provision would have extinguished all fiduciary and contractual obligations, and restored his exclusive beneficial ownership of licence #23622. And it matters not one iota, according to the appellant, that the judgment debt remained unpaid following his subsequent assignment and absolute discharge under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"). The appellant also submitted: (1) the contract providing for the sale of licence #23622 was unenforceable because the performance of his obligations was frustrated by the Department; and (2) the doctrine of *res judicata* precluded the successful prosecution of the action.

[11] Following a 24-day trial spread over four years, and after considering extensive pre- and post-trial briefs, the trial judge delivered comprehensive reasons for rejecting the appellant's manifold grounds of defence and validating the respondents' claims for declaratory and mandatory relief, as well as damages (see 2015 NBQB 59, 434 N.B.R. (2d) 45). More specifically, the trial judge: (1) confirmed the legal validity and enforceability of all key agreements bearing upon the sale of licence #23622; (2) found the Consent Judgment was void *ab initio*, having been obtained through the appellant's

dishonest representation that he intended to comply with its financial dictates; (3) determined s. 178(1)(d) of the *BIA* prevented the Registrar's order of discharge from releasing the appellant from liability *qua* trustee for misappropriation of licence #23622 and its benefits, from early 2002 until trial; (4) issued a mandatory order enjoining the appellant to take all steps required to [TRANSLATION] "ensure and facilitate" the transfer of licence #23622 into Adam Gaudet's name; and (5) awarded $2,384,162 in damages to the respondents, as well as costs and disbursements. The judge declined, wisely in my view, to take the extra step and order the Department issue licence #23622 to Adam Gaudet.

[12] A judge of this Court subsequently dismissed the appellant's motion for a stay of execution (see *Gaudet et al. v. Dugas* (2015), 434 N.B.R. (2d) 137, [2015] N.B.J. No. 82 (C.A.) (QL)). The Department has since seen fit to approve the transfer of licence #23622 into Adam Gaudet's name.

[13] The appellant seeks reversal, arguing the trial judge erred by: (a) rejecting the defence of frustration, an option he says was ousted by observations in *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.*, 2012 NBCA 85, 395 N.B.R. (2d) 265; leave to appeal denied [2012] S.C.C.A. No. 521 (QL), and the precedential authority of *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones*, 2006 NBCA 38; 299 N.B.R. (2d) 288; (b) holding the Consent Judgment was void *ab initio*, rather than accepting it definitively settled the dispute between the parties (cause of action estoppel); (c) failing to find the respondents were estopped from relying upon a version of the facts that was excluded by the Registrar's remarks in *Dugas (Re*), 2004 NBQB 200, [2004] N.B.J. No. 187 (QL) and "observations" made in *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.* (issue estoppel); and (d) in misinterpreting and misapplying s. 178(1)(d) of the *BIA*. According to the appellant, the misapplication would have occurred when the trial judge failed to respect the doctrine of issue estoppel by giving effect to that provision on the basis of a finding of "misappropriation" that was not open to him, the contrary view having been espoused by this Court in *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.*

[14] Judges are bound by their oath of office to "do right according to law". It is beyond serious dispute that justice has been rendered by the judgment under appeal: after an embarrassingly long judicial ordeal, the parties are finally where they would have been but for the appellant's bad faith in the performance of his contractual and fiduciary obligations and, indeed, his outright refusal to comply with them. The overarching question for the Court is whether the trial judge committed reversible error in effectively finding the law did not trump justice in this admittedly extraordinary case. For the reasons that follow, the Court's answer is an emphatic "no".

II. The Context with an Occasional Editorial Observation

[15] Absent palpable and overriding error, the factual and credibility findings at trial must be accepted for adjudicative purposes on appeal. The test for appellate disregard of findings of that nature is very stringent in both civil and criminal proceedings: *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1, leave denied [2014] S.C.C.A. No. 496 (QL). In the case at hand, the reasons for judgment feature remarkably strong findings of fact and credibility, the cumulative effect of which, but for palpable and overriding error, precludes appellate success on any question of fact or mixed law and fact. No such error has been established. Moreover, and as will be seen, I am satisfied none of the trial judge's findings of fact and credibility are objectionable on the basis of issue estoppel. Accordingly, the account that follows borrows liberally and serenely from those reasons.

[16] The main assets of the appellant's commercial fishing business were a 65-foot vessel, the Emy Serge D., its nautical and fishing equipment and three fishing licences, one for mackerel, one for oysters and one for snow crab. For more than two decades, and without fail, those licences had been issued annually to the appellant by the Department of Fisheries and Oceans. Formal title to the other assets was held by a private corporation, Les Investissements Emy Ltée, whose sole shareholder was the appellant's business partner and wife. The appellant's business-related duties included pre-fishing preparatory work, the operation and ongoing up-keep of the Emy Serge D. as well as

harvesting and disposing of the species for which he held licences. The appellant's wife performed all the administrative tasks associated with the business.

[17] In 1998, the appellant, who was in his early 50s and had been a fisher since childhood, began experiencing some health problems. At the same time, he and his wife came to accept their only son would not carry on the family's fishing business. Given those circumstances, the appellant and his wife decided to put the business up for sale.

[18] After failing to find a local buyer willing to pay the asking price ($1,500,000), the appellant caused a classified ad to be placed in various newspapers of the Atlantic region. It was in response to an ad published in *The Guardian*, a Prince Edward Island newspaper, that Peter Gaudet and his son, Adam, both fishers by trade and residents of P.E.I., approached the appellant to explore the possibility of acquiring his family's fishing business. The Gaudets, who were particularly interested in the snow crab licence, which they considered to be quite valuable because of its quota of 168,000 pounds for the upcoming season, instructed their lawyers to make inquiries of the Department about the process for licence transfers. They were told that: (1) an applicant had to be recognized by the Department as a "new entrant" in the administrative zone to which the licence related; (2) an existing licence holder had to be willing to sell his or her licence; (3) <u>the licence holder had to submit a written transfer request to the Department</u>; and (4) it had to approve the request. The Department would not approve the transfer of a snow crab licence to a non-resident of the administrative "zone" for which it had been issued.

[19] In October 1998, the Gaudets met with the appellant in Shippagan, New Brunswick, to inspect the Emy Serge D. and the fishing equipment, and to discuss the purchase price. Although they found the business' physical assets were somewhat worn, the Gaudets were prepared to park any related concern because of their keen interest in acquiring snow crab licence #23622. After some wrangling, the parties settled on an overall price of $1,400,000, including $100,000 in cash. This was a significant

improvement over the best offer the appellant had received from fellow residents of the Acadian Peninsula. In short order, the parties' lawyers put together a bundle of agreements to formalize the deal.

[20] On December 4, 1998, the appellant's wife executed an agreement transferring to Peter Gaudet the 500 shares she held in Les Investissements Emy Ltée for the sum of $772,059. Recall this corporation owned the business' physical assets, including the Emy Serge D. The agreement obligated the appellant's wife, the "vendor", to "make all possible effort to transfer in favour of the purchaser or the Corporation, or the nominee or nominees of the purchasers, all her interest" in the fishing licences mentioned above, including licence #23622. The agreement also specified that "until such time as those transfers can be made in compliance with the Fisheries Regulations of the [Department] of Fisheries and Oceans, the vendor agrees to execute and be bound by a trust agreement, in favour of the purchaser and the corporation, or the nominee or nominees of the purchasers, witnessing the fact that the vendor holds those licences in trust for the purchaser and the corporation, or the nominee or nominees of the purchasers". Presumably, this agreement was meant to prevent any future claim based on marital property legislation and to secure, for an indefinite period, the cooperation of the appellant's wife in achieving the licence transfers into Adam Gaudet's name. That said, if the appellant's wife did execute a "trust agreement", it did not find its way into the record, and she is not a party to the litigation.

[21] On December 15, 1998, the appellant executed a "Share Transfer Agreement" by which Peter Gaudet acquired beneficial ownership of all issued and outstanding shares in 508571 N.B. Ltd. for the price of $527,941. It is not clear how that sum was arrived at, what assets 508571 N.B. Ltd. owned at the time and why it was a party to the sale of shares agreement. Happily, none of these issues weigh in the balance.

[22] On January 9, 1999, the appellant executed an "Assignment of Interest" in favour of 100167 P.E.I. Inc., a company controlled by Peter Gaudet, for "all of his interests in the contract executed between [the appellant] and 508571 N.B. Limited in

regards with the Fishing Activities of the Crab Licence". Mention is made of this document solely for the sake of thoroughness, neither side arguing it is essential to their case on appeal.

A. *The critical agreements*

[23] By agreement dated January 22, 1999, the appellant sold snow crab licence #23622 to 508571 N.B. Ltd. At this juncture, Peter Gaudet owned all issued and outstanding shares in 508571 N.B. Ltd. As mentioned in my introductory remarks, the agreement does not provide for reversion to the appellant of the beneficial interest in licence #23622 in the event the Department was slow in approving or refused outright to approve Adam Gaudet as licence holder and none of the agreement's transfer-related obligations are time-limited. The appellant was paid $527,941, the parties' best estimate of the licence's fair market value. I pause to drive home the point that the appellant sold the licence, not a temporary right to its benefit or a mere chance at ownership, and that the only uncertainty involved the formal transfer of the licence out of the appellant's name.

[24] The appellant represented and warranted in Clause 3 of the agreement that he was "the beneficial owner" of licence #23622 and that it was "saleable and transferable" to 508571 N.B. Ltd. Pursuant to Clause 8, this term "[enured] to the benefit" of the numbered company's "assigns". Just as significantly, the appellant undertook in Clause 7 to "<u>do all such further acts and things as may be necessary to give effect to the terms and conditions</u>" of the agreement, and there is no doubt whatsoever the parties understood this undertaking applied to the nominal transfer of licence #23622 to Adam Gaudet (emphasis added). As will be discussed, the appellant's failure during the last four months of 2000 to attend at the local Department office to submit a licence transfer request closed the door on a real opportunity for Mr. Gaudet's approval as licence holder.

[25] On January 29, 1999, the appellant executed a further, and equally critical, document: the Declaration of Trust and Indemnity. It features three recitals, a part entitled "Declaration of Trust" and Schedule "A", which sets out the three affected fishing "permits", "Oyster Permit #25341, Mackerel Permit #45432 and Snow Crab Permit #23622". The parties and the judge refer to the last-mentioned document as a "licence" and I will do likewise.

[26] The recitals confirm: (1) the appellant is the "LICENCE HOLDER" of licence #23622; (2) 508571 N.B. Ltd. and Adam Gaudet are the "LICENCE OWNERS"; (3) the licence had been previously purchased by the LICENCE OWNERS; (4) the LICENCE OWNERS are the "true owners"; and (5) the appellant holds the licence in his name "for no consideration and for the sole purpose of complying with the [Department] of Fisheries and Oceans regulations regarding the holding of fishing Licences, and for no other reason […]".

[27] In the part entitled "Declaration of Trust", the appellant acknowledges, in explicit terms: (1) he has no financial interest or ownership rights in licence #23622; and (2) he holds the licence in trust for its beneficial owners, 508571 N.B. Ltd. and Adam Gaudet.

[28] The Declaration of Trust reads as follows:

> I, Cyrennus Dugas, DO HEREBY DECLARE that I hold the fishing licences and permits set forth in Schedule "A" annexed hereto, in trust for 508571 N.B. Limited and ADAM GAUDET, their heirs, successors or assigns and that I have no financial interest or ownership rights in the said Licences, or any undertakings associated therewith;
>
> I HEREBY COVENANT for myself, and my heirs, successors, administrators, executors and assigns where applicable, that I will, upon the request of THE LICENCE OWNERS, or their heirs, successors, or assigns, assign and transfer the benefit of the licences and permits set forth in Schedule "A" hereto, to the LICENCE OWNERS, if qualified, or, as they shall in writing direct to a qualified

> party, and do hereby irrevocably constitute and appoint Adam Gaudet, or his nominee, to be my Attorney and to sign my name to any transfer hereof.
>
> AND I FURTHER COVENANT and agree to be present upon the fishing boat utilizing the fishing licences during all fishing relating to the aforesaid licences, as required by the regulations of the [Department] of Fisheries and Oceans.
>
> AND I FURTHER COVENANT and acknowledge that should the aforesaid 508571 N.B. Limited, cease to exist as a body corporate during the terms of this trust, all legal right and entitlement to the aforesaid licences shall vest in the remaining owner, Adam Gaudet, and in the event of the death of Adam Gaudet, the Estate of Adam Gaudet shall succeed to the interest of Adam Gaudet in this agreement.
>
> AND I FURTHER COVENANT and agree to execute and make to the benefit of and deliver to LICENCE OWNER, its nominee or legal representative(s), all documents required by the Department of Fisheries and Oceans, or any other Federal or Provincial Government authority, to keep and maintain the licences and permits set forth in Schedule "A" hereto in good order and effect.
>
> [Underlining in original.]

[29] The Declaration of Trust and Indemnity does not prescribe an expiry date. The explanation is simple: neither side knew how long the Department would take to approve Adam Gaudet as a licence holder. As the trial judge observed:

> [TRANSLATION]
> No date had been set for the licence transfer. The parties might each have their own idea of the required timeframe, but it was a matter of obtaining approval from Fisheries and Oceans Canada after Adam Gaudet had qualified. However, as agreed, Mr. Dugas was required to cooperate with the purchasers in ensuring that Fisheries and Oceans Canada requirements were met in order to keep the licences valid, and wait for Adam Gaudet to qualify as a new entrant. Mr. Dugas's role was dictated by the terms and conditions of the Declaration of Trust. [para. 34]

It bears repeating the appellant had been paid the licence's full market value in early 1999.

B. *The closing's immediate aftermath*

[30] Following execution of the Declaration of Trust and Indemnity, the Gaudets paid the agreed-upon purchase price, which the appellant financed to the tune of $300,000, and the transaction closed, subject to compliance by the appellant with his outstanding fishing- and transfer-related obligations, and repayment of the $300,000 debt. The latter was secured by a collateral mortgage on Peter Gaudet's home and property in P.E.I. and his personal guarantee, as well as Adam Gaudet's.

[31] For the next three years (1999-2001), Adam Gaudet harvested snow crab under the authority of licence #23622, with the appellant on board the Emy Serge D. as its captain unless his health dictated otherwise.

[32] As noted, the Department advised the Gaudets' lawyers that approval of any licence transfer was contingent upon Adam Gaudet qualifying as a "new entrant" and the appellant, the licence holder, submitting a written transfer request. It is common ground that the appellant was bound (by the combined operation of the licence's purchase and sale agreement of January 22, 1999, specifically Clauses 3, 7 and 8, and the Declaration of Trust) to do all that was necessary to secure its nominal transfer to Adam Gaudet.

[33] After being informed by the Department that he needed to reside in New Brunswick to qualify as a "new entrant", Adam Gaudet moved into an apartment in Moncton, in early February 1999. On August 4, 1999, he filed with the Department an application for recognition as a "new entrant". On November 15, 1999, the Department rejected the application on the grounds that Mr. Gaudet did not in fact reside in New Brunswick. It did so based on a statement by Mr. Gaudet's landlord that he was "seldom"

seen. Mr. Gaudet appealed the Department's rejection through its internal review processes.

[34] The trial judge identified at least three problems with the Department's decision. First, a subsequent, more fulsome investigation identified compelling evidence that Mr. Gaudet met the Department's residency requirements. Second, and in any event, under departmental rules, residency was not a criterion for "new entrant" approval; it only came into play at the licence transfer stage. Third, some Department officials were not always dealing with the issue of residency in good faith. Here are the trial judge's findings on point:

> [TRANSLATION]
> Mr. Dugas called three Fisheries and Oceans Canada employees, James B. Jones, Rhéal Vienneau and Janet Smith, as witnesses. Although now retired, each played an important role in Mr. Gaudet's and Mr. Dugas's file at all material times.
>
> James B. Jones was Regional Director General at the time and responsible for the management and administration of the activities of the Department of Fisheries and Oceans Canada in the Gulf area, including Eastern Canada. He had his office in Moncton and three regional offices, one each in Tracadie-Sheila, Charlottetown and Antigonish. It is these regional offices that handle fishing licence administration.
>
> Rhéal Vienneau was Regional Director in Tracadie-Sheila and reported to Mr. Jones. Janet Smith was responsible for issuing and transferring fishing licences and worked in the Moncton office, but reported to Mr. Vienneau.
>
> […]
>
> It was in the course of Mr. Gaudet applying for recognition as a new entrant and its actions towards Mr. Dugas that Fisheries and Oceans Canada's ultimate goal would become clear, which was quite simply to prevent the New Brunswick fisher's licences from being transferred to the Prince Edward Island fishers, even if Mr. Jones, Mr. Vienneau and Ms. Smith did not want to admit it.

In hindsight, Adam Gaudet filed his first application for recognition as a new entrant with the Tracadie-Sheila regional office of Fisheries and Oceans Canada on August 4, 1999. Mr. Gaudet had taken up residence in Moncton, New Brunswick, on February 1, 1999, having been informed that he had to be a resident of the administrative area.

On November 15, 1999, Fisheries and Oceans Canada informed Mr. Gaudet that he did not qualify because he was not a resident. Mr. Gaudet then filed a notice of appeal from that decision on November 29, 1999. While awaiting his hearing, Mr. Gaudet repeatedly contacted the Tracadie-Sheila and Moncton offices of Fisheries and Oceans Canada on the subject. He did not receive a satisfactory answer, except that his file was under review, until September 8, 2000.

The documents that could be obtained in the course of these proceedings include a memorandum dated July 10, 2000, prepared by Maurice Maillet, another Fisheries and Oceans Canada employee in the Tracadie-Sheila office, that reveals the tenor of Fisheries and Oceans Canada's discussions and considerations at the time, as they relate to Mr. Gaudet.

Indeed, on the issue of residence, Mr. Maillet writes that Fisheries and Oceans Canada received confirmation, in addition to his home address in Moncton, that Mr. Gaudet would be paying his personal taxes in New Brunswick for 1999, that he has a New Brunswick driver's licence and Medicare number, and that he voted in the provincial election in 1999. Mr. Maillet also adds that pursuant to a request dated March 15, 2000, sent to the Fisheries and Oceans Canada office in Prince Edward Island, Peter Zahrndt, Director of Conservation and Protection, confirmed that Mr. Gaudet now resides in New Brunswick and that his residence in Prince Edward Island is even up for sale.

In the same vein, Mr. Maillet adds that according to Robert LeBlanc, another Fisheries and Oceans Canada officer, who investigated and prepared a report, he contacted the owner of the residence Mr. Gaudet had rented in Moncton, and the owner told him that he seldom saw Mr. Gaudet.

> Mr. Maillet, therefore, concluded that there were two contradictory reports! He asked Edmond Martin, Director of Conservation and Protection at the Fisheries and Oceans office in Moncton, for help and wanted to know the Moncton office's position. He asked that this request be addressed promptly since this was a sensitive file.
>
> On August 18, 2000, in an e-mail to Rhéal Vienneau regarding the appeal Adam Gaudet had filed on November 29, 1999, Janet Smith states that Mr. Gaudet meets all of the criteria as a new entrant. In support of her position, she submits that Mr. Gaudet is recognized as a commercial fisher, having fished in at least two of the last five years, i.e., in Prince Edward Island in 1998 and in New Brunswick in 1999. This was confirmed to her by a Fisheries and Oceans Canada officer.
>
> In the same e-mail, Ms. Smith states that residence is not a requirement at this stage of the procedure and recommends that Mr. Gaudet receive the usual letter confirming that he qualifies as a new entrant. Ms. Smith further states that although Fisheries and Oceans Canada had not received a formal licence transfer request, Mr. Gaudet had informed her of his intention to submit such a request for Cyrennus Dugas's licence as soon as possible. She mentions that if Fisheries and Oceans Canada were to receive a transfer request, it should check whether Adam Gaudet meets the eligibility criteria for a transfer, specifying the issue of residence as a consideration on which they could focus at that point.
>
> Finally, Ms. Smith mentions the sensitivity of this file. She asks for their comments, indicating that she would be returning from her holidays during the week of September 4, 2000. On September 8, she would confirm in writing Mr. Gaudet's status as a new entrant. [paras. 150-152 and 155-164]
>
> [Emphasis added.]

[35] Because the appellant's apparently poor health risked preventing his captaincy of the Emy Serge D. during the upcoming 2000 fishing season, Mr. Gaudet sought recognition as a "substitute operator". Satisfied he met its residency requirements, the Department approved the application on April 14, 2000. It issued a "substitute operator" licence to Mr. Gaudet. As "substitute operator", he replaced the appellant as

operator of his fishing "enterprise", which included licence #23622. The "substitute operator" licence was valid from April 5 to August 15, 2000. In effect, the Department approved Mr. Gaudet, albeit temporarily, as the holder of licence #23622.

[36] By letter dated September 8, 2000, the Department informed Adam Gaudet he qualified as a "new entrant" and this status was "valid for this year only". The letter pointed out that, should Mr. Gaudet "not acquire a core status with all licences attached by December 31, 2000, it will be necessary for you to reapply as a new entrant in the new year". The letter confirmed the Department understood it was Mr. Gaudet's "intention to acquire a core status and all the licences attached to it". He was advised that, when application was made by the current core fisher, the appellant, to have replacement licences issued, a further assessment would be undertaken to determine whether Mr. Gaudet was a resident "of the same DFO administrative area where the fisher who is relinquishing that licence [the appellant] was a resident when the licence was originally issued to him".

[37] There is no gainsaying the importance of the letter of September 8, 2000. Indeed, it is described as a "turning point" for the respondents in the Appellant's Submission. Furthermore, it followed on the heels of the Department's determination that Mr. Gaudet met all residency requirements. Thus, there was no principled basis to deny any request to transfer licence #23622 into his name. And there is no evidence the Department intended to deal with any such request other than reasonably and honourably.

[38] Unfortunately for Adam Gaudet, and as the trial judge found, the appellant would just not make the requisite formal request. As will more fully appear, I am of the view that, had the appellant cooperated with Adam Gaudet in submitting a transfer request before the deadline of December 31, 2000, it is probable the Department would have granted approval. I hasten to underscore that, unlike the situation in *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones*, the defence of frustration advanced here is founded upon allegations in respect of events that occurred after the contract could and should have been fulfilled.

[39] The trial judge found the Department resorted to "manufactured" reasons (the residency criterion) to deny Adam Gaudet the status of new entrant. He also found the Department [TRANSLATION] "completely manufactured reasons" to deny the nominal transfer of licence #23622 from February 14, 2001 onwards. The findings in question cast doubt upon the *bona fides* and seriousness of the warnings and conditions articulated in the following four post-2000 letters from Department officials to the appellant. Those letters are dated April 4, April 27 and May 1, 2001, and April 9, 2002.

[40] On April 4, 2001, the Department informed the appellant his status as licence holder was under review, and that he could not designate Adam Gaudet as substitute operator for the 2001 fishing season.

[41] On April 12, 2001, the appellant and three other similarly-situated fishers applied to the Federal Court of Canada for <u>an interim injunction</u>, asking specifically that the Minister be ordered to grant them snow crab licences. As the trial judge noted, this application <u>for injunctive relief</u> had absolutely no chance of success. On April 24, 2001, the Federal Court dismissed it after noting s. 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, confers upon the Minister an "absolute discretion" over the issuance of fishing licences and s. 22 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50 prohibits explicitly the grant of an injunction against the Crown (see *Caissie v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans*, 2001 FCT 379, [2001] F.C.J. No. 625 (QL) (Blanchard J.). Of course, there is no such prohibition against the judicial review of governmental decisions.

[42] A few weeks later, on April 27, 2001, the Department cautioned the appellant that licence #23622 might not be issued to him unless his status was clarified. By way of response, the appellant filed an affidavit in which he stated that, under the circumstances, he would now be the head of the enterprise and the captain aboard the vessel, but that his intent was to retire, and transfer his fishing licences to Adam Gaudet as soon as possible.

[43] On May 1, 2001, the Department informed the appellant it would "make an exception to [its] policy" and grant him a "temporary" licence, which would be valid until July 15, 2001, but that it would not consider any request to transfer the licence to another fisher during the period of validity. Nothing was said about transfer requests submitted after July 15, 2001.

[44] The appellant assumed the position of captain aboard the Emy Serge D. for the 2001 fishing season, with all earnings turned over to Adam Gaudet and 50871 N.B. Ltd. as beneficial owners of licence #23622.

C. *The appellant's purported termination of his contractual and fiduciary obligations*

[45] By letter dated January 16, 2002, and unbeknownst to the Gaudets, the appellant advised the Department he wished to "[cancel] and/or withdraw any demand and/or application" for the transfer of licence #23622. The appellant added "[this] statement can be considered as an irrevocable authorization […] to your Minister to stop and/or [cancel] any demand and/or application to that effect". These directions were given notwithstanding the appellant's explicit acknowledgement that the Department was "still reviewing this matter and no final decision has yet been made on the overall situation".

[46] Two weeks later, on January 31, 2002, Peter Gaudet received a letter from the appellant's lawyer, Jacques Cormier, advising of his client's decision to terminate their arrangement. The stated reason: "[…] in April 2001, it became clear and apparent that it will be impossible for [the appellant], [or] yourself, to pursue and/or [achieve] the essence of the agreement […]" (emphasis added). I note parenthetically that this allegation of performance impossibility cannot readily be squared with: (1) the lack of temporal limitations for the appellant's contractual and fiduciary obligations; (2) the Department's May 1, 2001 letter barring requests for the licence's transfer during only a limited timeframe, namely from the beginning of May to the end of July 2001; (3) the appellant's affidavit of April 2001 in which he swears his intent is to retire and transfer

the fishing licences to Adam Gaudet as soon as possible; and (4) the trial judge's findings of fact to the contrary. I will return to this topic momentarily. The letter further stated any inter-party contact was prohibited "except through legal representation". It also conveyed this unusual – some might say bizarre – threat: "any disrespect of the [non contact instruction] will be considered a form of trespass and/or harassment and the proper authorities will be contacted immediately".

[47] By letter dated March 5, 2002, the Department informed Adam Gaudet that he qualified as a new entrant for the year 2002. The letter advised that if he did not acquire "a core status with all licences attached by December 31st, 2002, it will be necessary for you to reapply as a new entrant in the new year". This letter was in response to Mr. Gaudet's year-old application for new entrant status. In its letter, the Department acknowledged "the delay in completing our review".

[48] On April 9, 2002, the Department advised the appellant of its decision to issue licence #23622 for two seasons (2002 and 2003), a clear and admitted derogation from its policy of issuing licences for only one year. The issuance was subject to the following conditions: there could be no request for transfer of the licence and no substitute operator would be allowed aboard the vessel during those two seasons. The letter was silent on what might be permitted after 2003. At any rate, the letter's apparently immutable conditions were anything but. Indeed, the Department subsequently agreed to allow another operator to captain the appellant's boat and use the "privileges of his crab fishing licence for [the 2003] fishing activities" (see *Dugas (Bankrupt), Re*, 2003 NBQB 220, 263 N.B.R. (2d) 216, Léger J., aff'd 2004 NBCA 15, 268 N.B.R. (2d) 290).

D. *The respondents' first legal action*

[49] Two months earlier, more precisely on February 13, 2002, the respondents had filed a Notice of Action with Statement of Claim Attached, seeking a declaration that

the appellant was holding licence #23622 in trust pursuant to the Declaration of Trust and Indemnity and an order directing him to fulfill his contractual and fiduciary duties.

[50] On April 26, 2002, a judge of the Court of Queen's Bench issued an interlocutory order: (1) allowing the appellant to act as "the head of the enterprise" for the purposes of licence #23622 during the 2002 fishing season; (2) directing the appellant (a) comply strictly with the Department's "regulations and policies"; (b) report to Adam Gaudet on crab sales under the licence by way of a statement of disbursements, expenses and profit; and (3) pay the profits into Court until the legal dispute was resolved. The motion judge subsequently suspended repayment of the mortgage debt to the appellant ($114,516.50 out of the original $300,000 loan).

[51] After the appellant filed a Statement of Defence and Counterclaim, an examination for discovery was scheduled for August 22, 2002. On this date, the parties negotiated a settlement, which was incorporated into a Consent Judgment that was signed the very next day.

E. *The Consent Judgment*

[52] The August 23, 2002 Consent Judgment provides as follows:

> WHEREAS the Plaintiffs filed a Statement of Claim in the Court of Queen's Bench of New Brunswick, Trial Division, Judicial District of Bathurst, Province of New Brunswick, under Number B/C/69/02; (The "action") and the defendant has filed a defence and counterclaim to the said action.
>
> WHEREAS the defendant recognizes his obligation to indemnify the Plaintiffs at the fixed and agreed amount of TWO MILLION ONE HUNDRED THOUSAND ($2,100,000.00) CDA dollars.
>
> WHEREAS all parties now agree to settle all outstanding issues of this action;

> THEREFORE it is hereby agreed and consented that the within action be settled upon the following terms;
>
> 1. The defendant, Cyrenus Dugas, shall pay the Plaintiffs the amount of TWO MILLION ONE HUNDRED THOUSAND ($2,100,000.00) CDA dollars, as damages, within Thirty (30) days of the signing of this consent judgment of which FIFTY THOUSAND ($50,000.00) CDA dollars shall be paid by the defendant upon the signing by the parties of this consent judgment;
>
> 2. Upon receiving the payment mentioned in paragraph 1, the Plaintiffs agree to deliver immediately to the defendant the vessel EMY SERGE D. at the Shippagan Harbor, Province of New Brunswick in a good and seaworthy condition. The said vessel shall be free and clear of all encumbrances;
>
> 3. It is further agreed that the defendant will release and discharge all encumbrances it currently holds against the plaintiff's assets and properties simultaneously with compliance by the plaintiffs of the obligation as stated herein;
>
> 4. Each [party] shall be responsible for their own costs;
>
> 5. This consent judgment permanently resolves and settles all outstanding matters between the parties.

[53] As can be seen, the Consent Judgment does not mention licence #23622, its beneficial ownership and the appellant's fiduciary obligations under the Declaration of Trust. Tax considerations may have played a role in the drafting of Clause 5. Be that as it may, on August 29, 2002, Bernard Roux, another lawyer acting on the appellant's behalf, informed the Department that the Consent Judgment settled the dispute with the Gaudets and opined the appellant was no longer party to any contract affecting licence #23622. The Department agreed, advising that, since the legal ties between the appellant and the Gaudets with respect to the licence were severed, the appellant was [TRANSLATION] "reinstated in the core group and […] his status as a commercial fishing licence holder [had] been normalized".

[54] Whether or not the general and vague wording of Clause 5 sufficed to sever contractual and fiduciary ties, the respondents proceeded on the understanding that, upon payment of the full sum of $2,100,000, the appellant would regain full beneficial ownership of the fishing licences listed in Schedule "A" of the Declaration of Trust and Indemnity, including licence #23622 and, correlatively, all associated contractual and fiduciary obligations would end. Indeed, in the expectation that the appellant would fulfill his obligations under the Consent Judgment, the Gaudets and their lawyers pressed for a "closing" no later than September 23, 2002, the deadline for payment of the last instalment under the Consent Judgment. They proposed to tender on that occasion: (1) a discharge of the appellant's obligations under the Declaration of Trust and Indemnity; (2) a release by 508571 N.B. Ltd. and Adam Gaudet of their interest in licence #23622; (3) a bill of sale for the Emy Serge D., free and clear of all encumbrances; (4) the boat keys; and (5) a letter of direction for the payment of the $2,050,000. They expected to receive, in exchange, a certified cheque for that sum, as well as a release of the mortgage on Peter Gaudet's home and property in P.E.I., and any personal guarantees.

[55] There was one problem with that scenario: the appellant never intended to make the final instalment of $2,050,000.

[56] Nevertheless, the appellant's lawyer, Jacques Cormier, requested the exchange of closing documents and the payment of $2,050,000 be postponed for ten days. The reason invoked (a "pretext" according to the trial judge): his client's imminent hospitalization would prevent him from securing the needed financing within the deadline set by the Consent Judgment. The trial judge found the appellant actually secured that financing from a third party, Canadian Ocean Products Ltd., on September 10, 2002, slightly less than two weeks before the deadline of September 23, 2002 for the payment of $2,050,000. Instead of availing himself of that source of funds, the appellant turned to the *BIA* to avoid payment of his debt under the Consent Judgment.

F. *The bankruptcy proceedings*

[57] The appellant made an assignment in bankruptcy in late October 2002. His objective was to benefit from the use of licence #23622 without having to pay the $2,050,000 debt.

[58] The Gaudets filed a proof of their claim for that sum, and opposed the appellant's discharge. The taking of this step, the acceptance of subsequent payouts from the Trustee and the objection to the appellant's final discharge under the *BIA* might have proven to be prejudicial strategic miscalculations. However, the appellant did not plead in his wide-ranging Amended Statement of Defence and Counterclaim that those events, individually or collectively, estopped the respondents from contesting the validity of the Consent Judgment. As a result, the issue does not arise (see Rule 27 of the *Rules of Court* ("Pleadings"), in particular Rules 27.06(1), Rule 27.06(2) and Rule 27.07(4)).

[59] PricewaterhouseCoopers Inc. was appointed Trustee at the first meeting of the creditors on December 6, 2002.

[60] Throughout the bankruptcy proceedings, the appellant used licence #23622 to generate income. Starting with the 2002 fishing season, he operated under a new company, 600605 NB Inc. It leased a fishing vessel for the 2002 season and purchased another, the Richard B., for use in the 2003 and subsequent seasons.

[61] In March 2003, the Trustee applied to the Court of Queen's Bench for, among other relief, an order compelling the appellant to turn over all revenues derived from his fishing activities. The application was prompted by the Trustee's serious doubts regarding several business transactions carried out by the appellant. In a decision that was subsequently upheld by this Court (see *Dugas (Bankrupt), Re*, Léger, J.), the motion judge made the following observations before siding with the Trustee:

Historically, the bankrupt's crab fishing activities have brought in a substantial amount of income in a very short time.

The Trustee has serious doubts regarding several transactions by the Bankrupt in the past. Further, the evidence discloses that the Bankrupt has already been through bankruptcy proceedings in the past.

The Bankrupt indicated in his affidavit that he would not be fishing crab in the year 2003 due to health problems. The Bankrupt has made an arrangement with another captain to use the privileges of his crab fishing licence for this year's fishing activities. The Department of Fisheries and Oceans has agreed with this arrangement. The Bankrupt does not know the price of the crab and the amount of crab that will be caught. That is normal at the beginning of any fishing season. According to the Bankrupt's solicitor, the quota allocated to Mr. Dugas in 2003 is 195,000 lbs.

Mr. Dugas agrees that he should turn over some of his income to the Estate, but not all the revenues from the fishing activities. He stated through his solicitor that he would agree to turn over 20% of the total income of his fishing activity in 2003. That is the share usually given to the captain of the boat and that is the share the Bankrupt expects to receive from the 2003 crab fishing activities. The Bankrupt proposes that the Trustee would then assess the amount to be given to the Bankrupt for reasonable living expenses according to the provisions of section 68 of the *Act*.

The Trustee wishes to have the total income from the 2003 fishing activities paid directly to him and the Trustee would pay the fishing expenses from the revenues. He would then establish the amount to be given to the Bankrupt for living expenses under the provisions of Section 68 of the *Act.*

[…]

Considering all of the circumstances of the present case, I find that the most reasonable approach in dealing with the revenues and expenses of the 2003 crab fishing activities is to direct that all revenues from the 2003 crab fishing activities be paid to the Trustee. The Trustee will immediately pay all bona fide arm's length transactions

> arising out of the ordinary course of the fishing activities from the revenues of the crab fishing activities. That obviously includes paying the employees salaries and other necessary expenses relating to the 2003 crab fishing activity.
>
> On balance, I am satisfied that the best approach to ensure that the assets are protected is to order that all revenues from the 2003 crab fishing activities under the crab fishing licence #23622 issued to the Bankrupt Cyrenus Dugas be paid directly to the Trustee PriceWaterHouseCoopers Inc. The Trustee is ordered to prepare a report for the benefit of the Bankrupt and the Creditors of all revenues and expenses and then proceed according to the provisions of Section 68 of the *Act*. The present motion will resume on the 2nd of July 2003 at 1:30 P.M. or such other date as the parties may agree in order to determine all unresolved issues relating to the 2003 crab fishing activities including any reasonable expenses. [paras. 8-12 and 18-20]

[62] As a result of that order, the Trustee was able to collect $263,256.22 (for distribution purposes) out of the revenues generated by harvesting snow crab under licence #23622 during the 2003 and 2004 seasons.

[63] On April 23, 2004, the appellant applied for a discharge order.

[64] On May 7, 2004, the Registrar in Bankruptcy ordered, over the objection of the Gaudets and the Trustee, the appellant's discharge, which was suspended until May 5, 2005 subject to conditions (see *Dugas (Re)*, 2004 NBQB 200, [2004] N.B.J. No. 187 (QL)). Those conditions reflected the Registrar's treatment of licence #23622 as a source of income, either through snow crab harvesting or its assignment to a third party, not as seizable and realizable "property" for *BIA* purposes:

> <u>This case must be decided by balancing the liabilities with the earning potential of the Bankrupt. The fishing licence is not in and of itself property of the Bankrupt which is subject to seizure by or surrender to the Trustee for sale</u>. The Federal Government retains ownership of the licences granted and an absolute discretion, when properly

exercised, in the renewal by the incumbent holder or his transfer to another individual. This, however, does not remove the licence from the court's consideration. The exploitation of the licence permits the earning of a substantial revenue and its transfer, when authorized by the DFO, can be negotiated for a significant payment. To give effect to the objectives of the *Act*, these circumstances must be considered when establishing conditions for discharge.

[…]

Although ultimate control of the licence rests with the Federal Government such that it cannot be assigned and resold at will, it would be frivolous to suggest that the Bankrupt has no legal or equitable right to the benefits conferred by this permit, as long as he is exploiting it in accordance with DFO policies. [Parliament] has granted a right that is not exclusive to an individual but to a group of persons, fishers in the administrative zone, who are entitled to have that right assigned. The possibility of assignment results in competition and consequent commercial value that could be realized as income by the holder upon its devise. To hold that such income should be withheld from the estate and not inure to the benefit of creditors would be contrary to the principles of the bankruptcy legislation.

[…]

The discharge of the Bankrupt will be granted but its operation shall be suspended until the 5th day of May 2005 and shall be subject to his completion of the following conditions. During this period the Bankrupt shall file a complete and accurate financial statement for each month of the bankruptcy both precedent and subsequent to this decision and shall fully cooperate with the Trustee, whose rights under the *Act* remain undiminished, in any administrative and judicial procedures undertaken to ascertain the financial situation of the Bankrupt and recover assets to which the Estate is entitled. The Bankrupt shall tender payments on any surplus income received from the date of the assignment until May 5, 2005 in accordance with the Superintendent's Directive. Should the Bankrupt choose during this period to assign his rights to licence #23622 in an arm's length transaction, 30% of the consideration tendered shall be deemed to be income for purposes of calculating payments. Should the Bankrupt

> choose to assign his rights to licence #23622 in a non-arm's length transaction, 70% of a deemed fair market value shall be considered to be income for the purposes of calculating payments. [paras. 23, 26 and 35]
>
> [Emphasis added.]

[65] By decision dated October 20, 2005, the Registrar confirmed the appellant's absolute discharge under the *BIA*.

[66] On January 3, 2007, PricewaterhouseCoopers was discharged as Trustee pursuant to s. 41(1) of the *BIA*. Prior to this time, the parties and the Registrar in Bankruptcy had accepted and acted upon the view that the fishing licences held in the name of the appellant were not seizable and realizable "property" for bankruptcy purposes.

[67] On October 24, 2008, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, which jettisoned the commonly accepted understanding of the *BIA* by holding its definition of "property" could, in certain circumstances, encompass fishing licences issued by the Department of Fisheries and Oceans. Believing that, under *Saulnier*, the fishing licences held in the appellant's name constituted assets that had not been previously realized, PricewaterhouseCoopers applied for reappointment as Trustee of the appellant's estate pursuant to s. 41(11) of the *BIA*, which reads as follows:

41(11) The court, on being satisfied that there are assets that have not been realized or distributed, may, on the application of any interested person, appoint a trustee to complete the administration of the estate of the bankrupt, and the trustee shall be governed by the provisions of this Act, in so far as they are applicable.	41(11) Après s'être assuré que certains avoirs n'ont pas été réalisés ou distribués, le tribunal peut, à la demande de toute personne intéressée, nommer un syndic pour achever l'administration de l'actif du failli, et le syndic se guidera sur les dispositions de la présente loi, dans la mesure où elles sont applicables.

The Trustee's application could only succeed if two conditions were met: (1) *Saulnier* covers fishing licences subject to contractual and trust terms such as the ones affecting

licence #23622; and (2) retrospective effect could be given to that decision. The first condition does not appear to have been considered.

[68] A judge of the Court of Queen's Bench ordered the sought-after reappointment and vesting in the Trustee of whatever licence-related interest the appellant did have (see *Dugas (Bankrupt), Re*, 2012 NBQB 48, 384 N.B.R. (2d) 98). This Court reversed on the grounds that *Saulnier* did not have retrospective application (see *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.*). It bears mention that the respondents sought and obtained leave to intervene as "parties" to the appeal (see *PricewaterhouseCoopers Inc. v. Dugas*, [2012] N.B.J. No. 126 (C.A.) (QL)). Had our Court reversed on grounds susceptible of triggering the application of the doctrine of issue estoppel, this intervention could have proven to be a very damaging procedural misstep. Happily for the respondents, this scenario did not materialize. That said, it may be an opportune moment to delineate the true reach of *Saulnier*.

[69] *Saulnier* does not cover a situation where the bankrupt is a mere licence holder without any proprietary right in the species harvested and the resulting earnings. The decision stands for the following proposition. For fishing licences to constitute seizable and realizable "property" for bankruptcy purposes the holder must have more than a right to fish; that right must be coupled with a proprietary right in the fish harvested and the earnings from its sale. Thus, the appellant could only have a proprietary right in the crab harvested under licence #23622 and any resulting earnings if, despite his failure to pay the judgment debt of $2,050,000, Clause 5 of the Consent Judgment unraveled the prior sale of that licence and freed him of his fiduciary obligations under the Declaration of Trust and Indemnity.

[70] The Registrar made no such determination; he simply dealt with the licence <u>as a source of distributable income</u>, whether through harvesting under its authority or its possible assignment for consideration to a third party. In the result, the bankruptcy proceedings did not attempt to, let alone actually, resolve the issue of beneficial ownership of licence #23622.

G. *The underlying action*

[71] On December 22, 2004, the Gaudets filed an application in the Court of Queen's Bench for: (1) an order setting aside the August 23, 2002 Consent Judgment; (2) licence-related declaratory and mandatory relief previously claimed in the action that culminated with the Consent Judgment; and (3) an award of damages commensurate with the profit generated by harvesting snow crab under the authority of licence #23622 during the post-2001 seasons. On June 6, 2005, a judge of the Court of Queen's Bench ordered the application's conversion to an ordinary action: *Peter Gaudet et al. v. Dugas*, 2005 NBQB 200. In his decision, McNally J. observed that a determination of disputed key facts "ought not to be decided solely on the basis of affidavit evidence or under the constraints that are inherent in the Notice of Application procedure". I agree, and would add the following. It is critically important that judges, in disposing of interlocutory motions or applications, limit their observations to what is necessary to dispose of the claim for relief. Going beyond the strictly necessary invariably sows confusion over the state of the factual record upon which the ultimate merits-based decision stands to be made.

[72] In their Amended Statement of Claim, the respondents make the following allegations:

> On January 29, 1999, the Defendant executed a Declaration of Trust and Indemnity (hereinafter the Declaration of Trust) with the Plaintiffs, 508571 N.B. Ltd. and Adam Gaudet, wherein the Defendant declared that he held various fishing licences and permits, including Oyster Permit No. 25341, Mackerel Permit No. 45432, Snow Crab Permit No. 23622, in trust for the Plaintiffs 508571 N.B. Ltd. and Adam Gaudet, their heirs, successors and assigns. The Trust Agreement also stated that the Plaintiffs, 508571 N.B. Ltd. and Adam Gaudet are the true owners of the licences. […]
>
> […]

The Plaintiffs, Peter Gaudet and Adam Gaudet, received notice from the Defendant's solicitor dated January 31, 2002, alleging that it would be impossible for the Defendant to complete the Agreements. The Defendant's solicitor instructed the Plaintiffs to terminate any form of contact with the Defendant except through legal representation.

As a result of the Defendant's refusal to transfer the Licences held in trust, the Plaintiffs brought an action against the Defendant for various remedies, including specific performance of the Agreements.

The parties agreed to settle the action on the condition that the Defendant pay $50,000.00 to the Plaintiffs upon the signing of Consent Judgment dated August 22nd, 2002 and an additional $2,050,000.00 within thirty (30) days of the signing of the Consent Judgment. The Defendant has failed to satisfy the condition and pay the $2,050,000.00 to the Plaintiffs within the prescribed thirty (30) day period or at all. On October 28, 2002, the Defendant voluntarily assigned himself into bankruptcy for the second time within a ten year period.

The Plaintiffs say at the time of agreeing to the settlement of the action and the Consent Judgment consequent thereon the Defendant had no intention of complying with the terms thereof and that he misrepresented his intentions to the Plaintiffs for the purpose of inducing them to enter into said settlement and Consent Judgment and such misrepresentation does thereby render said settlement and Consent Judgment void at law or voidable at the instance of the Plaintiffs.

[…]

The Plaintiffs say the Defendant was in a fiduciary relationship with them and the Defendant breached the fiduciary duties of trust, good faith dealing and avoidance of conflict of interest which it owed to the Plaintiffs and the Plaintiffs suffered damage as a result thereof.

Further, or in the alternative, the Plaintiffs rely upon the doctrine of fundamental breach and say the said settlement and Consent Judgment should be set aside.

The Plaintiffs say further that the Trust Agreement referred to in paragraph 9 remains in full force and effect and the Defendant must "assign and transfer" to the Plaintiffs, or to a nominee designated by the Plaintiffs, the benefit of the Licences given that:

(i) The Defendant's obligations pursuant to the Trust Agreement remain in full force and effect as the Defendant has not complied with the terms and the Conditional Consent Judgment as aforesaid; and

(ii) The Consent Judgment does not, in any event, provide that the Defendant's obligations pursuant to the Trust Agreement are terminated in any way.

Further, or in the alternative, the Plaintiffs say that the Defendant's assignment in bankruptcy does not affect the validity and enforceability of the Trust Agreement, as per the decision of the Registrar, Mr. Michael J. Bray, dated May 7, 2004, which provides for a conditional discharge of the Defendant and which states as follows at paragraph 23:

> The fishing licence is not in and of itself property of the Bankrupt which is subject to seizure or surrender to the Trustee for sale.

The Plaintiffs therefore claim against the Defendant the following:

a) An Order declaring that the Share Transfer Agreements respectively dated December 13, 1998 and January 22, 1999 between the Plaintiffs, Peter Gaudet and 508571 N.B. Ltd., and the Defendant are valid and legally binding between the parties;

b) An Order declaring that the Declaration of Trust and Indemnity dated January 29th, 1999 between the Plaintiffs, Adam Gaudet and 508571 N.B. Ltd., and the Defendant is valid and legally binding between the parties and the said fishing licences and all benefits arising therefrom are held in trust by the Defendant as Trustee for the benefit of the Plaintiffs or some one or more of them;

c) A Mandatory Order, in furtherance of the Agreement and Declaration of Trust aforesaid, compelling the

> Defendant to co-operate and take all steps necessary to facilitate the transfer of the fishing licences and permits, including Oyster Permit No. 25341, Mackerel Permit No. 45432, Snow Crab Permit No. 23622 (the "Licences") to Adam Gaudet or other qualified fisher as designated by the Plaintiffs, including signing the application and other documents as required by the Department of Fisheries and Oceans to effect a transfer;
>
> d) A Mandatory Order, in furtherance of the Agreements and Declaration of Trust aforesaid, compelling the Defendant to sign or cause any person holding his attorney to sign all application or other documentation required by the Department of Fisheries and Oceans for the transfer of the Licences and to do so no later than 72 hours after the Defendant is advised of the requirement for his signature;
>
> e) In the alternative, an Order that the Conditional Consent Judgment dated August 22, 2002 be set aside, and that the Plaintiffs return the initial deposit in the sum of $50,000.00 to the Defendant;
>
> f) In the further alternative, damages for breach of the Agreement and Declaration of Trust, including, but not limited to, the fair market value of the property and licences as provided for in the Agreement;
>
> g) aggravated damages;
>
> h) interest;
>
> i) costs on a solicitor/client basis;
>
> j) such further and other relief as this Honourable Court may deem just and expedient. [paras. 9, 14-17 and 19-22]
>
> [Underlining in original.]

[73] In the Amended Statement of Defence and Counterclaim, the appellant contends: (1) the Consent Judgment gives rise to *res judicata* (cause of action estoppel); (2) the order of discharge issued by the Registrar in Bankruptcy released the appellant from all liability to the respondents; (3) the contract between the parties was unlawful; and (4) in any event, it is unenforceable, having been frustrated by the unwillingness of

the Department of Fisheries and Oceans to approve the transfer of licence #23622 into Adam Gaudet's name. The appeal does not bring into play the issue of contract lawfulness or any aspect of the Counterclaim. That being so, no useful purpose would be served by a discussion of their merits.

[74] The trial judge found the Consent Judgment was void *ab initio* because it was the product of dishonest misrepresentations on the appellant's part. He also held the Registrar's order of discharge did not insulate the appellant from liability for breach of his fiduciary duties, having regard to s. 178(1)(d) of the *BIA*, which states that an order of discharge does not release the bankrupt from any liability arising out of any "misappropriation" while acting in a fiduciary capacity. The trial judge concluded the contract between the parties had not been frustrated, distinguishing on the facts this Court's decision in *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones*. The judge was satisfied that, at the end of the day, "the only way to do justice in this case [was] to order the transfer of the fishing licences held in trust by [the appellant] for the benefit of Adam Gaudet" (para. 255). He wrapped up the proceedings by awarding damages of $2,384,162.

[75] The trial judge assessed damages at that amount on the basis of the net licence-generated earnings appropriated by the appellant for more than a decade, from 2002 to 2014. The judge deducted from that total: (1) estimated taxes; (2) the balance of the purchase price owing to the appellant ($114,516.50); (3) the $50,000 he paid on August 23, 2002; and (4) the sum of $263,256.22 paid by the Trustee to the respondents. The trial judge then added interest totalling $230,043 and a federal subsidy of $242,703 received by the appellant *qua* holder and owner of licence #23622. After making further adjustments for tax and interest, the trial judge arrived at the final figure of $2,384,162. He then awarded costs of $125,533 pursuant to Rule 59, Tariff "A", Scale 5, HST and taxable disbursements.

[76] The formal judgment issued in the court below provides as follows:

a) The Court confirms that the agreement of transfer of shares dated December 15th, 1998 and that of January 22nd, 1999 which was executed between Peter Gaudet and 508571 N.B. Ltd. and Cyrennus Dugas is valid and that it binds the parties, and that accordingly the transaction therein contemplated was concluded on January 29th, 1999.

b) The Court recognizes that the Declaration of Trust and Indemnity dated January 29th, 1999 between Adam Gaudet and 508571 N.B. Ltd. and Cyrennus Dugas is valid and that it binds the parties, and that accordingly the Declaration of Trust and Indemnity is therefore enforceable.

c) The Court issues a mandatory order directing Mr. Dugas to cooperate and to take all means necessary to ensure and to facilitate the transfer of the fishing licences which are the subject of the Declaration of Trust and Indemnity to Adam Gaudet or to any other person of his choosing. The Court orders Mr. Dugas to sign all requests and other documents required by the Department of Fisheries and Oceans Canada to give effect to such transfer.

d) The Court issues a mandatory order directing Mr. Dugas to sign or to allow [any] person holding a power of attorney signed by him to sign all requests and other documents required by the Department of Fisheries and Oceans Canada to give effect to the transfer of the fishing licences that are [covered] by the Declaration of Trust and Indemnity, so that such transfer can take place. Mr. Dugas shall have 72 hours to provide his signature after having been advised that his signature is so required.

e) In the alternative, should Cyrennus Dugas fail to attend in order to provide his signature as provided for in the within Order, and should the Department of Fisheries and Oceans Canada fail to recognize the power of attorney provided by Cyrennus Dugas in favour of Adam Gaudet, then the Court orders, pursuant to section 37 of the *Judicature Act*, that the Clerk of the Court of Queen's Bench of New Brunswick shall have authority to execute all documents necessary to give effect to the transfer of the licences which are the

> subject of the Declaration of Trust and Indemnity and for all practical means shall have the net effect as if such documents has been signed or endorsed by Cyrennus Dugas, following his own obligation to execute such documents by the within order.
>
> f) The Defendant shall pay to the Plaintiffs the sum of $2,384,162.00 as special damages net of income taxes.
>
> g) The Defendant shall pay the Plaintiffs [their] costs relating to fees in the sum of $125,533.00 and HST of $16,319.29 plus disbursements to be determined at a later date by the undersigned Clerk of the Court of Queen's Bench of New Brunswick at the Judicial District of Moncton.

[77] In the Amended Notice of Appeal, the appellant contends the trial judge erred in law and in fact:

> [TRANSLATION]
>
> a) In concluding that the agreement between the parties was not frustrated despite the decisions of this Court in *PricewaterhouseCoopers Inc. et al.*, 2012 NBCA 85, and *Doucette et al. v. Jones*, 2006 NBCA 38, thereby refusing to apply the doctrine of *stare decisis;*
>
> b) In concluding that the Consent Judgment of August 23, 2002 was null *ab initio*, instead of finding it disposed of all contested issues in the action between the parties;
>
> c) In failing to find the respondents' action was *res judicata*, having regard to the fact that the questions raised by the respondents had been decided in two previous proceedings, [*Dugas (Re)*], 2004 NBQB 200 and *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.*; and
>
> d) In adopting an erroneous interpretation of s. 178(1)(d) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

[78] Unlike the original Notice of Appeal, the amended version does not take issue with the trial judge's assessment of damages and his award of costs.

[79] As mentioned, following dismissal of a motion by the appellant for a stay of the judgment, the Department approved Adam Gaudet as holder of licence #23622.

[80] On April 14, 2016, we dismissed the appeal, with reasons to follow.

III. Analysis

[81] While an appellant can only rely on the grounds stated in the Notice of Appeal or Amended Notice of Appeal (Rule 62.09), minor amendments are often made in the Appellant's Submission, and as long as they do not expand the stated grounds no issue arises. In the case at hand, the stated grounds are occasionally reformulated in the Appellant's Submission, mostly for clarification purposes. Bearing in mind the limits imposed by Rule 62.09, the questions submitted for our consideration are: (1) could the trial judge reject the defence of frustration despite this Court's "observations" in *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.* and the precedential authority of *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones*?; (2) did he err in determining the Consent Judgment was void *ab initio*, rather than holding it settled the dispute through the doctrine of cause of action estoppel?; (3) did the doctrine of issue estoppel ordain the dismissal of the action, findings favourable to the respondents and essential to the success of their claims being precluded by statements of the Registrar in *Dugas (Re*) and "observations" in *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.*?; and (4) did the doctrine of issue estoppel foreclose the trial judge's finding of a dishonest "misappropriation" of licence #23622 and its benefits, a condition precedent to the application of s. 178(1)(d) of the *BIA* and the post-discharge survival of the appellant's liability in damages for breach of trust?

[82] In my respectful view, and for the reasons that follow, each question must be answered in the negative. Moreover, questions (1) and (2) stand to be addressed bearing in mind the trial judge's findings of bad faith on the part of the appellant, his lack of credibility, as well as that of the appellant's wife, and the unreliability of the testimony of their lawyer, Jacques Cormier.

A. *Credibility and Reliability*

(1) General observations

[83] Neither side takes issue with the trial judge's general observations on credibility:

> [TRANSLATION]
> Although there are questions of law that have to be considered in this case, this matter turns primarily on the facts submitted by the parties. The evidence introduced by the parties diverges in several respects, making the assessment of the evidence offered by the key witnesses a very important task.
>
> Assessing the credibility of a witness is not a perfect science. It is difficult for a judge to articulate exactly the different expressions that emerge from observing and listening to a witness. Attempting to reconcile the different versions of the facts, or to interpret the facts that each witness may want to give, is even more difficult.
>
> The Court may accept all or part of the testimony, or entirely reject the version of the facts given by the witness. The Court has to consider a number of factors in meeting the challenge of determining the veracity, accuracy and reliability of each witness's testimony.
>
> In *The Law of Evidence in Canada* by Sopinka and Lederman JJ., the authors suggest and identify certain criteria that the Court may consider in determining the credibility of a witness. These include the reasonability of the evidence, contradictions in the testimony (consistency), whether the witness's character has been tested or impeached, the witness's personality and demeanour, corroboration of the testimony (consistency with the totality of the evidence), the witness's personal interests, the witness's ability to observe and recall the events and, finally, the witness's ability to express himself or herself. [paras. 62-65]

(2) The reliability of the testimony of the appellant's main post-transaction lawyer

[84] One of the appellant's witnesses at trial was Me Jacques Cormier. Contradicting the evidence of Adam Gaudet, he testified to being minimally involved in the post-sale attempts at securing departmental approval of the licence transfers and to never being made aware of Adam Gaudet's acceptance as a new entrant in 2000 or that licence #23622 had increased in value between its sale in January 1999 and appropriation by the appellant in early 2002, The trial judge found his testimony was not reliable:

> During his testimony, [Me Cormier] wanted to limit his involvement in this case. In chief, he had no recollection of speaking or meeting with Adam Gaudet after late January 1999. He was not Mr. Gaudet's lawyer and had never heard that Mr. Gaudet had been approved as a new entrant. To top it all off, Mr. Cormier had closed his file on August 23, 2002, so he had nothing to do with the subsequent events and had no idea that the fishing licence had increased in value.
>
> Under cross-examination, there was no end of contradictions. First, as Adam Gaudet had claimed, Mr. Cormier admitted to meeting with him after the sale had closed. Mr. Cormier recalled being involved to facilitate the licence transfer, speaking with Mr. Gaudet during a meeting in a café near his office and offering to cancel the agreement. Confronted again with the question of how many times he may have met with Adam Gaudet prior to January 31, 2002, Mr. Cormier admitted that he may have met with him on several occasions. As related elsewhere in this decision, Mr. Cormier's involvement was extensive on several occasions.
>
> Finally, when asked what he had done to prepare for this trial, Mr. Cormier stated that he no longer had a file, but that he had met with the defendant's lawyer the previous evening. When he testified the following day, Mr. Dugas stated that he and Mrs. Dugas had met with Mr. Cormier two weeks before to discuss the matter. I will leave it at that. [paras. 96-98]

(3) The credibility of the testimony provided by the appellant's wife

[85] The trial judge found the appellant's wife was not a credible witness:

> [TRANSLATION]
> Mrs. Dugas was repeatedly argumentative with counsel for the plaintiffs, giving vague answers or simply avoiding the question if the answer would not be favourable to her. She also had a selective memory for certain facts. Finally, her testimony was not consistent with the totality of the accepted evidence.
>
> The contradictions in Mrs. Dugas's testimony, the impression left by her personality, her demeanour, the lack of consistency with the evidence given by Mr. Dugas and Mr. Cormier, her observations and her recollections of the events, or lack thereof, do not inspire confidence and prevent the Court from finding that she is a credible witness. [paras. 104-105]

Importantly, the trial judge disbelieved her sworn assertion that Adam Gaudet did not inform her or her husband of the Department's September 8, 2000 letter confirming his qualification as a new entrant and the need for the appellant to attend at the Department's local office to submit a request for the transfer of licence #23622 on or before December 31, 2000.

(4) The credibility of the appellant's testimony

[86] The trial judge found the appellant was not a credible witness, specifically with respect to his claims of good faith in connection with transfer-related efforts, his alleged inability to secure financing to pay the debt of $2,050,000 in September 2002, his professed lack of knowledge of Adam Gaudet's acceptance as a new entrant in September 2000 and his denial of having refused to attend at the local Department office, between September 8, 2000 and December 31, 2000, to submit, as required, a written transfer request for the fishing licences he had previously sold:

> [TRANSLATION]
> Cyrennus Dugas's evidence, much like that of Émérentienne Dugas, was inconsistent. Far-fetched and even bogus explanations were given for facts or situations such as the lack of financing, his refusal to attend to sign a transfer request in September 2000, or attempting to suggest that he had never had any such discussions with Adam Gaudet after he was approved as a new entrant.
>
> There is no doubt that Mr. and Mrs. Dugas's testimony was intended to support their position. Their testimony was flatly contradicted by other witnesses. Their comments were unquestionably aimed at protecting their personal interests.
>
> Mr. Dugas testified with the same conviction as Mrs. Dugas, and the Court has no hesitation in finding that Mr. Dugas is not credible either. [paras. 108-110]

(5) The credibility and reliability of the testimony provided by Peter and Adam Gaudet

[87] The trial judge found Peter and Adam Gaudet provided credible and reliable testimony on all significant controversial issues:

> [TRANSLATION]
> Where their testimony diverges, I accept the evidence of Adam Gaudet and Peter Gaudet over that of Cyrennus Dugas, Émérentienne Dugas and Mr. Cormier. This finding is not based exclusively on the good impression they left or on their demeanor during their testimony, although these factors were considered in this case. Even more important is that the version of the facts presented by the Gaudets seems more consistent with logic and common sense when considered alongside all of the evidence presented at trial and assessed against it. [para. 111]

[88] With those findings in mind, I turn to the four questions raised by the appeal.

B. *Was the trial judge bound by authoritative judicial pronouncements to apply the doctrine of frustration?*

[89] Under s. 2(1) of the *Frustrated Contracts Act*, R.S.N.B. 2011, c. 164, "frustration" occurs where a "contract […] has become impossible of performance or been otherwise frustrated". The basic tenets of the doctrine of frustration are explained in *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943:

> Frustration occurs when a situation has arisen for which the parties made no provision in the contract and performance of the contract becomes "a thing radically different from that which was undertaken by the contract": *Peter Kiewit Sons' Co. v. Eakins Construction Ltd.*, [1960] S.C.R. 361, *per* Judson J., at p. 368, quoting *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (H.L.), at p. 729.
>
> Earlier cases of "frustration" proceeded on an "implied term" theory. The court was to ask itself a hypothetical question: if the contracting parties, as reasonable people, had contemplated the supervening event at the time of contracting, would they have agreed that it would put the contract to an end? The implied term theory is now largely rejected because of its reliance on fiction and imputation.
>
> More recent case law, including *Peter Kiewit*, adopts a more candid approach. The court is asked to intervene, not to enforce some fictional intention imputed to the parties, but to relieve the parties of their bargain because a supervening event (the OLRB decision) has occurred without the fault of either party. For instance, in the present case, the supervening event would have had to alter the nature of the appellant's obligation to contract with the respondent to such an extent that to compel performance despite the new and changed circumstances would be to order the appellant to do something radically different from what the parties agreed to under the tendering contract: *Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1087; *McDermid v. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300 (Q.B.); *O'Connell v. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291 (Ont. Co. Ct.), at p. 304; *Petrogas Processing Ltd. v.*

> *Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118 (Q.B.); *Victoria Wood Development Corp. v. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229 (Ont. C.A.), at p. 242; and G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at pp. 677-78. [paras. 53-55]

See, as well, *McLean v. City of Miramichi*, 2011 NBCA 80, 380 N.B.R. (2d) 398, Robertson J.A., writing for the Court, at paras. 23-24.

[90] I should immediately record my doubts regarding the applicability of the doctrine of frustration to the facts at hand. I am not convinced the decisions of the Department to prohibit any licence transfer requests during the 2001-2003 seasons gave rise to "[…] a situation […] for which the parties made no provision in the contract and performance of the contract [had become] 'a thing radically different from that which was undertaken by the contract'" (see *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, para. 53).

[91] After all, the agreement for the purchase and sale of licence #23622 contains a warranty by the appellant that it is "transferable" to the purchaser and no deadline is prescribed for any such transfer. Moreover, the Declaration of Trust was to remain in effect until the licence transfer was secured. Additionally, the Department did not permanently close the door to licence transfer requests by the appellant. Each departmental prohibition was for specified periods. Unlike what happened in *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones*, there was no categorical refusal to issue a replacement licence [TRANSLATION] "as long as the trust agreement remained [in force]" (para. 28). As well, the record here does not feature proof that the Department would not, under any circumstances, be open to approval.

[92] Thus, at the time of the frustration claimed by the appellant (April 2001), his warranty of transferability was still effective, as was his contractual obligation to do whatever was necessary to secure the transfer of licence #23622. The bottom line is this: the contract between the parties provided for the events upon which the appellant relies to buttress his claim of frustration. Furthermore, it is not readily apparent how, in the spring

of 2001, performance of the obligation to do all acts and things necessary to secure the Department's transfer approval had become "a thing radically different from that which was undertaken by the contract". That said, I choose to dispose of the issue of frustration on the primary basis pressed by the respondents at trial and on appeal.

[93] It is hornbook law that the doctrine of frustration will not be lightly applied "as the dissolvent of a contract" (see *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (H.L.), per Lord Radcliffe) and "self-induced" frustration, whether deliberate or negligent, cannot be relied upon to relieve against non-performance of contractual obligations (see S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 6th ed. para. 379). In *The Law of Contracts*, 2nd ed., Professor McCamus confronts the issue at the heart of the parties' debate over the application of the doctrine:

> The doctrine of frustration applies to cases where the supervening events that have occurred, as it is commonly said, "without default of the contractor", have prevented the party from performing the agreement. Where the frustrating event arises by virtue of the non-performing parties' own "fault", the frustration is said to be "self-induced" and the doctrine of frustration is inapplicable. Thus, where performance of a contract is contingent on the approval of a third party, the non-performing party is not excused by the absence of approval in a case where the non-performing party did not trouble to apply for that approval. Similarly, where the contract imposes an obligation to make best efforts to obtain such approval, failure to act reasonably in pursuing that objective constitutes self-induced frustration. […] [p. 631]

In sum, the doctrine of frustration has no application where, as here, the "frustrating" event is attributable to the non-performing party's fault (see *512842 N.B. Inc., Roger Landry, Cape Bald Packers Limited, Patrice Landry and Denis Carrier v. Delphinium Ltée and Louis Schofield*, 2008 NBCA 56, 333 N.B.R. (2d) 291).

[94] The appellant's narrative in support of appellate intervention on the grounds of frustration is predicated on faultless conduct by him, a state of affairs at odds

with the trial judge's findings of fact. Rejecting defence assertions to the contrary, the judge found: (1) the appellant knew, well before the Department's deadline for the submission of a transfer request in 2000, that Adam Gaudet had been recognized as a new entrant; (2) the appellant also knew the Department would not consider a transfer of licence #23622 unless he submitted a written request for that purpose; (3) the appellant refused to attend at the local Department office to submit the required licence transfer request before the Department's deadline of December 31, 2000; (4) the appellant's explanations for not attending were [TRANSLATION] "[f]ar-fetched and even bogus" (para. 108); and (5) more generally, the appellant never did what was necessary to secure departmental approval of Adam Gaudet as licence holder. As underscored, perhaps more often than needed, the appellant was bound [TRANSLATION] "to do all […] acts and things as may be necessary" to secure that approval. As the judge so aptly put it: [TRANSLATION] "Mr. Gaudet had to depend on [the appellant's] good faith, which never materialized" (para. 139).

(1) <u>The lost opportunity for departmental approval between September 8, 2000 and December 31, 2000</u>

[95] Under s. 16(2) of the *Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada 1996*, the written request for licence transfer "has to be submitted by the current licence holder" (see *Doucette v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 734, [2015] F.C.J. No. 780 (QL) at para. 108). Since the Department is not concerned with the terms of any agreement between a current licence holder and any potential replacement holder, it would not accept a licence transfer request signed by the latter as attorney for the current licence holder. Going from the general to the particular, the Department would not have acted upon a licence transfer request signed by Adam Gaudet as the appellant's "Attorney" pursuant to the Declaration of Trust. It was up to the appellant to submit, in timely fashion, the required written transfer request.

[96] The appellant clearly breached his obligation "to do all […] acts and things as may be necessary" when he refused to attend at the Department's local office to

submit a licence transfer request before December 31, 2000. Recall the Department followed up its attribution of the status of "substitute operator" for the 2000 season with its letter of September 8, 2000, advising Mr. Gaudet he qualified as a "new entrant" and that a licence transfer request could be submitted at any time before December 31, 2000. As noted, this letter represented a "turning point" in terms of the Department's relationship with the respondents. Unfortunately for Adam Gaudet, and as the trial judge found, the appellant and his lawyer would just not cooperate:

> [TRANSLATION]
> Adam Gaudet testified to the events that led to the signature of the agreement of purchase and sale relating to the acquisition of the fishing assets belonging to Cyrennus Dugas's business. At the time the agreement was signed and closed in 1999, <u>everyone involved knew that the transfer of legal title to the licence would take some time, but that it was possible</u>, as evidenced by three seasons of fishing and operating the fishing business as agreed. Each of the parties had a number of options provided that everyone played their role as agreed. <u>For Mr. Dugas, his duties flowed from the Declaration of Trust with the Gaudets and performing them was his only option</u>.
>
> Mr. Gaudet related the struggle to obtain recognition from Fisheries and Oceans Canada as a new entrant only to ultimately receive a letter on September 8, 2000, informing him that he had qualified. This finally enabled him to make a request to Fisheries and Oceans Canada to have title to the fishing licence held in trust by Cyrennus Dugas transferred to him.
>
> <u>I accept as a fact that Mr. Gaudet informed Mrs. Dugas, Mr. Dugas and later Mr. Cormier of that letter dated September 8, 2000. I also accept that Mr. Dugas, through his actions and words, refused to go sign on the pretext that there was no hurry, only to then tell Mr. Gaudet to go see his lawyer, Mr. Cormier. I further accept as a fact that Mr. Cormier told Mr. Gaudet when he contacted him regarding the transfer that he was too busy at the time</u>.
>
> […]
>
> As previously discussed, Mr. Gaudet, upon receiving his letter of confirmation as a new entrant, could not get Mr.

> Dugas to cooperate. Mr. Dugas first told him that there was no hurry and subsequently referred him to Mr. Cormier. When he contacted Mr. Cormier, Adam Gaudet was told that Mr. Cormier was too busy to go to Fisheries and Oceans Canada and that he would go later.
>
> […]
>
> Mr. Dugas's refusal to go to Fisheries and Oceans Canada between September and December 2000 when Adam Gaudet asked him to do so in order to sign the request, when Fisheries and Oceans Canada had recognized Adam Gaudet as a new entrant, was deliberate and wilful. This conduct constitutes a deliberate breach of trust and an intentional refusal to do as provided in the Declaration of Trust. His failure to attend to execute the documents for the transfer request was not without consequences or caused by any inadvertence, negligence or mistake. His conduct was simply wrongful and deliberate. [paras. 67-69, 167 and 231]
>
> [Emphasis added.]

[97] At this juncture, no principled basis existed to deny any formal request by the appellant to transfer licence #23622 into Mr. Gaudet's name and there is no evidence the Department would have dealt with any such request other than on the merits. Indeed, the imposition of a deadline (December 31, 2000) for a formal request targeting a licence transfer applicable to the following season militates strongly in favour of the view that the door was wide open for departmental acceptance. In my view, if the appellant had honored his covenant to "do all […] acts and things as may be necessary" by submitting a formal transfer request before December 31, 2000, chances are the Department's approval would have followed promptly. After all, and as underscored, it had just determined Mr. Gaudet met its residency requirements and approved him as a "substitute operator" for the 2000 fishing season. Any denial of approval would have been patently unreasonable. Moreover, the provincial political pressure to prevent licence transfers to "non-residents" only began in earnest in 2001.

(2) The appellant's failure to contest unfavourable decisions through non-judicial review processes

[98] Departmental decisions may be reviewed by the Regional Licensing Appeal Committee (RLAC). The RLAC is composed of senior Department officials at regional offices. This Committee reviews claims and makes recommendations to the Regional Director General who then makes a decision. If the decision is adverse to the claimant, he/she may appeal to the Atlantic Fisheries Licence Appeal Board (AFLAB), the final level for appeals. The AFLAB, which is at arms-length from the Department, makes recommendations to the Minister who makes the final decision. While any such recommendation is not binding on the Minister, one would expect it to be considered seriously, and with deference.

[99] The appellant breached his obligation [TRANSLATION] "to do all […] acts and things as may be necessary" by failing to pursue all available review processes to challenge decisions that were obstructive of Adam Gaudet's pursuit of a licence transfer. Those decisions included the Department's refusal to process the licence transfer request on February 14, 2001, as well as its prohibitions against licence transfer requests during specified periods in 2001, 2002 and 2003. The trial judge found the Department "completely manufactured reasons" to prevent the nominal transfer of licence #23622 from February 14, 2001 onwards. That finding substantiates the view that, if the appellant had challenged those decisions through the review processes at his disposal, it is likely an outcome favorable to Mr. Gaudet would have been achieved. Any *bona fide* review would have revealed the capriciousness and/or arbitrariness of those decisions and confirmed their unsustainability. On that score, the testimony of James Grant Jenkins, a consultant in the fishing industry since his retirement from the Department after three decades of service, is enlightening.

[100] Mr. Jenkins was declared an expert in commercial fishery management, implementation development, regulation and procedure interpretation and the

Department's internal practices and appeal committee administration. Here is the trial judge's summary of Mr. Jenkins' testimony on those subject matters:

> [TRANSLATION]
> During his testimony, Mr. Jenkins provided some background and discussed the development of Fisheries and Oceans Canada's regulations and policies, the appeal processes and how the crab fishery became a viable commercial fishery. He discussed why and how fishers obtain a fishing licence under the established regulations and policies in order to be recognized as bona fide fishers.
>
> A crab fishing licence is issued to a core enterprise, which is a unit composed of a fisher (head of enterprise), registered vessels and the licences he holds, and which has been designated as such in 1996 under approved criteria. Mr. Dugas was, at all material times, a head of enterprise and crab fishing licence holder. Entry into this category of core enterprise as a new entrant can be gained only by purchasing a crab fishing licence from an existing fisher.
>
> A fisher who holds a licence must be aboard his vessel and personally engage in fishing. However, a substitute fisher may be designated on a temporary basis depending on the situation. This designation period may be from one day to five years depending on the circumstances. The regulations and policies set out a procedure for obtaining consent from Fisheries and Oceans Canada.
>
> Starting in 2000, Adam Gaudet was designated as a substitute fisher pursuant to approval from Fisheries and Oceans Canada. Mr. Dugas had filed an application to that end because of his health problems. Mr. Jenkins confirms that Fisheries and Oceans Canada's approval shows that Adam Gaudet as a substitute fisher met the requirements under the established policies.
>
> Mr. Jenkins also confirms that Fisheries and Oceans Canada is not concerned with contracts or agreements between individuals that are signed in order to make a transfer. The licence holder has to submit a written request together with the individual wishing to make the purchase, and Fisheries and Oceans Canada reviews the application. If the purchaser qualifies, then Fisheries and Oceans Canada will approve the transfer.

In practice, the contract executed between Cyrennus Dugas and the Gaudets, and the Declaration of Trust should have had no impact on Fisheries and Oceans Canada's handling of the transfer request or administration of its transfer policies in this case.

Mr. Jenkins states that starting in 1970, from the time fishing licences like the one in this case made their appearance, an agreement between the licence holder and the beneficiary of the licence was necessary in the fishing industry for a variety of reasons, and vital to the industry itself. Nevertheless, title to the fishing licence had to be, and still must be, transferred in accordance with the regulations and policies established by Fisheries and Oceans Canada.

Mr. Jenkins confirms that agreements like the one in this case were common, and if they were taken to the Fisheries and Oceans Canada office, they were simply returned to the parties, because they would not influence Fisheries and Oceans Canada's considerations regarding the licence transfer. Mr. Jenkins confirms that Fisheries and Oceans Canada would not interfere with agreements between individuals, and the declaration of trust was considered to be one such agreement.

In *Thériault v. Corkum* [1993] N.S.J. No 144 (N.S.C.A.), two fishers had executed a trust agreement for the transfer of fishing licences. The matter went through an appeal process at the Department of Fisheries and Oceans Canada and made its way up to the Court of Appeal of Nova Scotia. The decision says that Fisheries and Oceans Canada was aware of the existence of these trusts, that they were not illegal *per se*, but that Fisheries and Oceans Canada was not bound by them and would not be influenced by these considerations for transfer purposes. The Fisheries and Oceans Canada regulations and policies in force at the time of *Thériault v. Corkum* were still the same at the material time in this case.

In order for a fishing licence to be transferred between two fishers notwithstanding the agreements between them, the licence holder must at all times comply with Fisheries and Oceans Canada's regulations and policies, and the purchaser of the fishing licence must also qualify to purchase the licence (new entrant). Fisheries and Oceans

> Canada would make the transfer notwithstanding the underlying agreement between the parties.
>
> In order to qualify and apply to purchase the licence at the material time, the fisher must be recognized as a commercial fisher in his or her community and have fished for at least 10 weeks in two of the last five years. After a transfer request is submitted, Fisheries and Oceans Canada considers whether the new entrant meets the residence criteria and, finally, whether there are any issues for investigation. It is a three-stage process.
>
> In practice, the prospective recipient had to apply as a new entrant to potentially be a party and join the core as a replacement for an existing enterprise with a fisher as core member.
>
> Mr. Jenkins gave his opinion after reviewing the Gaudets' record in the course of this trial, and it seemed clear to him that the Moncton administrative area and Tracadie-Sheila regional offices of Fisheries and Oceans Canada did not treat Mr. Gaudet's file fairly.
>
> Mr. Jenkins believes that Adam Gaudet presented Fisheries and Oceans Canada with enough evidence to demonstrate his qualifications as a new entrant and to have the licence transferred to him if Fisheries and Oceans Canada had indeed received a request.
>
> Mr. Jenkins also summarized the appeal process available to a party who has been denied qualification as a new entrant or a licence transfer by Fisheries and Oceans Canada. Although the power to transfer a licence is at the discretion of the Minister of Fisheries and Oceans, it appears that the Minister has to exercise that power fairly. Failing that, the aggrieved person may set the appeal process in motion. [paras. 124-138]
>
> [Emphasis added.]

[101] The trial judge then focused on the comparable case of Kenneth Gaudet and Gilles Hébert Jr. In that case, the licence holder (Gilles Hébert Jr.) cooperated with the purchaser (Kenneth Gaudet) in successfully challenging, through administrative appeal processes, the Department's refusal to approve the licence transfer. The trial judge found it is likely any similar challenge would have met with success in the case at hand:

> During this period involving Mr. Dugas and Mr. Gaudet, Fisheries and Oceans Canada was reviewing four other fishing licences that had been sold under the same circumstances. This review by Fisheries and Oceans Canada began with a complaint received from the Province of New Brunswick, which objected to fishing licences held by people from the Acadian Peninsula being transferred to fishers from Prince Edward Island […].
>
> Following this complaint, one might think that Fisheries and Oceans Canada undertook this review and these investigations with a view to preventing and even cancelling the sale of these licences.
>
> The matter of Gilles Hébert Jr., who was one of these crab fishing licence holders, involves a situation similar to the one in this case. Indeed, Kenneth Gaudet (no relation) wanted to purchase the fishing licence and, to that end, they agreed to execute the same documents as in this case. Fisheries and Oceans Canada sent Mr. Hébert review and investigation letters like the ones in this case.
>
> <u>However, this case differs from the case at bar in that the purchaser and vendor objected to the position taken by Fisheries and Oceans Canada and appealed the decision to the RLAC and then to the AFLAB. On December 7, 2006, the Honourable Loyola Hearn, then Minister of Fisheries and Oceans Canada, confirmed the reinstatement of Gilles Hébert Jr. as core enterprise, thereby allowing for the possibility of making a licence transfer request to the Minister of Fisheries and Oceans Canada for consideration. That licence was transferred.</u>
>
> <u>The same process could have been started with Cyrennus Dugas's cooperation, and the result most likely would have been the same.</u>
>
> <u>Mr. Gaudet was never able to exercise this right to appeal a Fisheries and Oceans Canada decision. Mr. Dugas never requested a transfer at the time. Instead, Mr. Dugas opted to terminate the agreement unilaterally.</u> [paras. 140-145]
>
> [Emphasis added.]

[102] I detect no palpable and overriding error in the trial judge's finding that, had the appellant cooperated in launching and prosecuting process-compliant challenges

to the Department's transfer-adverse decisions, the result would likely have been the same as in the Gilles Hébert Jr./Kenneth Gaudet case. After all, the Department's track record is one of openness to reversal and policy derogation where the case in favor of that outcome is made. I offer the following illustrations: (1) after Adam Gaudet appealed the decision to deny him "new entrant" status on the grounds of non-residency, the Department reversed course; (2) the Department issued snow crab licences to the appellant for two seasons when its policy provided for their issuance one season at a time; (3) it derogated from its policies by allowing a "temporary" licence to the appellant for 2001; and (4) it allowed a substitute operator for 2002 after initially warning the appellant it would not. Of course, the marquee reversal happened in the Gilles Hébert Jr./Kenneth Gaudet case.

[103] As the Court explained in *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones,* a finding on the issue of frustration is "predominantly one of fact", which stands to be reviewed on appeal by applying the "palpable and overriding error" standard (para. 31). See, to the same effect, *Craig Manufacturing Ltd. v. Davidson*, 2009 NBCA 42, 345 N.B.R. (2d) 359, per Deschênes J.A., for the Court, at para. 9, and *Wilmot v. Ulnooweg Development Group Inc.*, 2007 NSCA 49, [2007] N.S.J. No. 172 (QL), per Saunders J.A., for the Court. I find no palpable and overriding error in the trial judge's determination that the appellant's fault, which can be broadly defined as repeated failures to do all acts and things necessary to secure departmental approval for the licence transfer, precludes the application of the doctrine of frustration. It follows the trial judge's rejection of the defence of frustration must stand unless, as the appellant contends, binding judicial pronouncements dictate otherwise.

[104] The first precedent referenced by the appellant is *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones.* As can be gleaned from the foregoing discussion, I consider the facts in that case to be quite different from those found in the court below. In *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones*, the trial judge found: (1) the Department "categorically refused to issue a replacement licence […] to any other fisher, as long as the Trust Agreement remained [in force]" (para. 28);

(2) before that categorical refusal, the vendor had "fully cooperated" in seeking official approval of the subject licence's transfer; (3) over the course of 2002 and 2003, the vendor made *bona fide* attempts at convincing the Minister himself to allow the transfer, but to no avail; (4) the Department would not reverse course under any circumstances; and (5) "frustration occurred before [the vendor] could apply for re-issuance of the licence to [the purchaser] once the latter qualified as a new entrant" (para. 53). None of those findings are in play here. Moreover, the evidential record in *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones* did not feature Mr. Jenkins' expert opinion. Nor did it comprise evidence showing the Department had, when properly and formally challenged, approved a previously-rejected licence transfer in the comparable case of Gilles Hébert Jr. and Kenneth Gaudet. In my view, *Doucette and 508428 N.B. Limited, a body corporate v. Jones* and the doctrine of *stare decisis* did not obligate the judge to find frustration in the case at bar.

[105] The other case upon which the appellant relies for the proposition that the judge was bound to find in his favour on the issue of frustration is *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.* The *ratio decidendi* of our Court's decision emerges from the following excerpt of Bell J.A.'s reasons, and it has nothing to do with the doctrine of frustration. The Court simply held the Supreme Court of Canada's decision in *Saulnier* did not have retrospective application:

> In concluding the *Saulnier* decision had retrospective effect, which would permit him to conclude the fishing licences constitute unrealized property of the bankrupt, the motion judge observed:
>
> > After an exhaustive review of the case law on the subject matter, Hall, J. in *Caines* came to the conclusion that the *Saulnier* decision has a retrospective effect in that it constitutes clarification and a clear statement of the rule of law that applies to a situation of this nature. This Court agrees and the same principles would apply to the case at bar. [para. 40]

In the course of his analysis, the motion judge cited both *Caines* and *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473. The facts in *Caines* are distinguishable from those in the present case. Significantly, in *Caines*, the trustee had not been discharged at the time the motion for reappointment was made. A careful reading of *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* reveals the very limited retrospective effect accorded to developments in the common law. Those developments are binding in the case under consideration, cases in which proceedings have commenced but have not yet terminated, and, of course, cases whose facts arise subsequent to the decision. Major J. stated as follows:

> It might also be observed that developments in the common law have always had retroactive and retrospective effect. Lord Nicholls recently explained this point in *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41, at para. 7:
>
>> A court ruling which changes the law from what it was previously thought to be operates retrospectively as well as prospectively. The ruling will have a retrospective effect so far as the parties to the particular dispute are concerned, as occurred with the manufacturer of the ginger beer in *Donoghue v Stevenson* [1932] A.C. 562. When Mr Stevenson manufactured and bottled and sold his ginger beer the law on manufacturers' liability as generally understood may have been as stated by the majority of the Second Division of the Court of Session and the minority of their Lordships in that case. But in the claim Mrs Donoghue brought against Mr Stevenson his legal obligations fell to be decided in accordance with Lord Atkin's famous statements. Further, because of the doctrine of precedent the same would be true of everyone else whose case thereafter came before a court. Their rights and obligations would be decided according to the law as enunciated by the majority of the House of Lords in that case even though the relevant

> events occurred before that decision was given.
>
> This observation adds further weight, if needed, to the view that retrospectivity and retroactivity do not generally engage constitutional concerns. […] [para. 72]
>
> I am of the view that in this case, the governing law was the law as it existed in New Brunswick at the time the trustee was discharged. The *lis* between Mr. Dugas and the trustee had long been resolved at the time the *Saulnier* decision was rendered. Although the trustee and the Gaudets appear not to have been satisfied with the result, neither party appealed the Registrar's decision to discharge Mr. Dugas.
>
> If one were to accept the retrospective approach to the law as adopted by the motion judge, every time the Supreme Court of Canada speaks in a way that changes some aspect of the law, cases long decided would be subject to being revisited. Parties to those cases which have been concluded should not live in fear that rights already adjudicated upon may be altered by subsequent court decisions. [paras. 22-25]

[106] Admittedly, the Court did make statements touching upon allegations of fact that were disputed in the underlying litigation and which, if binding on the trial judge, would fuel the case for reversal on the issue of frustration. However, Bell J.A. made those statements because of what he perceived were unfair attacks on the appellant's good character. Our former colleague was careful to describe those statements, which were made on the basis of affidavit evidence, as "observations", avoiding the label of "findings". He likely did so because experience teaches us that affidavits untested by cross-examination occasionally tell a story that will not withstand scrutiny at trial, and that is precisely what happened here. The affidavit-based tentative perception of the appellant as a party who had done his honest best to honor his contractual and fiduciary obligations crumbled at trial. So did the image of the appellant as a well-intentioned debtor who was forced into bankruptcy by an inability to raise the funds needed to pay off his settlement/judgment debt.

[107] At any rate, the observations in question are not essential to the reasoning that undergirds the decision's *ratio decidendi*, which, as noted, was simply that *Saulnier* did not have retrospective application. That point was subsequently made in *Dugas v. Gaudet et al.*, 2014 NBCA 7, 416 N.B.R. (2d) 389, where the Court described those observations as "incidental remarks" made "in passing" (para. 2). In my view, *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.* and the doctrine of *stare decisis* did not compel the judge to find the contract between the parties had been frustrated.

C. *Did the trial judge commit reversible error in setting aside the Consent Judgment?*

[108] I begin by reiterating the parties' respective positions on this topic.

[109] The respondents submit the Consent Judgment is invalid for two reasons: (1) it was obtained by the appellant's dishonest and false representation that he would pay in full the judgment debt of $2,100,000, and not just $50,000; and (2) in any event, full payment of the debt arising from the Consent Judgment was a condition precedent to its legal efficacy. Once the deadline of September 23, 2002 passed without full payment of the settlement/judgment debt, the Consent Judgment ceased to be legally effective and, as a consequence, all fiduciary obligations owed to the beneficial owners of licence #23622, Adam Gaudet and 508571 N.B. Ltd., survived and continued unabated through the bankruptcy proceedings initiated by the appellant, and until the judgment in the court below.

[110] As for the appellant, it was his testimony, which the trial judge disbelieved, that he honestly intended to pay the settlement/judgment debt, but was unable to do so. He contends that, in any event, the legal efficacy of Clause 5 of the Consent Judgment is not conditional upon satisfaction of that debt. Upon the Consent Judgment's execution, Clause 5 operated to extinguish his fiduciary and contractual obligations and restore his unqualified ownership of licence #23622.

[111] For convenience sake, I reproduce the text of the August 23, 2002 Consent Judgment:

> WHEREAS the Plaintiffs filed a Statement of Claim in the Court of Queen's Bench of New Brunswick, Trial Division, Judicial District of Bathurst, Province of New Brunswick, under Number B/C/69/02; (The "action") and the defendant has filed a defence and counterclaim to the said action.
>
> WHEREAS the defendant recognizes his obligation to indemnify the Plaintiffs at the fixed and agreed amount of TWO MILLION ONE HUNDRED THOUSAND ($2,100,000.00) CDA dollars.
>
> WHEREAS all parties now agree to settle all outstanding issues of this action;
>
> THEREFORE it is hereby agreed and consented that the within action be settled upon the following terms;
>
> 1. The defendant, Cyrenus Dugas, shall pay the Plaintiffs the amount of TWO MILLION ONE HUNDRED THOUSAND ($2,100,000.00) CDA dollars, as damages, within Thirty (30) days of the signing of this consent judgment of which FIFTY THOUSAND ($50,000.00) CDA dollars shall be paid by the defendant upon the signing by the parties of this consent judgment;
>
> 2. Upon receiving the payment mentioned in paragraph 1, the Plaintiffs agree to deliver immediately to the defendant the vessel EMY SERGE D. at the Shippagan Harbor, Province of New Brunswick in a good and seaworthy condition. The said vessel shall be free and clear of all encumbrances;
>
> 3. It is further agreed that the defendant will release and discharge all encumbrances it currently holds against the plaintiff's assets and properties simultaneously with compliance by the plaintiffs of the obligation as stated herein;
>
> 4. Each [party] shall be responsible for their own costs;

> 5. This consent judgment permanently resolves and settles all outstanding matters between the parties.

[112] I respectfully agree with the respondents: the legal efficacy of Clause 5 is contingent upon the appellant complying with his payment obligations under Clause 1. Both the professed intention of the parties to the Consent Judgment and its wording tip the scales against the appellant.

[113] I say "professed" intention because the trial judge found the respondents were induced to sign the Consent Judgment by the appellant's deliberate misrepresentation of his true intent. While representing to the respondents he would honour his undertaking to pay the settlement/judgment debt in full, his true intent was to avoid payment of the balance of $2,050,000 while regaining full beneficial ownership of licence #23622.

[114] The trial judge found the settlement negotiations were meant [TRANSLATION] "[…] to return the parties to their original position and to reflect circumstances that had changed with the increase in the value of the fishing licence" (para. 194). A mere judgment for the sum of $2,100,000 would not [TRANSLATION] "return the parties to their original position"; that rewinding of the tape could only be achieved by the payment of $2,100,000. Moreover, the wording of the Consent Judgment reflects the parties' stated intention, as defined by the trial judge.

[115] Indeed, in the second "whereas" clause, the appellant expressly recognizes "his obligation to indemnify the plaintiffs at the fixed and agreed amount of […] **($2,100,000)**". The obligation is "to indemnify". Absent payment, there is no indemnification.

[116] As well, the Consent Judgment provides "the within action be settled upon the following terms". The settlement implicates all of the Consent Judgment's terms. The very first term is the <u>payment</u> of $2,100,000. It follows logically that, without the payment of that sum in full, the action is not settled, the Consent Judgment is negated

and, correlatively, the issues of the beneficial ownership of licence #23622 and the appellant's liability for breach of contract and trust have not been legally determined.

[117] Finally, Clause 1 prescribes a deadline of 30 days for the payment of the last installment ($2,050,000). If payment of that sum was not a condition precedent to the legal efficacy of the Consent Judgment, the deadline would be meaningless.

[118] The appellant contends those indicators of Clause 5 being conditional upon payment of $2,100,000 are overwhelmed by the parties' agreement to change Clause 2 to explicitly provide the retransfer of the Emy Serge D. was contingent upon "receiving" the payment mentioned in Clause 1. The appellant points to the fact that no such alteration was made to Clause 5, which remained in its original state: "This consent judgment permanently resolves and settles all outstanding matters between the parties". I respectfully disagree.

[119] Under Clause 5, it is the Consent judgment as a whole that operates to resolve and settle all outstanding matters between the parties. That Consent Judgment commands indemnification of the respondents through the payment prescribed by Clause 1. In other words, there can be no settlement or resolution without the respondents being indemnified in accordance with Clause 1.

[120] Having regard to the parties' professed intention, as defined by the trial judge, and the numerous features of the Consent Judgment that are disharmonious with the appellant's interpretation, I conclude Clause 5 means the appellant's full and timely compliance with Clause 1 is a condition precedent to the Consent Judgment's legal efficacy. Accordingly, the Consent Judgment ceased to be legally effective on September 23, 2002, when the appellant failed to pay the sum of $2,050,000. It follows that the Consent Judgment does not give rise to the doctrine of cause of action estoppel. That said, the trial judge found the Consent Judgment was void *ab initio* for another reason.

[121] Fraud unravels all judgments, whether by consent or otherwise. The trial judge did not make an express finding of fraud on the part of the appellant. Perhaps he did so implicitly.

[122] In any event, misconduct short of fraud, such as deliberate misrepresentations in relation to performance of a fundamental term, may be a sufficient basis for nullification where, as here, the judgment on consent merely reflects the parties' settlement of a dispute without any judicial determination of its fairness and reasonableness.

[123] In the trial judge's opinion, the appellant obtained the respondents' agreement to the settlement and the Consent Judgment through dishonesty in the form of a deliberate misrepresentation of his intentions regarding payment of the sum due under Clause 1. Specifically, it was the judge's finding that the appellant's pre-settlement representations were designed to lead the respondents to believe he would pay the full sum of $2,100,000, as agreed. All the while, the appellant intended the opposite and had devised a plan to avoid payment:

> [TRANSLATION]
> As soon as Mr. Dugas terminated the original contract, he was in breach of his fiduciary duties. Left with no other alternative, the Gaudets immediately filed an action to compel Mr. Dugas to fulfill them.
>
> [...]
>
> In order to reach a settlement, the Gaudets had to be able to expect at the very least that Mr. Dugas would not be dishonest in his performance of any contract he might make.
>
> The Court is satisfied on the evidence that Mr. Dugas did not act honestly and that he never intended to perform the contract and to pay the Gaudets over $2 million on September 23, 2002, as agreed.
>
> Mr. Dugas's goal was to recover the fishing licence that he had disposed of a few years earlier in order to profit from the considerable increase in its market value. Worse still is

depriving the Gaudets of all the benefits of the property held in trust. [Me Jacques] Cormier explained that he did not want an examination for discovery and that he wanted an agreement at all costs. The plan had been made.

Mr. Cormier tried to claim that he had closed his file after the agreement was made in order to explain his inaction with respect to performing the agreement on September 23, 2002. Where the Gaudets are concerned, if plans had already been made not to meet these commitments, then it was quite logical to close the file as Mr. Cormier attests. Nevertheless, under instructions from Cyrennus Dugas and Émérentienne Dugas, Mr. Cormier immediately turned his attention to asking Mr. Roux to submit the Consent Order to Fisheries and Oceans Canada on August 28, 2002.

Financing for repayment of the debt having been confirmed by Canadian Ocean Products Ltd. on September 10, 2002, the matter could in all likelihood have been settled as planned. But it was not. Not only did the Dugases fail to inform the Gaudets of the loan, they preferred to ask that the deadline be extended on the pretext that Mr. Dugas was sick and therefore could not deal with the matter. Fisheries and Oceans Canada's response would be the key to what happened next.

As soon as Cyrennus Dugas understood that the fishing licence would be sorted out again, he commenced proceedings under the *Bankruptcy and Insolvency Act* in order to legally release himself from his contractual duties under the agreement with the parties, when the financing to close the matter was available. Mr. Dugas knew that at that point the fishing licence, which was the only asset in his name, could not be seized.

Randolph Jones, trustee, was the first to be suspicious of this gambit when he met with Cyrennus and Émérentienne Dugas to discuss his plans to declare bankruptcy. Mr. Jones not only questioned the short period of time between the execution of the judgment and the meeting with Mr. Dugas where he learned of his intentions, he categorically refused to act as trustee. Mr. and Mrs. Dugas told him that they would go elsewhere.

Finally, Brigitte Sivret, who took over the bankruptcy file, clearly stated that she never considered negotiating the debt

repayment with the Gaudets because [TRANSLATION] "no one could make them a better offer than the agreement he could potentially negotiate with the trustee" and be forever released from that debt under the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

Mr. Dugas was unequivocal when questioned about the potential seizure of the fishing licence in case of bankruptcy. He submitted that if his actions in making an assignment in bankruptcy were going to jeopardize the licence, he never would have begun the process. At the material time, and prior to the Supreme Court of Canada's decision in *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, [2008] 3 S.C.R. 166, he believed that fishing licences were exempt from seizure.

The Gaudets were entitled to expect Mr. Dugas to meet a minimum standard of honesty in the performance of the 2002 agreement, i.e., to obtain financing and close the deal.

Under circumstances that appeared advantageous in light of the events, Mr. Dugas negotiated an agreement after breaching his fiduciary duties, but did not live up to a minimum standard of honesty. Not only did he retain the benefits of the licence, but he never had to pay any consideration as agreed between the parties, although he was in a position to do so. It should be noted under the circumstances that Mr. Dugas breached the duty of honest performance that flows from the duty to act in good faith in contract.

<u>Had it not been for Mr. Dugas's dishonesty in obtaining the [settlement] agreement</u>, the Gaudets still would have had the option of retaining and benefiting from the fishing licence that Mr. Dugas still held in trust. Under the circumstances, the Court believes that this is a special case where setting aside the agreement is warranted.

Mr. Dugas claims that it is more than a simple agreement, it is a Consent Order executed by a competent court and is, therefore, a final ruling in the matter. He also submits that this action is precluded by the doctrine of *res judicata* insofar as the cause of action and issues raised by the plaintiffs in this case have already been addressed in a consent judgment issued in earlier proceedings.

> Abella J. discussed a consent order, and the setting aside thereof, in *Rick v. Brandsema*, [2009] 1 S.C.R. 295 […]:
>
> > [64] This makes it unnecessary to deal with the effect of the consent order since, as Osborne J.A. observed in *McCowan v. McCowan* (1995), 1995 CanLII 1085 (ON CA), 14 R.F.L. (4th) 325 (Ont. C.A.), at para. 19, "it is well established that a consent judgment may be set aside on the same grounds as the agreement giving rise to the judgment". This approach was explained by James G. McLeod as follows:
> >
> > > This rule reflects the reality that a consent judgment is not a judicial determination on the merits of a case but only an agreement elevated to an order on consent. The basis for the order is the parties' agreement, not a judge's determination of what is fair and reasonable in the circumstances. [paras. 193 and 195-208]

[124] Ultimately, the trial judge found [TRANSLATION] "justice […] requires" setting aside the Consent Judgment and declaring it void *ab initio*. Given the finding that the underlying settlement was the product of the appellant's dishonest misrepresentation in respect of a fundamental term, I would have been inclined to confirm the trial judge's nullification of the Consent Judgment *ab initio*, had it been necessary. In my view, however, justice can be served by simply finding the Consent Judgment was conditional upon payment of the full sum due under Clause 1 and that its legal efficacy ceased on September 23, 2002, the deadline for making the second instalment ($2,050,000) under that Clause.

D. *Did the doctrine of issue estoppel compel dismissal of the action given the Registrar's observations in Dugas (Re) and those of this Court in Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.?*

[125] In *Dugas (Re)*, the Registrar in Bankruptcy ordered the appellant's discharge, which was suspended for one year, specifically until May 5, 2005.

Importantly, the discharge was based on proceedings-specific findings and subject to conditions that reflected the Registrar's treatment of licence #23622 as a generator of income:

> This case must be decided by balancing the liabilities with the earning potential of the Bankrupt. The fishing licence is not in and of itself property of the Bankrupt which is subject to seizure by or surrender to the Trustee for sale. The Federal Government retains ownership of the licences granted and an absolute discretion, when properly exercised, in the renewal by the incumbent holder or his transfer to another individual. This, however, does not remove the licence from the court's consideration. The exploitation of the licence permits the earning of a substantial revenue and its transfer, when authorized by the DFO, can be negotiated for a significant payment. To give effect to the objectives of the *Act*, these circumstances must be considered when establishing conditions for discharge.
>
> […]
>
> Although ultimate control of the licence rests with the Federal Government such that it cannot be assigned and resold at will, it would be frivolous to suggest that the Bankrupt has no legal or equitable right to the benefits conferred by this permit, as long as he is exploiting it in accordance with DFO policies. [Parliament] has granted a right that is not exclusive to an individual but to a group of persons, fishers in the administrative zone, who are entitled to have that right assigned. The possibility of assignment results in competition and consequent commercial value that could be realized as income by the holder upon its devise. To hold that such income should be withheld from the estate and not inure to the benefit of creditors would be contrary to the principles of the bankruptcy legislation.
>
> […]
>
> The discharge of the Bankrupt will be granted but its operation shall be suspended until the 5th day of May 2005 and shall be subject to his completion of the following conditions. During this period the Bankrupt shall file a complete and accurate financial statement for each month of the bankruptcy both precedent and subsequent to this decision and shall fully cooperate with the Trustee, whose

> rights under the *Act* remain undiminished, in any administrative and judicial procedures undertaken to ascertain the financial situation of the Bankrupt and recover assets to which the Estate is entitled. The Bankrupt shall tender payments on any surplus income received from the date of the assignment until May 5, 2005 in accordance with the Superintendent's Directive. Should the Bankrupt choose during this period to assign his rights to licence #23622 in an arm's length transaction, 30% of the consideration tendered shall be deemed to be income for purposes of calculating payments. Should the Bankrupt choose to assign his rights to licence #23622 in a non-arm's length transaction, 70% of a deemed fair market value shall be considered to be income for the purposes of calculating payments. [paras. 23, 26 and 35]
>
> [Emphasis added.]

[126] The Registrar did not purport to make any factual determinations that would bind the Court of Queen's Bench in ongoing or subsequent litigation between the parties. Indeed, he cautioned that "facts here found are accepted solely for the purposes of this discharge hearing and shall not bind the Court on subsequent applications" (para. 1). Thus, the trial judge was not bound by the Registrar's observation that the bankruptcy was prompted by the appellant's "inability" (as opposed to a refusal) to pay the settlement/judgment debt.

[127] Nor was the trial judge's decision-making hamstrung by the Registrar's suggestion the appellant had some sort of interest in licence #23622. In opining as he did, the Registrar was merely recognizing a few undeniable facts: licence #23622 was issued in the appellant's name; he held himself out as its beneficial owner; he gained significant income through harvesting snow crab under the licence's authority; and he might generate a lot more "income" if he disposed of the licence. As posited, the appellant could only have a proprietary right in the crab harvested under licence #23622 and any resulting earnings if Clause 5 of the Consent Judgment unraveled the sale of that licence and freed him of his fiduciary obligations under the Declaration of Trust and Indemnity. The Registrar made no such determination and the bankruptcy proceedings left unresolved the issue of beneficial ownership of licence #23622.

[128] As for *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.*, it has no bearing on the outcome of these proceedings, the Court having done no more than reverse a decision to re-appoint PricewaterhouseCoopers as Trustee of the appellant's estate for *BIA* purposes. The motion giving rise to the appeal in that case had been made and allowed on the basis that the Supreme Court's decision in *Saulnier* had retroactive effect and caused licences in the appellant's name to fall within the ambit of unrealized "assets" under s. 41(11) of the *BIA*. While the Court did make factual observations that, if binding on the trial judge, would oxygenate the otherwise moribund case for reversal, the observations in question were not cornerstones of the decision's *ratio decidendi*, which, I repeat, was simply that *Saulnier* did not have retrospective application. It is axiomatic that *obiter dicta* may not create an estoppel (see Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2015) at p. 55).

E. *Did the trial judge misapply s. 178(1)(d) of the BIA?*

[129] Likewise, this Court's *obiter dicta* in *Dugas v. PricewaterhouseCoopers Inc. and Gaudet et al.*, was not the linchpin for the doctrine of issue estoppel in connection with s. 178(1)(d) of the *BIA*. That provision reads as follows:

178(1). An order of discharge does not release the bankrupt from	178 (1) Une ordonnance de libération ne libère pas le failli :
(d) any debt or liability arising out of fraud, embezzlement, misappropriation or defalcation while acting in a fiduciary capacity or, in the Province of Quebec, as a trustee or administrator of the property of others[.]	d) de toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors qu'il agissait, dans la province de Québec, à titre de fiduciaire ou d'administrateur du bien d'autrui ou, dans les autres provinces, à titre de fiduciaire[.]

[130] For s. 178(1)(d) to apply, the respondents had to show the appellant was acting in a fiduciary capacity when he misappropriated licence #23622 and its benefits, and that there was "some improper dealing with [the licence] and some element of moral turpitude in the sense of dishonesty, wrongdoing or misconduct" (see Lloyd W. Houlden,

Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra, *The 2015-2016 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, (Toronto: Thomson Reuters, 2015) at p. 900). The law on point is succinctly set out in Roderick J. Wood, *Bankruptcy & Insolvency Law*, 2d ed. (Toronto: Irwin Law Inc., 2015):

> The fifth category of non-dischargeable claims covers claims arising out of fraud, embezzlement, misappropriation, or defalcation while acting in a fiduciary capacity. The requirement that the debtor act in a fiduciary capacity applies to all the types of conduct listed in the provision. Fiduciary relationships are ones in which a person must act with loyalty and in good faith for the interests of another. Fiduciary relationships are not restricted to the classic categories, such as between a trustee and a beneficiary or between a corporation and its directors and officers. They may also arise outside the established categories when there is a "mutual understanding that one party has relinquished its own self-interest and agreed to act solely on behalf of the other party".
>
> […]
>
> A breach of fiduciary relationship alone is not sufficient to fall within the category of claim. There must also be an act of fraud, embezzlement, misappropriation, or defalcation on the part of the debtor. Some courts have held that a defalcation might occur simply from a failure to account when called upon to do so. Other courts have held that the association of those terms with fraud and embezzlement indicates that there must be an element of dishonesty. This latter view better accords with the fresh start policy of bankruptcy law. A breach of fiduciary obligation can occur without any intentional wrongdoing, and there is little justification for making these types of claims non-dischargeable in the absence of moral misconduct on the part of the debtor. [pp. 316-317]
>
> [Emphasis added.]

[131] Bearing in mind the observations in *Garlicki (Bankrupt), Re*, 2010 MBCA 73, [2010] M.J. No. 230 (QL), specifically paragraphs 31-33, 38-39, 42, 48, 73 and 77,

which he reproduced in his reasons for decision, the trial judge made the following findings:

> [TRANSLATION]
> The Court is of the view that in this case Mr. Dugas, as trustee, had the ability to exercise discretion and the duty to cooperate in the transfer of the licence to Mr. Gaudet within the legal framework of the trust. In performing his duties, Mr. Dugas could challenge Fisheries and Oceans Canada's decisions in order to protect Mr. Gaudet's interests, and had a duty to do so. Finally, the beneficiaries under the trust were at the mercy of Mr. Dugas, who as licence holder had the power in relation to Fisheries and Oceans Canada and obviously refused to exercise it. The evidence also clearly shows that Mr. Dugas did not give any consideration to his fiduciary duties on and after January 31, 2002.
>
> Contrary to Mr. Dugas's claim, the Gaudets were not at the mercy of Fisheries and Oceans Canada, but only of Mr. Dugas as he held the licence in trust. He had a duty to make every effort to give effect to his obligations as agreed in the Declaration of Trust.
>
> […]
>
> Mr. Dugas submits that the provisions of s. 178(1)(*d*) of the [*BIA*] do not apply in this case. In support of this position, he cites the decision of Registrar Michael J. Bray in *A.L. Gillison Ltd. v. Ladds*[, 2010 NBQB 17, 353 N.B.R. (2d) 281], in which it was alleged that the bankrupt held, under an involuntary trust, a sum of money that he had been paid for a repair, which he had failed to remit to the contractor. First of all, the Registrar found in his decision that there was no involuntary trust or misappropriation. This decision has no impact on the case at bar.
>
> […]
>
> In this case, there is evidence that at the time of the bankruptcy in the fall of 2002, Mr. Dugas was still trustee […]

Moreover, the facts clearly reveal that the sole purpose of the proceedings Mr. Dugas commenced under the [*BIA*] was to deprive the Gaudets of the benefits negotiated and agreed at the time of the consent order. He thereby sought to deny the Gaudets the benefits of the licence held in trust, which he had sold and for which he had received payment, and of the Consent [Judgment] by refusing to perform the contract by paying the promised amounts.

[…]

In this case, there is no doubt that Mr. Dugas knew about the trust and exercised some discretion. He could exercise this discretion unilaterally and thereby affect the Gaudets' legal and financial interests, and the Gaudets were peculiarly vulnerable and at Mr. Dugas's mercy.

Mr. Dugas undoubtedly misappropriated the fishing licence, the Gaudets' property, for and in his own personal interests. Although the motives or reasons for his bankruptcy are not relevant for the purposes of s. 178(1)(*d*), the issue is whether he is a trustee, i.e., in a position to exercise some control over the trust property.

Mr. Dugas's refusal to go to Fisheries and Oceans Canada between September and December 2000 when Adam Gaudet asked him to do so in order to sign the request, when Fisheries and Oceans Canada had recognized Adam Gaudet as a new entrant, was deliberate and wilful. This conduct constitutes a deliberate breach of trust and an intentional refusal to do as provided in the Declaration of Trust. His failure to attend to execute the documents for the transfer request was not without consequences or caused by any inadvertence, negligence or mistake. His conduct was simply wrongful and deliberate.

Mr. Dugas could not have been clearer about his intention to keep the fishing licence at the time of his bankruptcy and could give no logical and/or reasonable explanation for failing to comply with the terms of the agreement of August 22, 2002, especially as he had the opportunity to do so thanks to the loan that Canadian Ocean Products Ltd. was prepared to grant him so that he could fulfill his obligations. It is clear that he considered his personal interests first, before those of the beneficiaries under the

> trust. It would be difficult to find that Mr. Dugas showed good faith.
>
> It goes without saying that, pursuant to s. 178(1)(*d*) of the [*BIA*], Mr. Dugas was not released from his fiduciary duties. [paras. 218-219, 221, 223-224 and 229-233]

[132] The respondents adduced cogent evidence to establish, and the trial judge found the appellant was acting in a fiduciary capacity when he misappropriated licence #23622 and its benefits, and that he did so dishonestly. The misappropriation was not the result of an innocent mistake; the appellant knowingly sacrificed the financial interests of the beneficiaries under the Declaration of Trust at the altar of his own personal wealth.

[133] I unhesitatingly agree that s. 178(1)(d) of the *BIA* has application here. In the result, the Registrar's order of discharge did not release the appellant from liability arising out of his misappropriation of licence #23622 and the earnings generated under its authority.

IV. Conclusion

[134] It is for the foregoing reasons that I joined my panel colleagues in dismissing the appeal on April 14, 2016. I would wrap up the proceedings by ordering the appellant pay one set of costs in the amount of $50,213.20, being 40% of the costs awarded at trial (see Note (1) at the bottom of Tariff A in Rule 59 of the *Rules of Court*).

Version française de la décision de la Cour rendue par

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

I. Introduction et aperçu

[1] Dans sa dimension pratique, le litige sous-jacent concerne tout au plus les droits et obligations des parties relativement à un permis de pêche du crabe habituellement délivré d'une année sur l'autre, mais invariablement renouvelé par le ministère des Pêches et des Océans. Avec un peu de recul, toutefois, on constate que l'affaire nous enseigne une fort précieuse leçon : avec une détermination et une persévérance inébranlables, une partie lésée peut venir à bout d'erreurs de calcul stratégiques, de mécomptes procéduraux, de remarques incidentes défavorables faites dans des instances parallèles, de la malhonnêteté de la partie adverse et de moyens de défense étrangers au fond de la cause et finir par obtenir justice lors de l'épreuve décisive, le procès.

[2] Le différend qui oppose les parties trouve son origine dans des conventions passées il y a plus d'une décennie et demie. Les conventions en question avaient pour objet de dessaisir l'appelant et son épouse, tous deux domiciliés dans la péninsule acadienne, dans le Nord-Est du Nouveau-Brunswick, de leur intérêt bénéficiaire dans les principaux éléments d'actif de leur entreprise de pêche commerciale, lesquels comprenaient le permis de pêche du crabe n° 23622. Chose importante, la convention d'achat-vente de ce permis obligeait l'appelant à [TRADUCTION] « accomplir tous les autres actes et choses qui seront nécessaires pour donner effet » aux conditions de la convention. Une de ces conditions consistait en une garantie donnée par l'appelant et portant que le permis était [TRADUCTION] « transférable » à l'acheteuse désignée, 508571 N.B. Ltd., ou son ayant droit. Il s'ensuivait que l'appelant était tenu de faire tout ce qui était nécessaire pour obtenir l'approbation par le ministère du transfert nominal du permis en faveur de l'ayant droit de l'acheteuse, l'intimé Adam Gaudet. Toutefois, avant que le transfert en question puisse être envisagé, et à plus forte raison

approuvé par le ministère, l'appelant devait déposer une demande de transfert par écrit. En attendant l'approbation de cette demande, l'appelant détiendrait le permis en fiducie pour le compte de ses propriétaires bénéficiaires, M. Gaudet et 508571 N.B. Ltd.

[3] À cette fin, le 29 janvier 1999, l'appelant a signé une déclaration de fiducie et de garantie confirmant explicitement que Adam Gaudet et 508571 N.B. Ltd. avaient acheté le permis n° 23622 et en étaient les véritables propriétaires. L'appelant a également reconnu qu'il n'avait aucun [TRADUCTION] « droit de propriété » sur le permis et que celui-ci était détenu à son nom à seules fins de [TRADUCTION] « conformité avec les règlements du ministère des Pêches et des Océans en matière de détention des permis de pêche et pour aucune autre raison ». Les obligations contractuelles et fiduciales de l'appelant après la clôture n'étaient pas limitées dans le temps et aucune des conventions intervenues entre les parties ne prévoit la réversion à l'appelant de la propriété bénéficiaire du permis n° 23622 pour le cas où le ministère refuserait d'approuver Adam Gaudet comme titulaire du permis.

[4] Les intimés se sont acquittés, en temps voulu, de leurs obligations contractuelles, y compris le versement, financé en partie, de la somme de 1 400 000 $, soit le prix convenu pour l'entreprise de pêche, dont plus de 500 000 $ en paiement de la valeur marchande du permis n° 23622. Au cours des trois années suivantes, et comme convenu, l'appelant a continué à détenir le permis n° 23622 à son nom et à agir comme capitaine du bateau (lorsque sa santé le lui permettait), mais tous les revenus tirés de la récolte du crabe des neiges en vertu du permis étaient acheminés, que ce soit directement ou indirectement, à ses propriétaires bénéficiaires.

[5] À la fin de l'été 2000, le ministère a fixé au 31 décembre 2000 la date limite pour déposer, par écrit, la demande de transfert du permis n° 23622 qui était requise. À ce moment-là, Adam Gaudet avait déménagé de l'Île-du-Prince-Édouard au Nouveau-Brunswick dans le but de satisfaire aux exigences du ministère en matière de résidence et la valeur du permis n° 23622 s'était considérablement accrue. Quoi qu'il en soit, l'appelant, contrevenant ainsi à son covenant [TRADUCTION] d'« accomplir tous

les […] actes et choses qui seront nécessaires » pour obtenir le transfert du permis au nom d'Adam Gaudet, a refusé de déposer la demande de transfert dans le délai prescrit. Lorsqu'il a finalement présenté une demande de transfert en février 2001, le ministère a refusé d'y donner suite, estimant qu'elle n'avait pas été déposée dans le délai imparti.

[6] Au début de 2002, l'appelant a « résilié » l'arrangement passé avec les intimés, acte qu'il a prétendu justifier en invoquant l'impossibilité de faire transférer le permis et le risque qu'il soit annulé par le ministère si les parties persistaient dans leurs tentatives en vue de son transfert. Pour que la chose soit bien claire, l'appelant n'a pas simplement refusé de faire une tentative en ce sens, il s'est approprié le permis n° 23622 comme étant le sien.

[7] Les intimés ont contesté la résiliation unilatérale par l'appelant de ses obligations fiduciales et contractuelles. Ils ont engagé devant la Cour du Banc de la Reine une action dans laquelle ils ont invoqué la violation de ces obligations et ont notamment demandé leur exécution en nature, un jugement déclaratoire portant que le permis n° 23622 était détenu en fiducie conformément à une déclaration de fiducie et de garantie et, subsidiairement, des dommages-intérêts, y compris la valeur marchande du permis. Dans l'exposé de sa défense, l'appelant a invoqué plusieurs moyens de défense, dont l'inexécutabilité pour le motif qu'il n'avait pas pu obtenir du ministère qu'il approuve M. Gaudet comme titulaire du permis bien qu'il s'y soit employé de son mieux. Il s'ensuivait qu'il n'était plus tenu [TRADUCTION] d'« accomplir tous les […] actes et choses qui seront nécessaires » pour obtenir le transfert du permis.

[8] En août 2002, la veille de l'interrogatoire préalable, les parties sont parvenues à un règlement amiable qui réglait [TRADUCTION] « l'ensemble des questions en litige » dans l'action. Les parties et un juge de la Cour du Banc de la Reine ont signé un jugement par consentement, et ce, de l'aveu de tous, sans avoir eu l'avantage d'une preuve à l'appui. Étant donné le rôle central que joue ce document dans le litige et dans son règlement, il peut se révéler utile, afin de jeter de la lumière sur le litige, de faire dès maintenant état de deux de ses dispositions clefs. La première obligeait l'appelant à

verser immédiatement la somme de 50 000 $ et à faire un paiement supplémentaire de 2 050 000 $ dans un délai de trente jours. La deuxième disait simplement ceci : [TRADUCTION] « Le présent jugement par consentement tranche et résout d'une façon définitive toutes les questions qui opposent les parties ». L'appelant n'a pas versé les 2 050 000 $, choisissant plutôt de faire une cession de faillite, à la suite de laquelle il a pêché le crabe des neiges en conformité avec le permis n° 23622 et s'est approprié les prises ainsi que le produit de leur vente comme s'il en était le propriétaire.

[9] Les intimés ont répliqué en engageant l'action sous-jacente, dans laquelle ils ont sollicité une ordonnance annulant le jugement par consentement et demandé la mesure réparatoire sollicitée dans l'instance précédente. Au procès, leur preuve reposait sur la proposition voulant que le jugement par consentement fût dénué de toute validité juridique pour deux raisons. Premièrement, il était nul *ab initio*, puisqu'il avait essentiellement été obtenu au moyen d'une fraude, savoir plus précisément l'assertion fausse et malhonnête de l'appelant selon laquelle il paierait intégralement la dette de 2 100 000 $ constatée par le jugement, et pas seulement la somme de 50 000 $. Deuxièmement, et quoi qu'il en soit, le paiement intégral de la dette découlant du jugement par consentement était une condition préalable à sa validité juridique. Les intimés ont fait valoir que le jugement par consentement avait cessé d'être valide sur le plan juridique tout au plus trente jours après sa signature, savoir le délai imparti pour le paiement du solde exigible (2 050 000 $). Au final, l'ensemble des obligations fiduciales dont l'appelant était tenu envers les propriétaires bénéficiaires du permis n° 23622, savoir Adam Gaudet et 508571 N.B. Ltd., ont été maintenues et ces obligations sont demeurées intactes à l'issue de la procédure de faillite qu'il avait engagée.

[10] L'appelant, quant à lui, a témoigné qu'il avait réellement eu l'intention de payer la dette constatée par le règlement amiable et le jugement, mais avait été incapable de le faire. Il a prétendu que, de toute façon, la validité juridique de la dernière disposition du jugement par consentement ([TRADUCTION] « [l]e présent jugement par consentement tranche et résout d'une façon définitive toutes les questions qui opposent les parties ») n'est pas tributaire du remboursement de cette dette; au moment de la

passation du jugement par consentement, cette disposition à portée générale aurait éteint l'ensemble des obligations fiduciaires et contractuelles et l'aurait rétabli comme propriétaire bénéficiaire exclusif du permis n° 23622. Il n'importe absolument pas, selon l'appelant, que la dette judiciaire demeurât impayée après sa cession de faillite subséquente et sa libération absolue sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3. L'appelant a également formulé les prétentions suivantes : (1) le contrat prévoyant la vente du permis n° 23622 était inexécutoire parce que le ministère avait rendu impossible l'exécution de ses obligations; et (2) la doctrine de la chose jugée interdisait qu'il fût fait droit à l'action.

[11] À la suite d'un procès de vingt-quatre jours étalé sur quatre ans, et après avoir examiné de longs mémoires tant préparatoires que postérieurs au procès, le juge du procès a déposé des motifs exhaustifs fondant sa décision de rejeter les multiples moyens de défense de l'appelant et d'accueillir les demandes des intimés en vue d'obtenir des mesures déclaratoires et obligatoires, ainsi que des dommages-intérêts (voir à 2015 NBBR 59, 434 R.N.-B. (2e) 45). Plus précisément, le juge du procès : (1) a confirmé la validité juridique et la force exécutoire de l'ensemble des ententes se rapportant à la vente du permis n° 23622; (2) a conclu que le jugement par consentement était nul *ab initio*, parce qu'il avait été obtenu grâce à l'assertion malhonnête de l'appelant selon laquelle il avait l'intention de se conformer aux prescriptions financières du jugement; (3) a estimé qu'aux termes de l'al. 178(1)d) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, l'ordonnance de libération rendue par le registraire ne pouvait pas dégager l'appelant des obligations qui lui incombaient, en sa qualité de fiduciaire, au titre du détournement du permis n° 23622 et des avantages en découlant, du début de 2002 jusqu'au procès; (4) a rendu une ordonnance mandatoire enjoignant à l'appelant de prendre tous les moyens nécessaires pour « assurer et faciliter » le transfert du permis n° 23622 au nom d'Adam Gaudet; et (5) a accordé aux intimés des dommages-intérêts de 2 384 162 $, ainsi que les dépens et débours. Le juge a refusé, et cela était sage de sa part, à mon avis, de franchir une étape supplémentaire et d'ordonner au ministère de délivrer le permis n° 23622 à Adam Gaudet.

[12] Un juge de notre Cour a subséquemment rejeté la motion de l'appelant en suspension de l'exécution (voir l'arrêt *Gaudet et al. c. Dugas* (2015), 434 R.N.-B. (2e) 137, [2015] A.N.-B. no 82 (C.A.) (QL)). Le ministère a depuis jugé indiqué d'approuver le transfert du permis no 23622 au nom d'Adam Gaudet.

[13] L'appelant sollicite l'infirmation de la décision et prétend que le juge du procès a commis une erreur en : a) rejetant la défense d'inexécutabilité, possibilité qui, dit-il, était écartée du fait de certaines observations faites dans l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres*, 2012 NBCA 85, 395 R.N.-B. (2e) 265; autorisation de pourvoi refusée [2012] C.S.C.R. no 521 (QL), et la décision qui a fait jurisprudence rendue dans l'affaire *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*, 2006 NBCA 38; 299 R.N.-B. (2e) 288; b) concluant que le jugement par consentement était nul *ab initio*, au lieu de reconnaître qu'il tranchait définitivement le litige opposant les parties (préclusion pour même cause d'action); c) ne concluant pas que les intimés ne pouvaient pas s'appuyer sur une version des faits qui était écartée du fait des remarques du registraire dans la décision *Dugas (Re*), 2004 NBBR 200, [2004] A.N.-B. no 187 (QL), et des « observations » faites dans l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres* (préclusion pour même question en litige); et d) interprétant et appliquant d'une façon erronée l'al. 178(1)d) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Selon l'appelant, l'erreur dans l'application de cet alinéa aurait été commise parce que le juge du procès n'a pas respecté la doctrine de la préclusion pour même question en litige lorsqu'il a donné effet à cette disposition en s'appuyant sur une conclusion d'« appropriation illicite », ou de concussion, qu'il n'était pas fondé à tirer, notre Cour ayant exprimé l'opinion contraire dans l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres*.

[14] Les juges sont tenus, du fait de leur serment d'office, de « rendre justice selon le droit ». On ne saurait sérieusement contester le fait que justice a été rendue par le jugement qui fait l'objet du présent appel : après une saga judiciaire d'une longueur embarrassante, les parties sont finalement dans la situation où elles se seraient trouvées, n'eût été la mauvaise foi dont l'appelant a fait preuve dans l'exécution de ses obligations

contractuelles et fiduciales et, en fait, son refus catégorique de s'y conformer. La question primordiale que la Cour doit trancher est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision en concluant que le droit ne primait pas la justice dans cette affaire qui est, il faut en convenir, extraordinaire. Pour les motifs qui suivent, la réponse de la Cour à cette question est un « non » catégorique.

II. Le contexte et quelques observations occasionnelles

[15] En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, les conclusions factuelles et les conclusions sur la crédibilité tirées au procès doivent être acceptées pour les fins de la décision en appel. Le critère à remplir pour que la Cour puisse, en appel, ne tenir aucun compte de conclusions de cette nature est très rigoureux dans les instances tant civiles que criminelles : *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2e) 1, autorisation de pourvoi refusée [2014] C.S.C.R. no 496 (QL). En l'espèce, les motifs de jugement font état de conclusions de fait et de conclusions relatives à la crédibilité qui sont remarquablement solides et qui ont pour effet cumulatif, sauf erreur manifeste et dominante, d'interdire que l'appel soit accueilli sur une question de fait ou sur une question mixte de droit et de fait. Aucune erreur de cette nature n'a été établie. De plus, et comme nous le verrons, je suis convaincu qu'aucune des conclusions de fait et des conclusions relatives à la crédibilité que le juge du procès a tirées n'est contestable pour cause de préclusion pour même question en litige. Par conséquent, l'exposé qui suit s'inspire librement et sereinement des motifs en question.

[16] Les principaux éléments d'actif de l'entreprise de pêche commerciale de l'appelant étaient un bateau de soixante-cinq pieds, l'Emy Serge D., ses équipements nautiques et ses agrès de pêche ainsi que trois permis de pêche, un pour le maquereau, un pour les huîtres et un pour le crabe des neiges. Pendant plus de deux décennies, et sans exception, ces permis avaient été délivrés annuellement à l'appelant par le ministère des Pêches et des Océans. Le titre officiel sur les autres éléments d'actif était détenu par une société privée, Les Investissements Emy Ltée, dont l'unique actionnaire était l'associée en affaires et épouse de l'appelant. Les tâches liées à l'entreprise dont l'appelant devait

s'acquitter consistaient notamment dans les préparatifs pour la pêche, l'exploitation et l'entretien régulier de l'Emy Serge D. ainsi que la récolte et la vente des espèces pour lesquelles il détenait des permis. L'épouse de l'appelant s'acquittait de l'ensemble des tâches administratives associées à l'entreprise.

[17] En 1998, l'appelant, qui était au début de la cinquantaine et était pêcheur depuis l'enfance, a commencé à éprouver des problèmes de santé. À la même époque, son épouse et lui en étaient venus à accepter que leur fils unique n'allait pas reprendre l'entreprise de pêche familiale. Étant donné ces circonstances, l'appelant et son épouse ont décidé de vendre l'entreprise.

[18] N'ayant pas réussi à trouver, dans la région, un acheteur disposé à payer le prix demandé (1 500 000 $), l'appelant a fait publier une petite annonce dans différents journaux de la région de l'Atlantique. C'est en réponse à une annonce publiée dans *The Guardian*, un journal de l'Île-du-Prince-Édouard, que Peter Gaudet et son fils, Adam, tous deux pêcheurs de leur métier et résidents de l'Île-du-Prince-Édouard, ont communiqué avec l'appelant afin d'explorer la possibilité de se porter acquéreurs de son entreprise de pêche familiale. Les Gaudet, qui étaient plus particulièrement intéressés par le permis de pêche du crabe des neiges, qu'ils estimaient avoir une valeur considérable en raison du quota de 168 000 livres dont il s'accompagnait pour la prochaine saison, ont chargé leurs avocats de se renseigner auprès du ministère à propos du processus de transfert des permis. On leur a dit que : (1) le demandeur devait être reconnu par le ministère comme étant un « nouveau participant » dans la zone administrative à laquelle se rapportait le permis; (2) un titulaire de permis existant devait être disposé à vendre son permis; (3) <u>le titulaire du permis devait présenter une demande de transfert par écrit au ministère</u>; et (4) le ministère devait approuver la demande. Le ministère n'approuverait pas le transfert d'un permis de pêche du crabe des neiges à une personne ne résidant pas dans la « zone » pour laquelle le permis avait été délivré.

[19] En octobre 1998, les Gaudet se sont réunis avec l'appelant à Shippagan, au Nouveau-Brunswick, afin d'inspecter l'Emy Serge D. et les agrès de pêche et de discuter

du prix d'achat. Bien qu'ils aient trouvé que les actifs matériels de l'entreprise étaient quelque peu usés, les Gaudet étaient disposés à mettre de côté toute préoccupation en ce sens en raison de leur vif intérêt à acheter le permis de pêche du crabe n° 23622. Après avoir quelque peu débattu, les parties se sont entendues sur un prix global de 1 400 000 $, y compris la somme de 100 000 $ comptant. Il s'agissait d'une amélioration considérable comparativement à la meilleure offre que l'appelant avait reçue d'autres résidents de la péninsule acadienne. Les avocats des parties ont eu tôt fait de rédiger un ensemble de conventions pour officialiser le marché qui avait été conclu.

[20] Le 4 décembre 1998, l'épouse de l'appelant a signé une convention qui transférait à Peter Gaudet, moyennant la somme de 772 059 $, les cinq cents actions qu'elle détenait dans Les Investissements Emy Ltée. On se rappellera que cette société était propriétaire des actifs matériels de l'entreprise, dont l'Emy Serge D. La convention obligeait l'épouse de l'appelant, la « venderesse », à faire [TRADUCTION] « tout ce qui est possible pour transférer en faveur de l'acheteur ou de la société, ou encore du mandataire ou des mandataires des acheteurs, la totalité de son intérêt » dans les permis de pêche susmentionnés, y compris le permis n° 23622. La convention précisait également que [TRADUCTION] « jusqu'à ce que ces transferts puissent être effectués en conformité avec le Règlement de pêche du ministère des Pêches et des Océans, la venderesse accepte de signer une convention de fiducie, et d'être liée par cette convention, en faveur de l'acheteur et de la société, ou encore du mandataire ou des mandataires des acheteurs, témoignant du fait que la venderesse détient ces permis en fiducie au profit de l'acheteur et de la société, ou du mandataire ou des mandataires des acheteurs ». Il est vraisemblable que cette convention avait pour but d'empêcher toute revendication future fondée sur la législation régissant les biens matrimoniaux et de s'assurer, pour une période indéfinie, la coopération de l'épouse de l'appelant pour les fins des transferts des permis au nom d'Adam Gaudet. Cela dit, si l'épouse de l'appelant a signé une [TRADUCTION] « convention de fiducie », cette convention n'a pas été versée au dossier et l'épouse n'est pas partie au litige.

[21] Le 15 décembre 1998, l'appelant a signé une [TRADUCTION] « convention de transfert des actions » aux termes de laquelle Peter Gaudet devenait le propriétaire bénéficiaire de l'ensemble des actions émises et en circulation de 508571 N.B. Ltd. au prix de 527 941 $. Nous ne savons pas très bien de quelle façon ce montant a été établi, quels étaient les actifs dont 508571 N.B. Ltd. était propriétaire à ce moment-là ni pourquoi elle a été partie à la convention de vente des actions. Heureusement, aucune de ces questions ne pèse dans la balance.

[22] Le 9 janvier 1999, l'appelant a passé, en faveur de 100167 P.E.I. Inc., compagnie contrôlée par Peter Gaudet, une [TRADUCTION] « cession d'intérêt » portant cession de [TRADUCTION] « l'ensemble de ses intérêts dans le contrat intervenu entre [l'appelant] et 508571 N.B. Limited relativement aux activités de pêche relevant du permis de pêche du crabe ». S'il est fait mention de ce document, c'est seulement par souci d'exhaustivité, aucune des parties ne prétendant qu'il est essentiel à sa preuve en appel.

A. *Les conventions cruciales*

[23] Par voie de convention datée du 22 janvier 1999, l'appelant a vendu le permis de pêche du crabe n° 23622 à 508571 N.B. Ltd. À ce moment-là, Peter Gaudet était propriétaire de l'ensemble des actions émises et en circulation de 508571 N.B. Ltd. Comme je l'ai dit dans mes remarques introductives, la convention ne prévoit pas la réversion à l'appelant de l'intérêt bénéficiaire dans le permis n° 23622 pour le cas où le ministère tarderait à approuver ou refuserait carrément d'approuver Adam Gaudet comme titulaire du permis et aucune des obligations se rapportant au transfert qui sont mentionnées dans la convention n'est limitée dans le temps. L'appelant a reçu la somme 527 941 $, soit la juste valeur marchande du permis selon la meilleure estimation des parties. Je marque une pause pour bien souligner que l'appelant a vendu le permis, non pas un droit temporaire aux avantages en découlant ni une simple possibilité d'en obtenir la propriété, et que la seule incertitude résidait dans le transfert officiel du permis afin qu'il ne soit plus au nom de l'appelant.

[24] L'appelant a affirmé et garanti, à la clause 3 de la convention, qu'il était le [TRADUCTION] « propriétaire bénéficiaire » du permis n° 23622 et que celui-ci était [TRADUCTION] « vendable et transférable » à 508571 N.B. Ltd. Conformément à la clause 8, cette disposition [TRADUCTION] « [s'appliquait] au profit » des ayants droit de la société à dénomination numérique. Facteur tout aussi important, l'appelant a pris l'engagement, à la clause 7, [TRADUCTION] d'« accomplir tous les autres actes et choses qui seront nécessaires pour donner effet » aux conditions de la convention et il ne fait absolument aucun doute que dans l'esprit des parties, cet engagement s'appliquait au transfert nominal du permis n° 23622 en faveur d'Adam Gaudet (c'est moi qui souligne). Comme nous le verrons, le défaut de l'appelant, au cours des quatre derniers mois de l'an 2000, de se présenter au bureau régional du ministère afin de déposer une demande de transfert de permis a fermé la porte à toute possibilité réelle de voir M. Gaudet approuvé comme titulaire de permis.

[25] Le 29 janvier 1999, l'appelant a signé un autre document, tout aussi crucial : la déclaration de fiducie et de garantie. Elle comporte trois attendus, une partie intitulée « [TRADUCTION] « Déclaration de fiducie » et une annexe « A » qui fait état des trois « permis » de pêche concernés, [TRADUCTION] « le permis de pêche n° 25341 pour l'huître, le permis de pêche n° 45432 pour le maquereau et le permis de pêche n° 23622 pour le crabe des neiges ».

[26] Les attendus confirment : (1) que l'appelant est le [TRADUCTION] « DÉTENTEUR DU PERMIS » n° 23622; (2) que 508571 N.B. Ltd. et Adam Gaudet sont les [TRADUCTION] « PROPRIÉTAIRES DU PERMIS »; (3) que le permis avait auparavant été acheté par les PROPRIÉTAIRES DU PERMIS; (4) que les PROPRIÉTAIRES DU PERMIS en sont les [TRADUCTION] « véritables propriétaires »; et (5) que l'appelant détient le permis à son nom [TRADUCTION] « sans contrepartie et à seules fins de conformité avec les règlements du ministère des Pêches et des Océans en matière de détention des permis de pêche et pour aucune autre raison […] ».

[27] Dans la partie intitulée [TRADUCTION] « Déclaration de fiducie », l'appelant reconnaît, en des termes explicites : (1) n'avoir aucun intérêt pécuniaire ni aucun droit de propriété dans le permis n° 23622; et (2) détenir le permis en fiducie pour le compte de ses propriétaires bénéficiaires, 508571 N.B. Ltd. et Adam Gaudet.

[28] La déclaration de fiducie est ainsi rédigée :

> [TRADUCTION]
> Je soussigné, Cyrennus Dugas, DÉCLARE que je détiens les permis de pêche et autres permis énoncés à l'annexe « A » jointe aux présentes en fiducie pour le compte de la société 508571 N.B. Limited et d'ADAM GAUDET, ainsi que de leurs héritiers, successeurs et ayants droit et que je n'ai aucun intérêt pécuniaire ni aucun droit de propriété dans ces permis, non plus que de quelconques engagements associés à ces permis;
>
> JE M'ENGAGE, en mon nom et en celui de mes héritiers, successeurs, administrateurs, exécuteurs testamentaires et ayants droit, s'il en est, à céder et à transférer, à la demande des PROPRIÉTAIRES DU PERMIS, de leurs héritiers, successeurs ou ayants droit, l'intérêt bénéficiaire des permis énoncés à l'annexe « A » aux PROPRIÉTAIRES DU PERMIS, s'ils sont admissibles, ou à une partie admissible conformément aux instructions écrites des propriétaires du permis, et je constitue et désigne irrévocablement en qualité de fondé de pouvoir Adam Gaudet, ou son mandataire, pour signer en mon nom tout transfert.
>
> JE M'ENGAGE EN OUTRE à être présent sur le bateau de pêche qui utilise les permis de pêche pendant toutes les activités de pêche se rapportant aux permis susmentionnés, comme l'exigent les règlements du ministère des Pêches et des Océans.
>
> JE M'ENGAGE EN OUTRE à ce que, pour le cas où la société 508571 N.B. Limited susmentionnée cesserait d'exister comme corps constitué pendant la durée de cette fiducie, le droit légal aux permis susmentionnés soit dévolu au propriétaire restant, Adam Gaudet, et pour le cas où Adam Gaudet décéderait, la succession d'Adam Gaudet

> héritera de l'intérêt d'Adam Gaudet dans la présente convention.
>
> JE M'ENGAGE EN OUTRE à signer en faveur du PROPRIÉTAIRE DU PERMIS et à délivrer à celui-ci, à son mandataire ou à son représentant légal ou ses représentants légaux, tous les documents requis par le ministère des Pêches et des Océans, ou par toute autre autorité gouvernementale fédérale ou provinciale, afin de veiller à ce que les permis énoncés à l'annexe « A » jointe aux présentes demeurent en cours de validité.
>
> [Souligné dans l'original.]

[29] La déclaration de fiducie et de garantie ne prescrit aucune date d'expiration. L'explication est simple : ni l'une ni l'autre partie ne savaient combien de temps il faudrait au ministère pour approuver Adam Gaudet comme titulaire de permis. Comme l'a déclaré le juge du procès :

> [ORIGINAL]
> Aucune date n'avait été fixée pour le transfert du permis. Chacun pouvait avoir sa propre idée sur le délai nécessaire, mais c'était une question d'obtenir l'approbation de Pêches et Océans Canada après qu'Adam Gaudet s'eût qualifié. Toutefois, tel qu'entendu, M. Dugas se devait de collaborer avec les acheteurs afin de s'assurer de rencontrer les exigences de Pêches et Océans Canada pour le maintien en vigueur des permis, et attendre qu'Adam Gaudet se qualifie comme nouveau participant. Le rôle de M. Dugas était dicté par les termes et conditions de la déclaration de fiducie. [par. 34]

L'appelant, rappelons-le, avait touché le montant équivalent à la pleine valeur marchande du permis au début de 1999.

B. *Les suites immédiates de la clôture*

[30] À la suite de la passation de la déclaration de fiducie et de garantie, les Gaudet ont payé le prix d'achat convenu, que l'appelant a financé à hauteur de 300 000 $, et la transaction a été close, sous réserve de l'exécution, par l'appelant, des obligations

qui lui incombaient en matière de pêche et de transfert du permis, et du remboursement de la dette de 300 000 $. Cette dette était garantie par une hypothèque accessoire grevant la maison et le bien-fonds de Peter Gaudet à l'Île-du-Prince-Édouard ainsi que par sa garantie personnelle et celle d'Adam Gaudet.

[31] Pendant les trois années qui ont suivi (de 1999 à 2001), Adam Gaudet a pêché le crabe des neiges en conformité avec le permis n° 23622, l'appelant se trouvant à bord de l'Emy Serge D. à titre de capitaine, sauf si sa santé l'en empêchait.

[32] Comme nous l'avons vu, le ministère a informé les avocats des Gaudet que l'approbation du transfert d'un permis dépendait de l'admissibilité d'Adam Gaudet à la qualité de « nouveau participant » et de la présentation par l'appelant, le détenteur du permis, d'une demande de transfert écrite. Les parties s'entendent pour reconnaître que l'appelant était obligé (par l'effet combiné de la convention d'achat-vente du 22 janvier 1999, plus précisément des clauses 3, 7 et 8, et de la déclaration de fiducie) de faire tout ce qui était nécessaire pour obtenir le transfert nominal du permis à Adam Gaudet.

[33] Après que le ministère l'a informé qu'il devait résider au Nouveau-Brunswick pour pouvoir être considéré comme un « nouveau participant », Adam Gaudet a emménagé dans un appartement à Moncton, au début de février 1999. Le 4 août 1999, il a déposé auprès du ministère une demande en vue d'être reconnu comme « nouveau participant ». Le 15 novembre 1999, le ministère a rejeté sa demande pour le motif que M. Gaudet ne résidait pas, en fait, au Nouveau-Brunswick. La demande a été rejetée sur la foi d'une déclaration du locateur de M. Gaudet selon laquelle il ne le voyait [TRADUCTION] « pas souvent ». M. Gaudet a interjeté appel du rejet de sa demande en recourant au processus de révision interne du ministère.

[34] Le juge du procès a évoqué au moins trois problèmes que posait la décision du ministère. En premier lieu, une enquête ultérieure, plus poussée, a permis de découvrir des preuves solides établissant que M. Gaudet satisfaisait aux exigences du ministère en matière de résidence. En second lieu, et de toute façon, selon les règles du

ministère, la résidence n'était pas un critère à remplir aux fins de l'approbation comme « nouveau participant »; elle n'entrait en ligne de compte qu'à l'étape du transfert du permis. En troisième lieu, certains fonctionnaires du ministère ne faisaient pas toujours preuve de bonne foi dans l'examen de la question de la résidence. Voici les conclusions du juge du procès à cet égard :

> [ORIGINAL]
> James B. Jones, Rhéal Vienneau et Janet Smith, trois employés de Pêches et Océans Canada, ont été appelés comme témoins par M. Dugas. Quoiqu'aujourd'hui à la retraite, chacun a joué un rôle important dans le dossier de M. Gaudet et M. Dugas à tout moment pertinent.
>
> James B. Jones occupait alors le poste de Directeur Régional Général dont les responsabilités était la gestion et l'administration des activités du Ministère de Pêches et Océans Canada dans la zone du Golfe comprenant l'est du Canada. Il avait son bureau à Moncton avec trois bureaux régionaux : un à Tracadie-Sheila, l'autre à Charlottetown et le dernier à Antigonish. Ce sont ces bureaux régionaux qui s'occupent de l'administration des permis de pêche.
>
> Rhéal Vienneau occupait le poste de Directeur Régional à Tracadie-Sheila et se rapportait à M. Jones. Janet Smith responsable de l'émission et le transfert des permis de pêche travaillait au bureau de Moncton, mais se rapportait à M. Vienneau.
>
> […]
>
> C'est dans le cours de cette procédure de demande de M. Gaudet d'être reconnu comme nouveau participant et leurs gestes envers M. Dugas qu'il deviendra évident de l'objectif ultime de Pêches et Océans Canada qui se veut d'empêcher tout simplement le transfert des permis de pêcheur du Nouveau-Brunswick à ceux de l'Île-du-Prince-Édouard même si M. Jones, M. Vienneau et Mme Smith n'ont pas voulu le reconnaître.
>
> En rétrospection, M. Gaudet présente sa première demande pour être reconnu comme nouveau participant au bureau régional de Pêches et Océans Canada à Tracadie-Sheila le 4 août 1999. Ayant été informé qu'il devait être résident dans la zone administratrice, Adam Gaudet avait pris

résidence à Moncton, Nouveau-Brunswick le 1er février 1999.

Le 15 novembre 1999, M. Gaudet est informé par Pêches et Océans Canada qu'il ne se qualifie pas car il n'est pas résident. M. Gaudet dépose alors le 29 novembre 1999 un avis d'appel de cette décision. Dans l'attente de son audience, M. Gaudet communique à plusieurs reprises avec Pêches et Océans Canada au bureau de Tracadie-Sheila et de Moncton sur le sujet. Il n'a reçu avant le 8 septembre 2000 aucune réponse satisfaisante sauf que son dossier était à l'étude.

Dans les documents qui ont pu être obtenus dans le cours de cette action en justice, une note de service du 10 juillet 2000, préparée par Maurice Maillet, un autre employé de Pêches et Océans Canada au bureau de Tracadie-Sheila démontre l'allure des discussions et considérations de Pêches et Océans Canada à cette époque vis-à-vis M. Gaudet.

Effectivement, sur la question de résidence M. Maillet écrit que Pêches et Océans Canada a reçu confirmation en sus de son adresse résidentielle à Moncton que M. Gaudet payera ses impôts personnels au Nouveau-Brunswick pour l'année 1999, qu'il détient un permis de conduire du Nouveau-Brunswick, son numéro d'assurance-maladie est du Nouveau-Brunswick et il a voté à l'élection provinciale en 1999. De plus, M. Maillet ajoute que suite à une demande en date du 15 mars 2000 adressée au bureau de Pêches et Océans Canada à l'Île-du-Prince-Édouard, Peter Zahrndt, Directeur de Conservation et Protection a confirmé que M. Gaudet réside maintenant au Nouveau-Brunswick, et même sa résidence à l'Île-du-Prince-Édouard est à vendre.

Dans le même ordre d'idée, M. Maillet ajoute que selon un autre officier de Pêches et Océans Canada, Robert LeBlanc, qui a fait une enquête et un rapport, ce dernier aurait communiqué avec le propriétaire du logis loué par M. Gaudet à Moncton, et le propriétaire lui aurait dit qu'il ne voyait pas souvent M. Gaudet.

M. Maillet conclu qu'il y a donc deux rapports contradictoires! Il sollicite ainsi d'Edmond Martin, Directeur Conservation et Protection à Pêches et Océans au bureau de Moncton, son aide et veut connaître la position

> du bureau de Moncton. Il sollicite une attention immédiate à cette demande compte tenu qu'il s'agit d'un dossier sensible.
>
> Le 18 août 2000, Janet Smith dans un courriel à Rhéal Vienneau concernant l'appel d'Adam Gaudet logé le 29 novembre 1999, elle indique que M. Gaudet rencontre tous les critères comme nouveau participant. À l'appui de ce qu'elle avance, elle soumet que M. Gaudet est reconnu comme pêcheur commercial ayant pêché au moins deux des cinq dernières années, soit l'année 1998 à l'Île-du-Prince-Edouard et 1999 au Nouveau-Brunswick. Ceci lui a été confirmé par un officier de Pêches et Océans Canada.
>
> Dans le même courriel, Mme Smith indique que le critère de résidence n'en est pas un à cette étape de la procédure et recommande que M. Gaudet reçoive une lettre habituelle confirmant qu'il se qualifie comme nouveau participant. Mme Smith indique également que même si une demande formelle de transfert de permis n'a pas été reçue par Pêches et Océans Canada, M. Gaudet l'aurait informée de son intention de soumettre une telle demande pour le permis de Cyrennus Dugas dès que possible. Elle rappelle que si Pêches et Océans Canada devait recevoir une demande de transfert, il devait vérifier si Adam Gaudet rencontre les critères d'éligibilité pour un transfert spécifiant la question de résidence comme sujet de considération sur laquelle ils pourront s'attarder.
>
> Enfin, Mme Smith discute de la sensibilité de ce dossier. Elle sollicite leurs commentaires indiquant qu'elle retournera de vacance dans la semaine du 4 septembre 2000. Le 8 septembre elle confirmera par écrit le statut de nouveau participant à M. Gaudet. [par. 150 à 152, et 155 à 164]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[35] Étant donné que le mauvais état de santé dans lequel semblait se trouver l'appelant risquait de l'empêcher d'être le capitaine de l'Emy Serge D. pendant la saison de pêche de 2000, M. Gaudet a demandé à être reconnu comme « exploitant remplaçant ». Convaincu qu'il satisfaisait aux exigences en matière de résidence, le ministère a approuvé sa demande le 14 avril 2000. Il a délivré un permis d'« exploitant remplaçant » à M. Gaudet. En qualité d'« exploitant remplaçant », il remplaçait

l'appelant à titre d'exploitant de son « entreprise » de pêche, laquelle comprenait le permis n° 23622. Le permis d'« exploitant remplaçant » était valide du 5 avril au 15 août 2000. En fait, le ministère a approuvé M. Gaudet, bien que temporairement, comme étant le titulaire du permis n° 23622.

[36] Par lettre datée du 8 septembre 2000, le ministère a informé Adam Gaudet qu'il était admis comme [TRADUCTION] « nouveau participant » et que cette reconnaissance n'était [TRADUCTION] « valide que pour l'année en cours ». La lettre soulignait que pour le cas où M. Gaudet [TRADUCTION] « n'acquerrait pas le statut de membre du noyau relativement à l'ensemble des permis d'ici le 31 décembre 2000, [il devrait] présenter une nouvelle demande d'admission comme nouveau participant au cours de la nouvelle année ». La lettre confirmait que selon ce qu'avait compris le ministère, M. Gaudet avait [TRADUCTION] « l'intention d'acquérir le statut de membre du noyau ainsi que tous les permis qui y sont rattachés ». On l'informait du fait que, lorsqu'une demande serait présentée par le pêcheur actuellement membre du noyau, savoir l'appelant, il faudrait, pour que les permis de remplacement soient délivrés, entreprendre une nouvelle évaluation afin de déterminer si M. Gaudet était résident [TRADUCTION] « de la même zone administrative du MPO que celle dont le pêcheur qui renonce au permis [l'appelant] était résident au moment de l'obtention initiale du permis ».

[37] On ne saurait trop insister sur l'importance de la lettre du 8 septembre 2000. D'ailleurs, dans le mémoire de l'appelant, on dit qu'elle a marqué un [TRADUCTION] « tournant » pour les intimés. De plus, elle suivait de près la décision du ministère selon laquelle M. Gaudet satisfaisait à toutes les exigences en matière de résidence. Il n'y avait donc aucune raison de principe justifiant le rejet d'une demande de transfert du permis n° 23622 à son nom. De plus, il n'existe aucune preuve établissant que le ministère avait l'intention de traiter cette demande d'une façon qui aurait été autre que raisonnable et honorable.

[38] Malheureusement pour Adam Gaudet, et ainsi que l'a conclu le juge du procès, l'appelant a tout simplement refusé de faire la demande officielle requise. Comme

nous le verrons plus amplement, je suis d'avis que si l'appelant avait coopéré avec Adam Gaudet afin de déposer la demande de transfert avant l'échéance du 31 décembre 2000, il est probable que le ministère aurait accordé son approbation. Je m'empresse de souligner que, contrairement à la situation qui existait dans l'affaire *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*, la défense d'inexécutabilité, ou d'impossibilité d'exécution, invoquée en l'espèce est fondée sur des allégations se rapportant à des événements qui se sont produits après que le contrat aurait pu et aurait dû être exécuté.

[39] Le juge du procès a conclu que le ministère s'était appuyé sur des raisons « fabriquées » (le critère de la résidence) pour refuser à Adam Gaudet le statut de nouveau participant. Il a également conclu que le ministère avait « fabriqué de toutes pièces des raisons » pour empêcher le transfert nominal du permis n° 23622 à compter du 14 février 2001. Les conclusions en question jettent le doute sur la bonne foi et le sérieux des mises en garde et conditions formulées dans les quatre lettres suivantes que les fonctionnaires du ministère ont fait parvenir à l'appelant après l'an 2000. Ces lettres sont datées des 4 avril, 27 avril et 1er mai 2001 et du 9 avril 2002.

[40] Le 4 avril 2001, le ministère a informé l'appelant que son statut de titulaire de permis était en voie de révision et qu'il ne pouvait pas désigner Adam Gaudet comme exploitant remplaçant pour la saison de pêche 2001.

[41] Le 12 avril 2001, l'appelant et trois autres pêcheurs se trouvant dans une situation semblable se sont adressés à la Cour fédérale du Canada en vue d'obtenir une injonction provisoire, et ont expressément demandé à la Cour d'ordonner au Ministre de leur accorder des permis de pêche du crabe des neiges. Comme l'a souligné le juge du procès, cette demande d'injonction provisoire n'avait absolument aucune chance d'être accueillie. Le 24 avril 2001, la Cour fédérale l'a rejetée après avoir souligné qu'aux termes de l'art. 7 de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, le Ministre peut « à discrétion » octroyer des permis de pêche et que l'art. 22 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, interdit expressément l'octroi d'une injonction contre l'État (voir la décision *Caissie c. Canada*

(ministre des Pêches et des Océans), 2001 FCT 379, [2001] A.C.F. n° 625 (QL) (le juge Blanchard). Bien entendu, il n'existe aucune interdiction de cette nature en ce qui concerne le contrôle judiciaire des décisions du gouvernement.

[42] Quelques semaines plus tard, le 27 avril 2001, le ministère a prévenu l'appelant que le permis n° 23622 pourrait ne pas lui être délivré à moins que son statut ne soit clarifié. En guise de réponse, l'appelant a déposé un affidavit dans lequel il déclarait que dans les circonstances, il serait maintenant le chef de l'entreprise et le capitaine à bord du navire, mais qu'il avait l'intention de prendre sa retraite et de transférer ses permis de pêche à Adam Gaudet le plus tôt possible.

[43] Le 1er mai 2001, le ministère a informé l'appelant qu'il [TRADUCTION] « [ferait] une exception à [sa] politique » et lui accorderait un permis [TRADUCTION] « temporaire » qui serait valide jusqu'au 15 juillet 2001, mais qu'il n'examinerait aucune demande de transfert du permis à un autre pêcheur <u>pendant la période de validité</u>. La lettre ne disait rien à propos des demandes de transfert présentées après le 15 juillet 2001.

[44] L'appelant a occupé le poste de capitaine à bord de l'Emy Serge D. pendant la saison de pêche 2001, les revenus étant tous versés à Adam Gaudet et 50871 N.B. Ltd. en leur qualité de propriétaires bénéficiaires du permis n° 23622.

C. *La prétendue résiliation par l'appelant de ses obligations contractuelles et fiduciaires*

[45] Par lettre datée du 16 janvier 2002, et à l'insu des Gaudet, l'appelant a informé le ministère qu'il désirait [TRADUCTION] « annuler et retirer toute demande » en vue du transfert du permis n° 23622. L'appelant ajoutait que [TRADUCTION] « [la présente] correspondance se [voulait] une autorisation irrévocable […] donnée à votre Ministre d'arrêter ou d'annuler toute demande ou requête en ce sens ». Ces directives ont été données malgré le fait que l'appelant avait explicitement reconnu que le ministère [TRADUCTION] « examin[ai]t toujours la question et aucune décision n'a[vait] encore été prise en ce qui concern[ait] la situation dans son ensemble ».

[46] Deux semaines plus tard, le 31 janvier 2002, Peter Gaudet a reçu une lettre de l'avocat de l'appelant, Jacques Cormier, dans laquelle celui-ci l'informait de la décision de son client de mettre fin à leur arrangement. La raison donnée était la suivante : [TRADUCTION] « […] en avril 2001, il est devenu manifeste qu'il serait impossible à [l'appelant], [ou] à vous-même, de respecter ou [d'exécuter] l'essence de la convention […] » (c'est moi qui souligne). Je souligne incidemment que cette allégation d'impossibilité d'exécution ne saurait cadrer d'emblée avec : (1) l'absence de limite temporelle aux obligations contractuelles et fiduciales de l'appelant; (2) la lettre du ministère datée du 1er mai 2001 qui n'interdit les demandes de transfert du permis que pendant une période limitée, savoir du début de mai à la fin de juillet 2001; (3) l'affidavit que l'appelant a fait en avril 2001, dans lequel il affirme sous serment avoir l'intention de prendre sa retraite et de transférer les permis de pêche à Adam Gaudet le plus tôt possible; et (4) les conclusions de fait contraires que le juge du procès a tirées. Je reviendrai à cette question sous peu. La lettre disait en outre que les contacts entre les parties étaient interdits [TRADUCTION] « sauf par l'intermédiaire de […] représentants juridiques ». Elle contenait également la menace inhabituelle suivante – que plusieurs qualifieraient sans doute de « bizarre » – : [TRADUCTION] « [L]e non-respect de la [directive interdisant les contacts] sera considéré comme une forme d'atteinte directe ou de harcèlement et les autorités compétentes seront immédiatement contactées ».

[47] Par lettre datée du 5 mars 2002, le ministère a informé Adam Gaudet qu'il était admissible au statut de nouveau participant pour l'année 2002. La lettre soulignait que pour le cas où il n'acquerrait pas [TRADUCTION] « le statut de membre du noyau relativement à l'ensemble des permis d'ici le 31 décembre 2002, [il devrait] présenter une nouvelle demande d'admission comme nouveau participant au cours de la nouvelle année ». Cette lettre était la réponse à la demande que M. Gaudet avait présentée, un an plus tôt, en vue d'obtenir le statut de nouveau participant. Le ministère y reconnaissait [TRADUCTION] « le retard à effectuer [son] examen ».

[48] Le 9 avril 2002, le ministère a informé l'appelant de sa décision de délivrer le permis no 23622 pour deux saisons (2002 et 2003), soit une dérogation claire

et admise à sa politique qui consiste à ne délivrer les permis que pour une seule année. La délivrance était assujettie aux conditions suivantes : il n'y aurait aucune demande de transfert du permis et aucun exploitant remplaçant ne serait autorisé à bord du navire pendant ces deux saisons. La lettre était muette sur ce qui pourrait être permis après 2003. Quoi qu'il en soit, les conditions apparemment immuables mentionnées dans la lettre ne l'étaient pas du tout. En effet, le ministère a subséquemment accepté d'autoriser un autre exploitant à être le capitaine du bateau de l'appelant et à exercer les [TRADUCTION] « privilèges que lui accorde son permis de pêche du crabe aux fins des activités de pêche de [2003] » (voir la décision *Dugas (Bankrupt), Re*, 2003 NBBR 220, 263 R.N.-B. (2e) 216, le juge Léger, conf. 2004 NBCA 15, 268 R.N.-B. (2e) 290).

D. *La première poursuite en justice engagée par les intimés*

[49] Deux mois plus tôt, plus précisément le 13 février 2002, les intimés avaient déposé un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande, dans lequel ils avaient sollicité un jugement déclaratoire portant que l'appelant détenait le permis no 23622 en fiducie conformément à une déclaration de fiducie et de garantie ainsi qu'une ordonnance lui enjoignant de s'acquitter de ses obligations contractuelles et fiduciales.

[50] Le 26 avril 2002, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance interlocutoire : (1) autorisant l'appelant à agir à titre de [TRADUCTION] « chef d'entreprise » relativement au permis no 23622 pendant la saison de pêche 2002; (2) enjoignant à l'appelant a) de se conformer strictement aux [TRADUCTION] « règlements et politiques » du ministère; b) de remettre à Adam Gaudet un compte rendu des ventes de crabe effectuées en vertu du permis en lui fournissant un état des déboursés, des dépenses et des résultats; et (3) lui enjoignant de consigner les profits à la Cour jusqu'à ce que le litige soit tranché. Le juge saisi de la motion a ensuite suspendu le remboursement de la dette hypothécaire à l'appelant (solde de 114 516,50 $ sur le prêt initial de 300 000 $).

[51] Après que l'appelant eut déposé un exposé de la défense et demande reconventionnelle, on a fixé la date de l'interrogatoire préalable au 22 août 2002. Ce jour-là, les parties ont négocié un règlement amiable, lequel a été incorporé dans un jugement par consentement qui a été signé le lendemain même.

E. *Le jugement par consentement*

[52] Le jugement par consentement du 23 août 2002 est ainsi rédigé :

> [TRADUCTION]
> ATTENDU QUE les demandeurs ont déposé un exposé de la demande devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de première instance, circonscription judiciaire de Bathurst, Province du Nouveau-Brunswick, sous le numéro B/C/69/02 (l'« action ») et que le défendeur a déposé un exposé de la défense et demande reconventionnelle dans l'action.
>
> ATTENDU QUE le défendeur reconnaît son obligation d'indemniser les demandeurs en leur versant le montant fixé et convenu de DEUX MILLIONS CENT MILLE (2 100 000 $) dollars CA.
>
> ATTENDU QUE les parties conviennent maintenant de régler à l'amiable l'ensemble des questions en litige dans l'action;
>
> À CES CAUSES il est par les présentes convenu et accepté que l'action est réglée aux conditions suivantes :
>
> 1. Le défendeur, Cyrenus Dugas, doit verser aux demandeurs, en guise de dommages-intérêts et dans les trente jours de la signature du présent jugement par consentement, la somme de DEUX MILLIONS CENT MILLE (2 100 000 $) dollars CA, dont CINQUANTE MILLE (50 000 $) dollars au moment de la signature du présent jugement par les parties.
>
> 2. Sur réception du paiement mentionné au paragraphe 1, les demandeurs s'engagent à remettre immédiatement au défendeur le navire EMY SERGE D., au port de Shippagan, dans la province du Nouveau-Brunswick, en

> bon état de navigabilité. Le navire doit être libre et quitte de toute charge.
>
> 3. Il est également convenu que le défendeur donnera mainlevée des charges qu'il détient actuellement et qui grèvent l'actif et les biens des demandeurs au moment même où ces derniers s'acquitteront des obligations qui leur sont faites aux présentes.
>
> 4. Chacune des parties assumera ses propres dépens.
>
> 5. Le présent jugement par consentement tranche et résout d'une façon définitive toutes les questions qui opposent les parties.

[53] Comme on peut le voir, le jugement par consentement ne mentionne ni le permis n° 23622, ni ses propriétaires bénéficiaires, ni les obligations fiduciales de l'appelant aux termes de la déclaration de fiducie. Il est possible que des considérations fiscales aient joué un rôle dans la rédaction de la clause 5. Quoi qu'il en soit, le 29 août 2002, Bernard Roux, avocat qui agissait lui aussi pour le compte de l'appelant, a informé le ministère que le jugement par consentement avait réglé le litige opposant son client aux Gaudet et a exprimé l'opinion que l'appelant n'était plus partie à aucun contrat touchant le permis n° 23622. Le ministère a souscrit à cette opinion et a indiqué que puisque les liens juridiques entre l'appelant et les Gaudet au sujet du permis avaient été rompus, l'appelant avait « été réintégré dans le noyau et sa situation en tant que détenteur de permis de pêche commerciale [avait] été normalisée ».

[54] Que le libellé général et vague de la clause 5 ait été suffisant ou non pour rompre les liens contractuels et fiduciaux, les intimés ont tenu pour acquis que, sur paiement de la totalité des 2 100 000 $, l'appelant obtiendrait de nouveau l'entière propriété bénéficiaire des permis de pêche énoncés à l'annexe « A » de la déclaration de fiducie et de garantie, y compris le permis n° 23622, et que, corrélativement, l'ensemble des obligations contractuelles et fiduciales connexes s'éteindraient. D'ailleurs, s'attendant à ce que l'appelant s'acquitte des obligations qui lui étaient faites aux termes du jugement par consentement, les Gaudet et leurs avocats ont insisté pour que la [TRADUCTION] « clôture » ait lieu au plus tard le 23 septembre 2002, soit la date limite du dernier

versement à effectuer en vertu du jugement par consentement. Ils ont proposé de produire, à ce moment-là : (1) une décharge dégageant l'appelant des obligations qui lui étaient faites en vertu de la déclaration de fiducie et de garantie; (2) une renonciation, de la part de 508571 N.B. Ltd. et Adam Gaudet, à leur intérêt dans le permis n° 23622; (3) un acte de vente de l'Emy Serge D., libre et quitte de toute charge; (4) les clefs du bateau; et (5) une lettre d'instructions en vue du paiement des 2 050 000 $. Ils s'attendaient à recevoir, en échange, un chèque certifié du même montant ainsi que la mainlevée de l'hypothèque grevant la maison et le bien-fonds de Peter Gaudet à l'Île-du-Prince-Édouard ainsi que des garanties personnelles qui avaient pu être données.

[55] Ce scénario présentait un problème : l'appelant n'a jamais eu l'intention de faire le dernier versement de 2 050 000 $.

[56] L'avocat de l'appelant, Jacques Cormier, a néanmoins demandé que l'échange des documents constatant la clôture et le paiement des 2 050 000 $ soit reporté de dix jours. La raison invoquée (un « prétexte » selon le juge du procès) était la suivante : l'hospitalisation imminente de son client empêcherait ce dernier d'obtenir le financement nécessaire dans le délai fixé dans le jugement par consentement. Le juge du procès a conclu que l'appelant avait en fait obtenu ce financement d'un tiers, Les Produits océaniques canadiens ltée, le 10 septembre 2002, soit un peu moins de deux semaines avant l'échéance du paiement des 2 050 000 $ qui était fixée au 23 septembre 2002. Au lieu d'utiliser cette source de financement, l'appelant a recouru à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour éviter d'avoir à rembourser sa dette conformément au jugement par consentement.

F. *La procédure de faillite*

[57] L'appelant a fait une cession de faillite à la fin d'octobre 2002. Il avait comme objectif de tirer profit de l'utilisation du permis n° 23622 sans avoir à rembourser la dette de 2 050 000 $.

[58] Les Gaudet ont déposé une preuve de réclamation égale à cette somme et se sont opposés à la libération de l'appelant. Cette démarche, l'acceptation de versements subséquents faits par la syndique et l'objection à la libération définitive de l'appelant sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* auraient pu se révéler être des erreurs stratégiques préjudiciables. Toutefois, l'appelant n'a pas prétendu, dans son vaste exposé de la défense et demande reconventionnelle modifié, que ces événements, individuellement ou collectivement, empêchaient les intimés de contester la validité du jugement par consentement. Il s'ensuit que la question n'est pas soulevée (voir la règle 27 des *Règles de procédure* (« Plaidoiries »), en particulier les règles 27.06(1), 27.06(2) et 27.07(4)).

[59] PricewaterhouseCoopers Inc. a été nommée syndique lors de la première assemblée des créanciers le 6 décembre 2002.

[60] Pendant toute la durée de la procédure de faillite, l'appelant a utilisé le permis n° 23622 pour produire un revenu. À partir de la saison de pêche 2002, il l'a exploité par l'intermédiaire d'une nouvelle compagnie, 600605 NB Inc. Cette compagnie a pris un bateau de pêche à bail pour la saison 2002 et en a acheté un autre, le Richard B., afin de l'utiliser pendant la saison 2003 et les saisons ultérieures.

[61] En mars 2003, la syndique s'est adressée à la Cour du Banc de la Reine afin d'obtenir, entre autres mesures réparatoires, une ordonnance enjoignant à l'appelant de rendre tous les revenus tirés de ses activités de pêche. Ce sont les sérieux doutes qu'entretenait la syndique relativement à plusieurs opérations commerciales effectuées par l'appelant qui l'ont incitée à déposer cette demande. Dans une décision qui a subséquemment été confirmée par notre Cour (voir *Dugas (Bankrupt), Re*, le juge Léger), le juge saisi de la motion a fait les observations suivantes avant de se ranger du côté de la syndique :

> [TRADUCTION]
> Dans le passé, les activités de pêche du crabe du failli ont rapporté des revenus considérables en très peu de temps.

La syndique entretient de sérieux doutes en ce qui concerne plusieurs opérations que le failli a conclues dans le passé. De plus, la preuve révèle que le failli a déjà fait l'objet d'une procédure de faillite dans le passé.

Dans son affidavit, le failli a indiqué qu'il ne pêcherait pas le crabe en 2003 parce qu'il avait des problèmes de santé. Le failli a pris un arrangement avec un autre capitaine afin que ce dernier exerce les privilèges que lui accorde son permis de pêche du crabe aux fins des activités de pêche de cette année. Le ministère des Pêches et des Océans a consenti à cet arrangement. Le failli ne sait pas quel est le prix du crabe ni la quantité de crabe qui sera pêchée. Cela est normal au début d'une saison de pêche. Selon l'avocat du failli, le quota attribué à M. Dugas en 2003 s'établit à 195 000 livres.

M. Dugas reconnaît qu'il devrait verser une partie de ses revenus à l'actif, mais pas la totalité des revenus provenant des activités de pêche. Il a dit, par l'intermédiaire de son avocat, qu'il accepterait de verser vingt pour cent des revenus totaux provenant de ses activités de pêche en 2003. C'est là la part habituellement consentie au capitaine du bateau et c'est là la part que le failli s'attend à recevoir par suite des activités de pêche du crabe en 2003. Le failli propose que la syndique fixe ensuite le montant à verser au failli au titre de ses frais de subsistance raisonnables conformément aux dispositions de l'article 68 de la *Loi*.

La syndique veut que la totalité des revenus provenant des activités de pêche de l'année 2003 lui soit versée directement. Elle acquitterait les dépenses engagées pour la pêche en prélevant les sommes nécessaires sur ces revenus. Elle établirait ensuite le montant à verser au failli, au titre de ses frais de subsistance sous le régime de l'article 68 de la *Loi*.

[…]

Compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente espèce, je conclus que la façon la plus raisonnable de régler la question des revenus et dépenses liés aux activités de pêche du crabe pendant l'année 2003 consiste à ordonner que la totalité des revenus provenant de ces activités soit versée à la syndique. Cette dernière paiera sur-le-champ l'ensemble des frais consécutifs aux opérations conclues de

> bonne foi et à distance dans le cours normal des activités de pêche en prélevant les sommes nécessaires sur les revenus provenant des activités de pêche. Cela comprend manifestement le paiement des salaires des employés et des autres dépenses nécessaires se rapportant aux activités de pêche pour l'année 2003.
>
> Tout compte fait, je suis convaincu que la meilleure façon de s'assurer que les éléments d'actif soient protégés consiste à ordonner que la totalité des revenus provenant des activités de pêche exercées en 2003, conformément au permis de pêche du crabe n° 23622 délivré au failli Cyrenus Dugas, soit versée directement à la syndique, PricewaterhouseCoopers Inc.
>
> J'ordonne à la syndique de rédiger, à l'intention du failli et des créanciers, un rapport faisant état de tous les revenus et de toutes les dépenses et d'agir ensuite conformément aux dispositions de l'article 68 de la *Loi*. L'audition de la présente motion reprendra le 2 juillet 2003, à 13 h 30, ou à toute autre date dont les parties pourront convenir afin que soient tranchées toutes les questions non résolues concernant les activités de pêche du crabe pendant l'année 2003, y compris la question des dépenses raisonnables. [par. 8 à 12, et 18 à 20]

[62] Par suite de cette ordonnance, la syndique a été en mesure de percevoir 263 256,22 $ (en vue de leur distribution) sur les revenus tirés de la pêche du crabe des neiges en vertu du permis n° 23622 pendant les saisons 2003 et 2004.

[63] Le 23 avril 2004, l'appelant a déposé une demande en vue d'obtenir une ordonnance de libération.

[64] Le 7 mai 2004, le registraire en matière de faillite a ordonné, malgré l'objection des Gaudet et de la syndique, la libération de l'appelant, laquelle a été suspendue jusqu'au 5 mai 2005 à certaines conditions (voir *Dugas (Re)*, 2004 NBBR 200, [2004] A.N.-B. n° 187 (QL)). Ces conditions reflétaient le fait que le registraire a considéré le permis n° 23622 comme une source de revenus, provenant soit de la récolte du crabe soit de sa cession à un tiers, et non comme un « bien » saisissable ou réalisable pour les fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* :

[TRADUCTION]
Pour trancher la présente affaire, il faut comparer les obligations et les revenus potentiels du failli. Les permis de pêche ne constituent pas en soi un bien appartenant au failli que la syndique peut saisir ou qui peut lui être remis à des fins de réalisation. Le gouvernement fédéral conserve la propriété de tout permis accordé et possède un pouvoir discrétionnaire absolu, lorsqu'il est convenablement exercé, pour le renouveler au nom de la personne qui en est titulaire ou le transférer à une autre personne. Cela, toutefois, ne soustrait pas le permis à l'examen de la Cour. L'exploitation du permis permet de gagner un revenu substantiel et son transfert, lorsqu'il est autorisé par le MPO, peut être négocié en échange d'une somme considérable. Si l'on veut donner effet aux objectifs de la *Loi*, ces circonstances doivent être prises en considération au moment d'établir les conditions de la libération.

[…]

Bien que ce soit le gouvernement fédéral qui ait le contrôle ultime du permis, de sorte que celui-ci ne peut pas être cédé ou revendu à volonté, il serait frivole de laisser entendre que le failli n'a, en common law ou en equity, aucun droit aux avantages que confère ce permis, tant et aussi longtemps qu'il l'exploite conformément aux politiques du MPO. Le législateur fédéral a accordé un droit qui n'est pas exclusif à une personne, mais à un groupe de personnes, savoir les pêcheurs de la zone administrative, qui ont le droit de le céder. La possibilité d'une cession entraîne une concurrence et crée, par voie de conséquence, une valeur commerciale que le titulaire peut réaliser, comme revenu, au moment de sa cession. Il serait contraire aux principes de la législation en matière de faillite de conclure que ce revenu ne devrait pas être versé à l'actif et ne pas profiter aux créanciers.

[…]

La libération du failli sera accordée mais son application sera suspendue jusqu'au 5 mai 2005 et elle sera fonction du respect par le failli des conditions suivantes. Pendant cette période, le failli déposera un état financier complet et exact pour chacun des mois de la faillite, qui ont précédé et suivi la présente décision, et il apportera son entière collaboration à la syndique, dont les droits que lui confère

> la *Loi* demeurent intacts, dans toute procédure administrative ou judiciaire ayant pour but de déterminer la situation financière du failli et de recouvrer des biens qui reviennent à l'actif. Le failli fera des versements dont le montant sera prélevé sur tout revenu excédentaire reçu entre le jour de la cession et le 5 mai 2005 conformément à la directive du surintendant. Pour le cas où le failli choisirait, pendant cette période, de céder ses droits au permis n° 23622 dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance, 30 % de la contrepartie reçue sera réputée constituer un revenu pour les fins du calcul des versements. Pour le cas où le failli choisirait de céder ses droits au permis n° 23622 dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance, 70 % de leur juste valeur marchande réputée sera considérée constituer un revenu pour les fins du calcul des versements. [par. 23, 26 et 35]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[65] Dans une décision datée du 20 octobre 2005, le registraire a confirmé la libération absolue de l'appelant en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

[66] Le 3 janvier 2007, la syndique, PricewaterhouseCoopers, a été libérée conformément au par. 41(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Avant cette date, les parties et le registraire en matière de faillite avaient souscrit à l'opinion voulant que les permis de pêche détenus au nom de l'appelant ne fussent pas des « biens » saisissables et réalisables pour les fins de la faillite et avaient agi en fonction de cette opinion.

[67] Le 24 octobre 2008, la Cour suprême du Canada a rendu, dans l'affaire *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, une décision qui a rejeté cette façon largement acceptée d'interpréter la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en concluant que la définition du mot « bien » qui y est énoncée pouvait, dans certaines circonstances, englober les permis de pêche délivrés par le ministère des Pêches et des Océans. Estimant que, suivant l'arrêt *Saulnier*, les permis de pêche détenus au nom de l'appelant constituaient des éléments d'actif qui n'avaient pas été antérieurement réalisés, PricewaterhouseCoopers a demandé à être renommée syndique de l'actif de l'appelant conformément au par. 41(11) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui est ainsi rédigé :

41(11) The court, on being satisfied that there are assets that have not been realized or distributed, may, on the application of any interested person, appoint a trustee to complete the administration of the estate of the bankrupt, and the trustee shall be governed by the provisions of this Act, in so far as they are applicable.	41(11) Après s'être assuré que certains avoirs n'ont pas été réalisés ou distribués, le tribunal peut, à la demande de toute personne intéressée, nommer un syndic pour achever l'administration de l'actif du failli, et le syndic se guidera sur les dispositions de la présente loi, dans la mesure où elles sont applicables.

La demande de la syndique ne pouvait être accueillie que si deux conditions étaient remplies : (1) l'arrêt *Saulnier* englobe les permis de pêche qui sont assujettis à des conditions contractuelles et fiduciales semblables à celles dont est assorti le permis n° 23622; et (2) il serait possible de donner un effet rétroactif à cet arrêt. La première condition ne semble pas avoir été examinée.

[68] Un juge de la Cour du Banc de la Reine a ordonné la renomination demandée et la dévolution à la syndique des intérêts que pouvait avoir l'appelant dans les permis (voir la décision *Dugas (Bankrupt), Re*, 2012 NBBR 48, 384 R.N.-B. (2e) 98). Notre Cour a infirmé cette décision pour le motif que l'arrêt *Saulnier* n'avait pas d'effet rétroactif (voir l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres*). Il vaut la peine de mentionner que les intimés ont sollicité et obtenu l'autorisation d'intervenir comme « parties » à l'appel (voir l'arrêt *PricewaterhouseCoopers Inc. c. Dugas*, [2012] A.N.-B. n° 126 (C.A.) (QL)). Si notre Cour avait infirmé la décision pour des motifs susceptibles de faire intervenir la doctrine de la préclusion pour même question en litige, cette intervention aurait pu se révéler être un mécompte procédural fort dommageable. Heureusement pour les intimés, cette possibilité ne s'est pas concrétisée. Cela dit, il peut être opportun, à ce moment-ci, de définir la véritable portée de l'arrêt *Saulnier*.

[69] *Saulnier* ne s'applique pas à une situation où le failli est un simple détenteur de permis qui n'a aucun droit propriétal dans les espèces capturées et les revenus en résultant. La décision appuie la proposition suivante. Pour que les permis de pêche constituent des « biens » saisissables et réalisables pour les fins d'une faillite, il faut que leur titulaire ait davantage que le droit de pêcher; ce droit doit s'accompagner d'un droit propriétal dans les poissons capturés et dans les revenus tirés de leur vente.

Donc, l'appelant ne pouvait avoir un droit propriétal dans le crabe capturé en vertu du permis n° 23622 et dans les revenus pouvant en découler que si, malgré son défaut de payer la dette judiciaire de 2 050 000 $, la clause 5 du jugement par consentement défaisait la vente antérieure de ce permis et le dégageait des obligations fiduciales qui lui étaient faites en vertu de la déclaration de fiducie et de garantie.

[70] Le registraire n'a tiré aucune conclusion de cette nature; il a simplement considéré le permis comme une source de revenus distribuables, qu'il s'agisse de revenus provenant des prises faites en vertu du permis ou de revenus provenant de la possible cession du permis à un tiers moyennant une contrepartie. Au final, la procédure de faillite n'a pas cherché à résoudre la question de la propriété bénéficiaire du permis n° 23622 et elle n'a pas, à plus forte raison, tranché cette question.

G. *L'action sous-jacente*

[71] Le 22 décembre 2004, les Gaudet ont déposé devant la Cour du Banc de la Reine une demande en vue d'obtenir : (1) une ordonnance annulant le jugement par consentement du 23 août 2002; (2) les mesures déclaratoires et obligatoires se rapportant aux permis qui avaient antérieurement été demandées dans l'action qui avait donné lieu au jugement par consentement; et (3) des dommages-intérêts correspondant aux profits ayant résulté de la pêche du crabe des neiges effectuée en vertu du permis n° 23622 au cours des saisons ultérieures à la saison 2001. Le 6 juin 2005, un juge de la Cour du Banc de la Reine a ordonné la transformation de la requête en action ordinaire : *Peter Gaudet et al. c. Dugas*, 2005 NBBR 200. Dans sa décision, le juge McNally a fait observer que les faits contestés ne [TRADUCTION] « devaient pas être tranchés uniquement en fonction de la preuve par affidavit ou des contraintes dont s'accompagne nécessairement la procédure par avis de requête ». Je souscris à cet énoncé et j'ajouterais ce qui suit. Il est d'une importance cruciale que les juges, lorsqu'ils tranchent des demandes ou des motions interlocutoires, limitent leurs observations à ce qui est nécessaire pour trancher la demande visant l'obtention de mesures réparatoires. Le fait d'aller au-delà de ce qui est

strictement nécessaire provoque invariablement de la confusion en ce qui concerne l'état du dossier factuel sur lequel doit s'appuyer la décision finale sur le fond.

[72] Dans leur exposé de la demande modifié, les intimés formulent les allégations suivantes :

> [TRADUCTION]
> Le 29 janvier 1999, le défendeur a passé avec les demandeurs, 508571 N.B. Ltd. et Adam Gaudet, une déclaration de fiducie et de garantie (ci-après la déclaration de fiducie) dans laquelle il déclarait détenir divers permis de pêche, y compris le permis de pêche n° 25341 pour l'huître, le permis de pêche n° 45432 pour le maquereau et le permis de pêche n° 23622 pour le crabe des neiges, en fiducie pour le compte des demandeurs 508571 N.B. Ltd. et Adam Gaudet, ainsi que de leurs héritiers, successeurs et ayants droit. La convention de fiducie précisait elle aussi que les demandeurs, 508571 N.B. Ltd. et Adam Gaudet, sont les véritables propriétaires des permis. […]
>
> […]
>
> Les demandeurs Peter Gaudet et Adam Gaudet ont reçu de l'avocat du défendeur un avis daté du 31 janvier 2002, dans lequel il prétendait qu'il serait impossible au défendeur de respecter les conventions. L'avocat du défendeur enjoignait aux demandeurs de cesser tout contact avec le défendeur sauf par l'intermédiaire de représentants juridiques.
>
> Par suite du refus du défendeur de transférer les permis détenus en fiducie, les demandeurs ont engagé contre le défendeur une action en vue d'obtenir diverses mesures réparatoires, dont l'exécution en nature des conventions.
>
> Les parties se sont entendues pour régler l'action à l'amiable <u>à la condition</u> que le défendeur verse 50 000 $ aux demandeurs au moment de la signature du jugement par consentement daté du 22 août 2002 et la somme additionnelle de 2 050 000 $ dans les trente jours de la signature du jugement pas consentement. Le défendeur n'a pas respecté cette condition et n'a pas versé les 2 050 000 $ aux demandeurs dans le délai de trente jours ni à quelque moment que ce soit. Le 28 octobre 2002, le défendeur a fait

une cession volontaire de faillite pour la deuxième fois en dix ans.

Les demandeurs font valoir que lorsqu'ils ont donné leur assentiment au règlement amiable de l'action et au jugement par consentement qui en a découlé, le défendeur n'avait nullement l'intention de se conformer aux conditions qui y étaient énoncées et qu'il a présenté ses intentions aux demandeurs de manière inexacte dans le but de les inciter à souscrire au règlement amiable et à passer le jugement par consentement et que cette assertion inexacte rend le règlement amiable et le jugement par consentement nuls en droit ou annulables à la demande des demandeurs.

[…]

Les demandeurs font valoir que le défendeur avait une relation fiduciale avec eux et qu'il a manqué aux obligations fiduciales que sont la confiance, la bonne foi et l'absence de conflit d'intérêts dont il était tenu envers les demandeurs et que les demandeurs ont subi un préjudice par suite de ce manquement.

De plus, ou à titre subsidiaire, les demandeurs invoquent la doctrine de la violation fondamentale et font valoir que le règlement amiable et le jugement par consentement devraient être annulés.

Les demandeurs affirment en outre que la convention de fiducie mentionnée au paragraphe 9 demeure en vigueur et que le défendeur doit [TRADUCTION] « céder et […] transférer » aux demandeurs, ou à un mandataire désigné par les demandeurs, l'intérêt bénéficiaire dans les permis étant donné que :

(i) Les obligations dont le défendeur est tenu conformément à la convention de fiducie demeurent en vigueur parce que le défendeur ne s'est pas conformé aux conditions du jugement par consentement susmentionnées;

(ii) Le jugement par consentement ne dispose pas, de toute façon, que les obligations dont le défendeur est tenu en vertu de la convention de fiducie sont d'une quelconque façon éteintes.

De plus, ou à titre subsidiaire, les demandeurs font valoir que la cession de faillite du défendeur n'a aucune incidence sur la validité et la force exécutoire de la convention de fiducie, conformément à la décision du registraire, Me Michael J. Bray, datée de mai 2004, laquelle prévoit la libération conditionnelle du défendeur et où on lit ceci, au paragraphe 23 :

> [TRADUCTION]
> Les permis de pêche ne constituent pas en soi un bien appartenant au failli que la syndique peut saisir ou qui peut lui être remis à des fins de réalisation.

Les demandeurs sollicitent donc les mesures suivantes à l'encontre du défendeur :

a) une ordonnance portant que les conventions de transfert des actions respectivement datées du 13 décembre 1998 et du 22 janvier 1999 intervenues entre les demandeurs, Peter Gaudet et 508571 N.B. Ltd., d'une part, et le défendeur, d'autre part, sont valides et juridiquement contraignantes pour les parties;

b) une ordonnance portant que la déclaration de fiducie et de garantie datée du 29 janvier 1999 et intervenue entre les demandeurs, Adam Gaudet et 508571 N.B. Ltd., d'une part, et le défendeur, d'autre part, est valide et juridiquement contraignante pour les parties et que les permis de pêche en question ainsi que tous les avantages en découlant sont détenus en fiducie par le défendeur au profit des demandeurs, ou de l'un quelconque d'entre eux;

c) une ordonnance mandatoire, pour l'exécution de la convention et de la déclaration de fiducie susmentionnées, enjoignant au défendeur de coopérer et de prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter le transfert des permis de pêche, y compris le permis de pêche n° 25341 pour l'huître, le permis de pêche n° 45432 pour le maquereau et le permis de pêche n° 23622 pour le crabe des neiges (les « permis »), à Adam Gaudet ou à un autre pêcheur compétent désigné par les demandeurs, ce qui comprend la signature de la demande et des autres documents exigés par le

> ministère des Pêches et des Océans pour procéder à un transfert;
>
> d) une ordonnance mandatoire, pour l'exécution de la convention et de la déclaration de fiducie susmentionnées, enjoignant au défendeur de signer ou de faire signer toute personne agissant comme son fondé de pouvoir la demande ou les autres documents exigés par le ministère des Pêches et des Océans pour procéder au transfert des permis et de le faire au plus tard soixante-douze heures après qu'il aura été informé que sa signature est requise;
>
> e) à titre subsidiaire, une ordonnance portant que le jugement par consentement daté du 22 août 2002 est annulé et que les demandeurs doivent remettre le versement initial de 50 000 $ au défendeur;
>
> f) à titre subsidiaire également, des dommages-intérêts pour rupture de la convention et de la déclaration de fiducie, y compris, notamment, la juste valeur marchande des biens et permis ainsi que le prévoit la convention;
>
> g) des dommages-intérêts majorés;
>
> h) des intérêts;
>
> i) les dépens calculés sur la base des frais entre avocat et client;
>
> j) les autres mesures réparatoires que la Cour pourra estimer justes et indiquées. [par. 9, 14 à 17, et 19 à 23]
>
> [Souligné dans l'original.]

[73] Dans son exposé de la défense et demande reconventionnelle modifié, l'appelant prétend : (1) que le jugement par consentement donne naissance à la chose jugée (préclusion pour même cause d'action); (2) que l'ordonnance de libération rendue par le registraire en matière de faillite a dégagé l'appelant de toute responsabilité envers les intimés; (3) que le contrat intervenu entre les parties était illicite; et (4) que, quoi qu'il en soit, il est inexécutoire, son exécution ayant été rendue impossible du fait du refus du ministère des Pêches et des Océans d'approuver le transfert du permis n° 23622 au nom

d'Adam Gaudet. L'appel ne fait pas intervenir la question du caractère licite du contrat non plus qu'un aspect quelconque de la demande reconventionnelle. Puisque tel est le cas, on n'accomplirait rien d'utile en examinant le fond de ces questions.

[74] Le juge du procès a conclu que le jugement par consentement était nul *ab initio* parce qu'il était le produit d'assertions inexactes et malhonnêtes de la part de l'appelant. Il a également conclu que l'ordonnance de libération rendue par le registraire ne dégageait pas l'appelant de toute responsabilité pour manquement à ses obligations fiduciales, compte tenu de l'al. 178(1)d) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui dispose qu'une ordonnance de libération ne libère pas le failli des obligations résultant de « la concussion » alors qu'il agissait à titre de fiduciaire. Le juge du procès a conclu que le contrat intervenu entre les parties n'était pas inexécutable, écartant, d'après les faits, la décision de notre Cour dans l'affaire *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*. Le juge était convaincu qu'au bout du compte, « le seul moyen de rendre justice [était] d'ordonner le transfert des permis de pêche détenus en fiducie par [l'appelant] pour le bénéfice d'Adam Gaudet » (par. 255). Il a clos l'instance en accordant des dommages-intérêts de 2 384 162 $.

[75] Le juge du procès a fixé le montant des dommages-intérêts en s'appuyant sur les revenus nets gagnés au moyen des permis que l'appelant s'était appropriés pendant plus d'une décennie, soit de 2002 à 2014. Le juge a soustrait de ce total : (1) les impôts estimés; (2) le solde du prix d'achat qui était payable à l'appelant (114 516,50 $); (3) les 50 000 $ qu'il avait versés le 23 août 2002; et (4) la somme de 263 256,22 $ que la syndique avait versée aux intimés. Il a ensuite ajouté des intérêts s'établissant au total à 230 043 $ ainsi qu'une subvention fédérale de 242 703 $ qu'avait reçue l'appelant à titre de titulaire et de propriétaire du permis n° 23622. Après avoir apporté d'autres ajustements au titre des impôts et des intérêts, le juge en est arrivé au montant final de 2 384 162 $. Il a ensuite accordé des dépens de 125 533 $ conformément à la règle 59, Tarif « A », échelle 5, la TVH et les débours taxables.

[76] Le jugement formel rendu par le tribunal d'instance inférieure est ainsi rédigé :

> [TRADUCTION]
>
> a) La Cour confirme que la convention de transfert des actions datée du 15 décembre 1998 et celle du 22 janvier 1999, qui sont intervenues entre Peter Gaudet et 508571 N.B. Ltd., d'une part, et Cyrennus Dugas, d'autre part, sont valides et contraignantes pour les parties et que la transaction qui y est envisagée a donc été conclue le 29 janvier 1999.
>
> b) La Cour reconnaît que la déclaration de fiducie et de garantie datée du 29 janvier 1999, intervenue entre Adam Gaudet et 508571 N.B. Ltd., d'une part, et Cyrennus Dugas, d'autre part, est valide et contraignante pour les parties et que la déclaration de fiducie et de garantie est donc exécutoire.
>
> c) La Cour rend une ordonnance mandatoire enjoignant à M. Dugas de coopérer et de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir et pour faciliter le transfert des permis de pêche qui font l'objet de la déclaration de fiducie et de garantie à Adam Gaudet ou à toute autre personne qu'il choisira. La Cour ordonne à M. Dugas de signer toutes les demandes et tous les autres documents exigés par le ministère des Pêches et des Océans pour donner effet à ce transfert.
>
> d) La Cour rend une ordonnance mandatoire enjoignant à M. Dugas de signer ou d'autoriser [toute] personne détenant une procuration signée par lui à signer toutes les demandes et tous les autres documents exigés par le ministère des Pêches et des Océans pour donner effet au transfert des permis de pêche qui sont [visés] par la déclaration de fiducie et de garantie, afin que le transfert puisse avoir lieu. M. Dugas disposera d'un délai de soixante-douze heures pour apposer sa signature après avoir été informé que celle-ci est requise à cette fin.
>
> e) À titre subsidiaire, pour le cas où Cyrennus Dugas ne se présenterait pas afin d'apposer sa signature comme le prévoit la présente ordonnance et pour le cas où le ministère des Pêches et des Océans ne reconnaîtrait pas

la procuration fournie par Cyrennus Dugas en faveur d'Adam Gaudet, la Cour affirme, en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, qu'un greffier de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick aura le pouvoir de signer tous les documents nécessaires pour donner effet au transfert des permis qui font l'objet de la déclaration de fiducie et de garantie et sa signature produira à toutes fins utiles le même effet que si les documents avaient été signés ou endossés par Cyrennus Dugas, étant donné l'obligation qui lui est faite, dans la présente ordonnance, de signer ces documents.

f) Le défendeur paiera aux demandeurs des dommages-intérêts particuliers de 2 384 162 $, somme qui est nette d'impôt sur le revenu.

g) Le défendeur paiera aux demandeurs les dépens qu'ils ont engagés au titre des honoraires qui s'établissent à 125 533 $ plus la TVH de 16 319,29 $ ainsi que les débours dont le montant sera déterminé à une date ultérieure par la greffière soussignée de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans la circonscription judiciaire de Moncton.

[77] Dans l'avis d'appel modifié, l'appelant prétend que le juge du procès a commis des erreurs de droit et de fait :

[TRADUCTION]

a) en concluant que la convention intervenue entre les parties n'était pas inexécutable malgré les décisions de la Cour d'appel dans les affaires *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres*, 2012 NBCA 85, et *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*, 2006 NBCA 38, refusant ainsi d'appliquer le principe du *stare decisis;*

b) en concluant que le jugement par consentement daté du 23 août 2002 était nul *ab initio*, au lieu de conclure qu'il tranchait l'ensemble des questions contestées dans l'action qui opposait les parties;

c) en ne concluant pas que l'action des intimés était chose jugée, compte tenu du fait que les questions soulevées

par les intimés avaient été tranchées dans deux instances antérieures, savoir [*Dugas (Re)*], 2004 NBBR 200 et *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres*;

d) en retenant une interprétation erronée de l'al. 178(1)d) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

[78] Contrairement à l'avis d'appel original, la version modifiée ne conteste pas l'évaluation des dommages-intérêts effectuée par le juge du procès ni les dépens qu'il a attribués.

[79] Comme nous l'avons vu, à la suite du rejet d'une motion en suspension du jugement déposée par l'appelant, le ministère a approuvé Adam Gaudet comme titulaire du permis n° 23622.

[80] Le 14 avril 2016, nous avons rejeté l'appel en précisant que des motifs suivraient.

III. Analyse

[81] Bien qu'un appelant ne puisse invoquer que les moyens d'appel énoncés dans l'avis d'appel ou dans l'avis d'appel modifié (règle 62.09), il arrive souvent que des modifications mineures soient apportées dans le mémoire de l'appelant, et tant et aussi longtemps qu'elles n'élargissent pas les moyens énoncés, elles ne font pas problème. En l'espèce, les moyens énoncés sont occasionnellement reformulés dans le mémoire de l'appelant, surtout à des fins de clarification. Compte tenu des limites imposées par la règle 62.09, les questions que nous devons examiner sont les suivantes : (1) le juge du procès était-il fondé à rejeter la défense d'inexécutabilité malgré les « observations » de notre Cour dans l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres* et la décision qui a fait jurisprudence rendue dans l'affaire *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*?; (2) a-t-il commis une erreur en décidant que le jugement par consentement était nul *ab initio*, au lieu de conclure qu'il tranchait le litige du fait de la

doctrine de la préclusion pour même cause d'action?; (3) la doctrine de la préclusion pour même question en litige emportait-elle le rejet de l'action, les conclusions favorables aux intimés et essentielles pour que leurs prétentions soient accueillies étant précluses par suite des énoncés faits par le registraire dans la décision *Dugas (Re*) et des « observations » faites dans l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres*?; et (4) la doctrine de la préclusion pour même question en litige interdisait-elle au juge de conclure qu'il y avait eu « appropriation illicite » et malhonnête, ou « concussion », du permis n° 23622 et des avantages en découlant, condition préalable à l'application de l'al. 178(1)d) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et à la survie, après sa libération, de la responsabilité de l'appelant pour les dommages-intérêts pour violation fiduciaire?

[82] Je suis respectueusement d'avis, pour les motifs qui suivent, qu'il faut répondre par la négative à chacune de ces questions. De plus, il faut examiner les questions (1) et (2) en tenant compte des conclusions du juge du procès voulant qu'il y ait eu mauvaise foi de la part de l'appelant, et manque de crédibilité, de sa part et de celle de son épouse, et que le témoignage de leur avocat, Jacques Cormier, ait été peu fiable.

A. *La crédibilité et la fiabilité*

(1) Observations générales

[83] Ni l'une ni l'autre partie ne contestent les observations générales du juge du procès sur la crédibilité :

> [ORIGINAL]
> Quoiqu'il y ait des questions de droit qui se doivent d'être considérées en l'espèce, cette affaire repose principalement sur les faits soumis par les parties. Cette preuve présentée par les parties diverge à plusieurs égards. L'appréciation de la preuve déposée par les témoins clefs devient une tâche très importante.
>
> Faire l'évaluation de la crédibilité d'un témoin n'est pas une science parfaite. Il est difficile pour un juge d'articuler avec précision les différentes expressions qui se dégagent à

> observer et écouter un témoin. De tenter de réconcilier les différentes versions des faits, ou encore de faire l'interprétation des faits que chacun puisse vouloir y donner est davantage difficile.
>
> Le tribunal peut accepter tout le témoignage, une partie de celui-ci ou rien du tout de la version des faits présentée par le témoin. Face à ce défi de déterminer la véracité, l'exactitude et la fiabilité du témoignage de chacun, la Cour doit tenir compte de plusieurs facteurs.
>
> Dans le manuel « *The Law of Evidence in Canada* » par Sopinka J. et Lederman J., les auteurs nous suggèrent et identifient certains critères que le tribunal peut considérer afin de déterminer la crédibilité d'un témoin. Parmis ceux-ci, il y a la raisonnabilité de la preuve, la contradiction dans le témoignage (cohérence), si le caractère du témoin a été mis à l'épreuve ou contesté, la personnalité et le comportement du témoin, la corroboration du témoignage (cohérence avec l'ensemble de la preuve), l'intérêt personnel du témoin, la capacité du témoin à observer et se rappeler des évènements, et enfin la capacité du témoin à s'exprimer. [par. 62 à 65]

(2) La fiabilité du témoignage du principal avocat de l'appelant après la conclusion de la transaction

[84] Un des témoins de l'appelant au procès a été Me Jacques Cormier. Contredisant en cela le témoignage d'Adam Gaudet, il a témoigné n'avoir joué qu'un rôle mineur dans les tentatives qui ont été faites après la vente en vue d'obtenir l'approbation du ministère aux transfert des permis et n'avoir jamais été au mis courant de l'acceptation d'Adam Gaudet à titre de nouveau participant en 2000 ou du fait que la valeur du permis n° 23622 avait augmenté entre le moment de sa vente en janvier 1999 et celui où l'appelant se l'est approprié au début de 2002. Le juge du procès a conclu que son témoignage n'était pas fiable :

> [ORIGINAL]
> Me Cormier dans son témoignage a voulu limiter son implication dans ce dossier. Pendant l'interrogatoire principal, il n'avait aucun souvenir d'avoir discuté ou

> rencontré Adam Gaudet après la fin janvier 1999. Il n'était pas son avocat, n'avait jamais entendu parler de son approbation comme nouveau participant. Pour combler le tout, Me Cormier avait fermé son dossier le 23 août 2002, donc rien à voir avec la suite des évènements et n'avait aucune idée que la valeur du permis de pêche avait augmentée.
>
> Durant le contre-interrogatoire, les contradictions n'ont cessé de s'accumuler. D'abord comme l'avait soumis Adam Gaudet, Me Cormier a admis l'avoir rencontré après la conclusion de la vente. Me Cormier s'est rappelé avoir participé pour faciliter le transfert du permis, lors avoir discuté avec M. Gaudet d'une rencontre dans un café près de son bureau et d'avoir fait une offre pour annuler l'entente. Confronté à nouveau à savoir combien de fois il a pu rencontrer Adam Gaudet avant le 31 janvier 2002, Me Cormier a admis avoir pu le rencontrer à divers occasions. Comme relaté ailleurs dans cette décision, l'implication de Me Cormier aura été considérable à divers occasions.
>
> Enfin, demandé ce qu'il avait fait pour se préparer pour ce procès, Me Cormier a indiqué ne plus avoir de dossier mais que la soirée précédente il avait rencontré l'avocat du défendeur. M. Dugas, lorsqu'il a témoigné le lendemain, a indiqué avoir avec Mme Dugas, deux semaines auparavant, rencontré Me Cormier pour discuter du dossier. Je n'en dirai davantage. [par. 96 à 98]

(3) <u>La crédibilité du témoignage rendu par l'épouse de l'appelant</u>

[85] Le juge du procès a conclu que l'épouse de l'appelant n'était pas une témoin digne de foi :

> [ORIGINAL]
> Mme Dugas, à de nombreuses occasions, voulait s'argumenter avec l'avocat des demandeurs, donnant des réponses vagues ou encore évitait tout simplement de répondre à la question si la réponse ne lui serait pas favorable. Elle a également fait preuve d'une mémoire sélective sur certains faits. Enfin, son témoignage manque de cohérence avec l'ensemble de la preuve retenue.

> Les contractions dans le témoignage de Mme Dugas, l'impression laissée de sa personnalité, son comportement et le manque de cohérence avec la preuve de M. Dugas et Me Cormier, ses observations et ses souvenirs des évènements ou l'absence de souvenirs de ceux-ci n'inspire aucune confiance et ne permet pas au tribunal de conclure que ce témoin est digne de foi. [par. 104 et 105]

Chose importante, le juge du procès ne l'a pas crue lorsqu'elle a dit sous serment qu'Adam Gaudet ne l'avait pas informée, non plus que son mari, de la lettre du 8 septembre 2000 du ministère des Pêches et des Océans confirmant son admission comme nouveau participant et du fait que l'appelant devait se présenter au bureau régional du ministère afin de déposer une demande de transfert du permis n° 23622 au plus tard le 31 décembre 2000.

(4) La crédibilité du témoignage de l'appelant

[86] Le juge du procès a conclu que l'appelant n'était pas un témoin crédible, spécifiquement en ce qui concernait ses prétentions voulant qu'il eût agi de bonne foi dans ses efforts en vue du transfert des permis, sa prétendue incapacité d'obtenir du financement pour payer la dette de 2 050 000 $ en septembre 2002, sa prétendue ignorance du fait qu'Adam Gaudet avait été accepté comme nouveau participant en septembre 2000 et sa négation du fait qu'il avait refusé de se présenter au bureau régional du ministère, entre le 8 septembre et le 31 décembre 2000, pour y déposer, comme il devait le faire, une demande écrite de transfert des permis de pêche qu'il avait antérieurement vendus :

> [ORIGINAL]
> La preuve de Cyrennus Dugas, comme celle d'Émérentienne Dugas, a été marquée par l'incohérence. Des explications farfelues et même fausses ont été données pour expliquer des faits ou situations comme l'absence de financement, son refus de se présenter pour exécuter une demande de transfert en septembre 2000, ou encore tenter de laisser croire ne jamais avoir eu de telles discussions

> avec Adam Gaudet suite à son approbation comme nouveau participant.
>
> Il n'y a pas de doute que le témoignage de M. Dugas et Mme Dugas ont été motivés pour soutenir leur position. Leurs témoignages ont été catégoriquement contredits par d'autres témoins. Leurs propos visaient incontestablement le soutien de leurs intérêts personnels.
>
> M. Dugas a témoigné avec la même conviction que Mme Dugas, et le tribunal n'a aucune hésitation à conclure que M. Dugas manque également de crédibilité. [par. 108 à 110]

(5) <u>La crédibilité et la fiabilité du témoignage rendu par Peter et Adam Gaudet</u>

[87] Le juge du procès a conclu que Peter et Adam Gaudet avaient rendu un témoignage crédible et fiable sur toutes les questions importantes et controversées :

> [ORIGINAL]
> J'accepte la preuve d'Adam Gaudet et de Peter Gaudet plutôt que celle de Cyrennus Dugas, d'Émérentienne Dugas et Me Cormier lorsqu'il y a divergence dans leurs témoignages. Je ne fonde pas cette conclusion uniquement sur la bonne impression qu'ils ont donnée ou sur leur comportement qu'ils ont fait preuve durant leur témoignage, même s'il s'agit de facteurs considérés en espèce. Plus important encore, la version des faits présentée par les Gaudets semble être plus compatible avec la logique et le bons sens lorsqu'elle est considérée avec tous les éléments de preuve présentés pendant l'audience du procès et appréciée en fonction de ceux-ci. [par. 111]

[88] À la lumière de ces conclusions, j'examinerai maintenant les quatre questions soulevées par l'appel.

B. *Le juge du procès était-il tenu, en raison de certaines décisions judiciaires faisant autorité, d'appliquer la doctrine de l'inexécutabilité?*

[89] Aux termes du par. 2(1) de la *Loi sur les contrats inexécutables*, L.R.N.-B. 2011, ch. 164, l'inexécutabilité, ou l'impossibilité d'exécution, s'entend d'un « contrat […] dont l'exécution est devenue impossible ou est devenu inexécutable pour toute autre raison ». Les éléments qui fondent la doctrine de l'impossibilité d'exécution sont expliqués dans l'arrêt *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943 :

> Il y a impossibilité d'exécution lorsque survient une situation que les parties n'ont pas prévue dans le contrat et qui fait en sorte que l'exécution du contrat devient [TRADUCTION] « quelque chose de radicalement différent des engagements pris au contrat » : *Peter Kiewit Sons' Co. c. Eakins Construction Ltd.*, [1960] R.C.S. 361, le juge Judson, p. 368, citant l'arrêt *Davis Contractors Ltd. c. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (H.L.), p. 729.
>
> La jurisprudence plus ancienne relative à l'« impossibilité d'exécution » faisait appel à la thèse de la « condition implicite ». Le tribunal devait se poser la question hypothétique suivante : si, au moment de conclure le contrat, les parties contractantes avaient, en tant que personnes raisonnables, prévu l'événement qui est survenu, auraient-elles convenu qu'il mettrait fin au contrat? Cette thèse de la condition implicite est désormais largement rejetée parce qu'elle repose sur la fiction et l'imputation.
>
> La méthode utilisée dans la jurisprudence plus récente, notamment l'arrêt *Peter Kiewit*, est plus réaliste. L'intervention de la cour est sollicitée non pas pour mettre à exécution une intention fictive imputée aux parties, mais pour libérer les parties de leur marché en raison d'un événement nouveau (en l'occurrence, la décision de la CRTO) qui est survenu sans qu'il n'y ait eu faute de la part de l'une ou l'autre des parties. Par exemple, il faudrait en l'espèce que l'événement nouveau ait tellement modifié la nature de l'obligation de l'appelante de conclure un contrat avec l'intimée que contraindre cette dernière à l'exécuter, malgré le changement de circonstances, reviendrait à lui ordonner de faire quelque chose de radicalement différent de ce qui a été convenu par les parties dans le contrat d'appel d'offres : *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087; *McDermid c.*

> *Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300 (B.R.); *O'Connell c. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291 (C. cté Ont.), p. 304; *Petrogas Processing Ltd. c. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118 (B.R.); *Victoria Wood Development Corp. c. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229 (C.A. Ont.), p. 242; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4e éd. 1999), p. 677-678. [par. 53 à 55]

Voir, également, l'arrêt *McLean c. Miramichi*, 2011 NBCA 80, 380 R.N.-B. (2e) 398, le juge d'appel Robertson, qui rendait le jugement de la Cour, aux par. 23 et 24.

[90] Je me dois d'exposer immédiatement les doutes que j'entretiens en ce qui concerne l'applicabilité de la doctrine de l'inexécutabilité, ou de l'impossibilité d'exécution, aux faits qui nous occupent en l'espèce. Je ne suis pas convaincu que les décisions du ministère d'interdire toute demande de transfert au cours des saisons 2001 à 2003 ont donné lieu à « […] une situation que les parties n'ont pas prévue dans le contrat et qui [a] fait en sorte que l'exécution du contrat [était devenue] [TRADUCTION] 'quelque chose de radicalement différent des engagements pris au contrat' » (voir l'arrêt *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, par. 53).

[91] Après tout, la convention d'achat-vente du permis no 23622 contient une garantie donnée par l'appelant portant que le permis est [TRADUCTION] « transférable » à l'acheteuse et aucune date limite n'est fixée en ce qui concerne ce transfert. De plus, la déclaration de fiducie devait rester en vigueur jusqu'à ce que le transfert du permis ait été effectué. En outre, le ministère n'avait pas définitivement fermé la porte aux demandes de transfert de la part de l'appelant. Chaque interdiction de sa part s'appliquait à une période précise. Contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*, il n'y a pas eu de refus catégorique de délivrer un permis de remplacement « tant et aussi longtemps que l'entente de fiducie demeur[ait] en vigueur » (par. 28). De plus, le dossier, en l'espèce, ne contient aucun élément de preuve établissant que le ministère n'aurait, en aucun cas, été ouvert à l'approbation.

[92] Donc, au moment de l'inexécutabilité invoquée par l'appelant (soit en avril 2001), sa garantie de transférabilité était toujours en vigueur, comme l'était son obligation contractuelle de faire tout ce qui était nécessaire pour obtenir le transfert du permis n° 23622. Au final, voici ce qu'il en est : le contrat intervenu entre les parties prévoyait les événements sur lesquels l'appelant s'appuie pour étayer sa prétention d'inexécutabilité. De plus, on ne voit pas très bien en quoi, au printemps 2001, l'exécution de l'obligation d'accomplir tous les actes et choses nécessaires pour obtenir l'approbation du ministère au transfert serait devenue [TRADUCTION] « quelque chose de radicalement différent des engagements pris au contrat ». Cela dit, je choisis de trancher la question de l'inexécutabilité en m'appuyant sur le principal motif que les intimés ont invoqué au procès et en appel.

[93] Il existe un principe élémentaire de droit qui veut que l'on ne doive pas appliquer la doctrine de l'inexécutabilité, ou de l'impossibilité d'exécution, à la légère [TRADUCTION] « pour dissoudre le contrat » (voir l'arrêt *Davis Contractors Ltd. c. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (Ch. des lords), lord Radcliffe) et que l'inexécutabilité « due à son propre fait », qu'elle soit délibérée ou imputable à de la négligence, ne peut être invoquée pour obvier à l'inexécution d'obligations contractuelles (voir S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 6e éd., par. 379). Dans l'ouvrage intitulé *The Law of Contracts*, 2ieme éd., le professeur McCamus examine précisément la question qui est au cœur du débat qui oppose les parties en ce qui concerne l'application de cette doctrine :

> [TRADUCTION]
> La doctrine de l'inexécutabilité s'applique lorsque les événements qui sont survenus ont, pour reprendre l'expression courante, [TRADUCTION] « sans qu'il y ait défaut de la part du contractant », empêché la partie en cause d'exécuter la convention. Lorsque l'événement entraînant l'inexécutabilité du contrat survient par la propre [TRADUCTION] « faute » de la partie qui manque à son obligation d'exécution, l'inexécutabilité est dite être [TRADUCTION] « due à son propre fait » et la doctrine de l'inexécutabilité ne s'applique pas. Ainsi, lorsque l'exécution d'un contrat dépend de l'approbation d'un tiers,

> la partie qui manque à son obligation d'exécution n'est pas excusée par l'absence d'approbation dans le cas où elle ne s'est pas donné la peine de demander l'approbation en question. De même, lorsque le contrat impose l'obligation de faire son possible pour obtenir cette approbation, le défaut d'agir de façon raisonnable pour atteindre cet objectif constitue une inexécutabilité due à son propre fait. [p. 631]

En somme la doctrine de l'inexécutabilité ne s'applique pas lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'événement « entraînant l'impossibilité d'exécution » survient par la faute de la partie qui manque à ses obligations (voir l'arrêt *512842 N.B. Inc., Roger Landry, Cape Bald Packers, Limited, Patrice Landry et Denis Carrier c. Delphinium Ltée et Louis Schofield*, 2008 NBCA 56, 333 R.N.-B. (2e) 291).

[94] L'exposé de l'appelant en faveur de l'intervention de la Cour d'appel pour cause d'inexécutabilité est fondé sur une conduite irréprochable de sa part, état de choses qui ne s'accorde pas avec les conclusions de fait du juge du procès. Le juge a rejeté les assertions contraires de la défense et il a tiré les conclusions suivantes : (1) l'appelant savait, bien avant la date limite fixée par le ministère pour le dépôt d'une demande de transfert en 2000, qu'Adam Gaudet avait été reconnu comme nouveau participant; (2) l'appelant savait également que le ministère n'examinerait pas la demande de transfert du permis no 23622 à moins qu'il ne présente une demande écrite à cette fin; (3) l'appelant a refusé de se présenter au bureau régional du ministère, afin de déposer la demande de transfert écrite qui était exigée, avant la date limite du 31 décembre 2000 fixée par le ministère; (4) les raisons avancées par l'appelant afin d'expliquer son refus de se présenter étaient « farfelues et même fausses » (par. 108); et (5) plus généralement, l'appelant n'a pas fait le nécessaire pour obtenir l'approbation d'Adam Gaudet comme titulaire de permis. Comme je l'ai souligné, peut-être un peu trop souvent, l'appelant était tenu [TRADUCTION] d'« accomplir tous les [...] actes et choses qui seront nécessaires » pour obtenir cette approbation. Comme le juge l'a si bien dit : « M. Gaudet, dans les circonstances, devait compter sur la bonne foi de [l'appelant], ce qui ne s'est jamais produit » (par. 139).

(1) L'occasion manquée d'obtenir l'approbation du ministère entre le 8 septembre et le 31 décembre 2000

[95] Le paragraphe 16(2) de la *Politique d'émission des permis pour la pêche commerciale dans l'Est du Canada – 1996* prévoit que la demande écrite en vue du transfert d'un permis de pêche « doit […] être faite par le titulaire actuel » (voir la décision *Doucette c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2015 CF 734, [2015] A.C.F. n° 780 (QL), au par. 108). Puisque le ministère n'a pas à se préoccuper d'une convention intervenue entre le titulaire actuel d'un permis et l'éventuel titulaire d'un permis de remplacement, il n'accepterait pas une demande de transfert de permis signée par ce dernier à titre de fondé de pouvoir du titulaire actuel. Pour passer du général au particulier, le ministère n'aurait pas donné suite à une demande de transfert de permis signée par Adam Gaudet en qualité de [TRADUCTION] « fondé de pouvoir » de l'appelant au titre de la déclaration de fiducie. C'est à l'appelant qu'il incombait de déposer, en temps utile, la demande de transfert écrite qui était requise.

[96] L'appelant a clairement manqué à son obligation [TRADUCTION] d'« accomplir tous les [...] actes et choses qui seront nécessaires » lorsqu'il a refusé de se présenter au bureau régional du ministère afin d'y déposer une demande de transfert du permis avant le 31 décembre 2000. On se rappellera que le ministère a fait suivre l'attribution du statut [TRADUCTION] d'« exploitant remplaçant » pour la saison 2000 d'une lettre, datée du 8 septembre 2000, informant M. Gaudet qu'il était admis comme [TRADUCTION] « nouveau participant » et qu'une demande de transfert de permis pouvait être présentée en tout temps avant le 31 décembre 2000. Comme nous l'avons vu, cette lettre a marqué un [TRADUCTION] « tournant » pour ce qui concerne la relation du ministère avec les intimés. Malheureusement pour Adam Gaudet, et ainsi que l'a conclu le juge du procès, l'appelant et son avocat ont tout simplement refusé de coopérer :

> [ORIGINAL]
> Adam Gaudet a témoigné sur les évènements qui ont précédé la signature de l'entente d'achat et vente

concernant l'acquisition des actifs de pêche de l'entreprise de Cyrennus Dugas. Au moment de la signature et à la conclusion de l'entente en 1999, tous savaient qu'il y aurait un délai pour le transfert du titre légal du permis, mais qu'il était possible, comme le démontre trois saisons de pêche, d'opérer l'entreprise de pêche dans le contexte tel qu'entendu. Un nombre d'options s'offraient à chacune des parties en autant que chacun collabore dans le rôle tel qu'entendu. Pour M. Dugas, ses obligations découlaient de la déclaration de fiducie avec les Gaudets était sa seule option.

M. Gaudet rapporte les difficultés rencontrées afin d'être reconnu par Pêches et Océans Canada comme nouveau participant pour finalement recevoir une lettre le 8 septembre 2000 l'informant s'être qualifié. Ceci lui permettait enfin de faire une demande auprès de Pêches et Océans Canada pour se voir transférer le titre du permis de pêche détenu en fiducie par Cyrennus Dugas.

J'accepte comme avéré que M. Gaudet a informé Mme Dugas, M. Dugas et subséquemment Me Cormier de cette lettre du 8 septembre 2000. De plus, j'accepte que M. Dugas, par ses gestes et propos, a refusé d'aller signer sous prétexte qu'il n'y avait aucune hâte pour ensuite dire à M. Gaudet d'aller voir son avocat Me Cormier. J'accepte également comme avéré que Me Cormier a informé M. Gaudet lorsqu'il a communiqué avec lui pour le transfert qu'il était alors trop occupé.

[…]

Comme déjà discuté, M. Gaudet, sur réception de sa lettre de confirmation comme nouveau participant, ne peut obtenir la collaboration de M. Dugas. D'abord, ce dernier lui indique que rien ne presse et subséquemment le renvoie à Me Cormier. En communiquant avec Me Cormier, Adam Gaudet est informé qu'il est trop occupé pour aller à Pêches et Océans Canada, qu'il ira plus tard.

[…]

Le refus de M. Dugas de se présenter entre les mois de septembre 2000 et décembre 2000 chez Pêches et Océans Canada alors qu'Adam Gaudet lui en a fait la demande pour signer la demande alors qu'Adam Gaudet était

> reconnu comme nouveau participant par Pêches et Océans Canada, était délibéré et volontaire. Cette conduite constitue un geste délibéré d'un bris de la fiducie, et un refus intentionnel de faire ce qui était prévu dans la déclaration de fiducie. Son défaut de se présenter pour exécuter les documents pour la demande de transfert n'était pas un geste sans conséquences ou par inadvertance, négligence ou erreur. Sa conduite était tout simplement un geste illégitime et délibéré. [par. 67 à 69, 167 et 231]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[97] À cette étape, il n'existait aucune raison de principe de rejeter une demande officielle de la part de l'appelant en vue du transfert du permis n° 23622 au nom de M. Gaudet et il n'y a aucun élément de preuve établissant que le ministère aurait examiné une demande de cette nature autrement que sur le fond. D'ailleurs, l'imposition d'une date limite (le 31 décembre 2000) pour le dépôt d'une demande officielle visant un transfert de permis applicable la saison suivante milite fortement en faveur de l'opinion voulant que la porte fût grande ouverte à l'acceptation de la demande par le ministère. À mon avis, si l'appelant avait honoré l'engagement qu'il avait pris [TRADUCTION] d'« accomplir tous les [...] actes et choses qui seront nécessaires » en déposant une demande de transfert officielle avant le 31 décembre 2000, il y a de fortes chances que l'approbation du ministère eût rapidement suivi. Après tout, et comme je l'ai souligné, le ministère venait juste de déterminer que M. Gaudet satisfaisait à ses exigences en matière de résidence et l'avait accepté comme [TRADUCTION] « exploitant remplaçant » pour la saison de pêche 2000. Un refus d'approbation aurait été manifestement déraisonnable. De plus, les pressions politiques provinciales visant à empêcher le transfert de permis à des « non-résidents » n'ont sérieusement commencé qu'en 2001.

(2) L'omission de l'appelant de contester les décisions défavorables en recourant à des processus de révision extrajudiciaires

[98] Les décisions du ministère peuvent être examinées par le Comité régional d'appel relatif à la délivrance des permis (CRADP). Le CRADP est composé de cadres supérieurs des bureaux régionaux. Ce comité examine les revendications et fait des

recommandations au directeur général régional qui prend ensuite une décision. Si la décision est défavorable au demandeur, celui-ci peut interjeter appel devant l'Office des appels relatifs aux permis de pêche de l'Atlantique (OAPPA), le dernier niveau d'appel. L'OAPPA, qui est un organisme autonome, fait des recommandations au Ministre qui prend ensuite la décision finale. Bien que la recommandation ainsi formulée n'ait pas force obligatoire à l'endroit du Ministre, on s'attendrait à ce qu'elle soit prise en considération sérieusement, et avec déférence.

[99] L'appelant a manqué à son obligation [TRADUCTION] d'« accomplir tous les […] actes et choses qui seront nécessaires » en ne recourant pas à tous les mécanismes de contrôle disponibles pour contester les décisions qui faisaient obstacle aux démarches d'Adam Gaudet en vue du transfert du permis. Parmi ces décisions figuraient le refus du ministère de traiter la demande de transfert du permis le 14 février 2001 ainsi que ses décisions d'interdire les demandes de transfert de permis pendant certaines périodes précises en 2001, 2002 et 2003. Le juge du procès a conclu que le ministère avait « fabriqué de toutes pièces des raisons » pour empêcher le transfert nominal du permis n° 23622 à compter du 14 février 2001. Cette conclusion étaye l'opinion selon laquelle il est probable qu'il en aurait résulté une issue favorable à M. Gaudet si l'appelant avait contesté ces décisions au moyen des mécanismes de contrôle qui s'offraient à lui. Une révision de bonne foi aurait révélé le caractère arbitraire de ces décisions et confirmé qu'elles étaient insoutenables. À cet égard, le témoignage de James Grant Jenkins, expert-conseil dans l'industrie de la pêche depuis qu'il a pris sa retraite du ministère après trois décennies de service, est instructif.

[100] M. Jenkins a été reconnu expert dans la gestion de la pêche commerciale et le développement de programmes de mise en œuvre, l'interprétation des règlements et procédures ainsi que les pratiques internes et l'administration des comités d'appel du ministère. Voici le résumé qu'a fait le juge du procès du témoignage de M. Jenkins sur ces questions :

[ORIGINAL]
Durant son témoignage, M. Jenkins a fait un historique et discute du développement des règlements et politiques de Pêches et Océans Canada, des processus d'appel et comment la pêche au crabe est devenue une pêche commerciale viable. Il a discuté des raisons et comment les pêcheurs obtiennent un permis de pêche en vertu des règlements et des politiques établis pour être reconnu comme pêcheur authentique.

Un permis de pêche de crabe est émis à une entreprise du noyau qui est une unité composée d'un pêcheur (chef d'entreprise), de bateaux immatriculés et des permis qu'il détient et qu'il a désignés comme tels en 1996 en vertu de critères approuvés. M. Dugas était, à tout moment pertinent, un chef d'entreprise et détenteur d'un permis de pêche du crabe. L'entrée dans cette catégorie d'entreprise de noyau comme nouveau participant se fait seulement en acquérant un permis de pêche du crabe d'un pêcheur existant.

Un pêcheur détenant un permis doit être à bord de son bateau et faire la pêche personnellement. Cependant, un pêcheur substitut peut être désigné de façon temporaire selon les circonstances. Cette période de désignation peut être d'une journée à cinq ans dépendant des circonstances. Il y a dans les règlements et politiques une procédure pour obtenir le consentement de Pêches et Océans Canada.

Dès l'an 2000, Adam Gaudet a été désigné comme pêcheur substitut suite à l'approbation de Pêches et Océans Canada. Une demande en ce sens avait été présentée par M. Dugas en raison de ses problèmes de santé. M. Jenkins confirme que l'approbation par Pêches et Océans Canada démontre qu'Adam Gaudet comme pêcheur substitut rencontrait les exigences en vertu des politiques établies.

M. Jenkins confirme également que Pêches et Océans Canada n'est pas concerné par les contrats ou entente entre individus qui sont signés pour faire un transfert. Le détenteur du permis doit soumettre une demande écrite avec celui qui désire en faire l'acquisition et Pêches et Océans Canada étudie la demande. Si l'acquéreur se qualifie, le transfert sera approuvé par Pêches et Océans Canada.

En pratique, le contrat exécuté entre Cyrennus Dugas et les Gaudets, et la déclaration de fiducie ne devait avoir aucune incidence comment Pêches et Océans Canada allait traiter la demande de transfert ou administre ses politiques en matière de transfert en l'espèce.

M. Jenkins indique que dès 1970, à partir du moment où le permis de pêche comme celle en espèce a fait son apparition, une entente entre le détenteur du permis et le bénéficiaire du permis était nécessaire dans l'industrie de la pêche pour diverses raisons et nécessaire à l'industrie. Tout de même, le transfert du titre du permis de pêche devait et doit toujours se faire conformément avec les règlements et les politiques établis par Pêches et Océans Canada.

M. Jenkins confirme que les ententes comme celle en espèce étaient d'usage commun, et si elles étaient apportées au bureau de Pêches et Océans Canada, elles étaient simplement retournées aux parties, car elles n'allaient pas influer sur les considérations de Pêches et Océans Canada pour le transfert du permis. M. Jenkins confirme que Pêches et Océans Canada n'allait pas s'ingérer dans les ententes entre individus, et les déclarations de fiducie étaient considérées comme l'une d'elles.

Dans *Thériault c. Corkum* [1993] W.S.J. No 144 (C.A.N.E.) deux pêcheurs avaient exécuté une entente de fiducie pour le transfert des permis de pêche. Cette matière a fait l'objet d'un processus d'appel au Ministère de Pêches et Océans Canada et a fait son chemin jusqu'à la cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. Nous pouvons y lire dans cette décision que Pêches et Océans Canada connaissait l'existence de ces fiducies, qu'il n'y a rien d'illégal en soit, mais que Pêches et Océans Canada n'était pas lié par celles-ci, ni être influencé dans ces considérations pour fin de transfert. Les règlements et politiques de Pêches et Océans Canada alors en vigueur dans l'affaire *Thériault c. Corkum* étaient toujours les mêmes au moment pertinent en l'espèce.

Pour le transfert de permis de pêche entre deux pêcheurs nonobstant les ententes entre eux, le détenteur du permis devra, à tout moment se conformer aux règlements et politiques de Pêches et Océans Canada, et l'acquéreur du permis de pêche devra lui aussi se qualifier pour acquérir ce permis (nouveau participant). Pêches et Océans Canada

allait faire le transfert nonobstant l'entente sous-jacente entre les parties.

Pour se qualifier et présenter une demande d'acquisition de permis au moment pertinent, le pêcheur doit être reconnu comme pêcheur commercial dans sa communauté et avoir pêché au moins dix semaines pendant deux des cinq dernières années. Après la demande soumise pour un transfert, Pêches et Océans Canada regarde si le nouveau participant rencontre le critère de résidence et en dernière instance y-a-t-il des questions pouvant faire l'objet d'enquête. Il s'agit d'un processus à trois étapes.

En pratique, le récipiendaire éventuel devait faire une demande comme nouveau participant pour éventuellement être partie et se joindre au noyau en remplacement d'une entreprise déjà existante ayant un pêcheur comme membre du noyau.

Après avoir révisé le dossier des Gaudets dans le cours de ce procès, M. Jenkins a exprimé l'opinion et il lui apparait évident que Pêches et Océans Canada à son bureau de la zone administrative de Moncton, et son bureau de la région de Tracadie-Sheila n'a pas traité équitablement du dossier de M. Gaudet.

M. Jenkins est d'opinion qu'Adam Gaudet a fourni à Pêches et Océans Canada suffisamment de preuve pour faire montre de ses qualifications comme nouveau participant, et de se faire transférer le permis si Pêches et Océans Canada avait effectivement reçu une demande.

M. Jenkins a également fait un résumé des procédures d'appel disponibles à une partie qui se voit refusé la qualification de nouveau participant ou le transfert de permis par Pêches et Océans Canada. Bien que le pouvoir de l'exercice du transfert d'un permis est à la discrétion du Ministre de Pêches et Océans, il appert que le Ministre doit exercer son pouvoir avec équité. À défaut, la personne lésée pourra mettre en branle la procédure d'appel. [par. 124 à 138]

[C'est moi qui souligne.]

[101] Le juge s'est ensuite penché sur la situation comparable dans laquelle s'étaient trouvés Kenneth Gaudet et Gilles Hébert fils. Dans cette affaire, le titulaire de permis (Gilles Hébert fils) avait coopéré avec l'acheteur (Kenneth Gaudet) afin de contester, au moyen de la procédure administrative d'appel, le refus du ministère d'approuver le transfert du permis et il avait eu gain de cause. Le juge du procès a conclu qu'il était probable qu'une contestation semblable aurait été couronnée de succès en l'espèce :

> [ORIGINAL]
> Durant cette période impliquant M. Dugas et M. Gaudet, Pêches et Océans Canada faisait une révision de quatre autre permis de pêche qui avaient fait l'objet de vente dans les mêmes circonstances. Cette révision de Pêches et Océans Canada a débuté avec une plainte reçue de la province du Nouveau-Brunswick qui s'opposait à ce que les permis de pêche détenus par des gens de la péninsule acadienne soient transférés à des pêcheurs de l'Île-du-Prince-Edouard […].
>
> Suite à cette plainte, il est loisible de croire que Pêches et Océans Canada a entreprit cette révision et ces enquêtes dans l'optique de prévenir et même annuler la vente de ces permis.
>
> L'affaire de Gilles Hébert Jr. qui était un de ces détenteurs de permis de pêche de crabe fait état d'une situation similaire à celle en espèce. Effectivement, Kenneth Gaudet, aucun lien de parenté, voulait faire l'acquisition de ce permis de pêche et ils ont convenu d'exécuter les mêmes documents qu'en espèce pour y arriver. Des lettres de révision et d'enquête comme ceux en espèce ont été envoyés par Pêches et Océans Canada à M. Hébert.
>
> <u>Toutefois, ce qui diffère du cas en l'espèce, l'acheteur et le vendeur se sont objectés à la position prise par Pêches et Océans Canada et ont fait appel de leur décision à CRADP et ensuite à OAPPA. Le 7 décembre 2006, l'honorable Loyola Hearn, alors Ministre des Pêches et Océans Canada, a confirmé la réintégration de Gilles Hébert Jr. comme entreprise du noyau et ainsi permettre la possibilité de faire la demande du transfert de permis au Ministre des Pêches et Océans Canada pour considération. Ce permis a fait l'objet de transfert</u>.

> Avec la collaboration de Cyrennus Dugas, cette même procédure aurait pu être entamée, et il est très probable que le résultat aurait été identique.
>
> M. Gaudet n'a jamais pu se prévaloir de ce droit d'appeler d'une décision de Pêches et Océans Canada. M. Dugas n'a jamais fait une demande de transfert au moment. M. Dugas a plutôt opté pour mettre fin à l'entente unilatéralement. [par. 140 à 145]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[102] Je ne décèle aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion du juge du procès selon laquelle, pour peu que l'appelant eût coopéré et entrepris de contester au moyen du processus prévu les décisions défavorables au transfert que le ministère avait prises, le résultat aurait sans doute été le même que dans le cas de Gilles Hébert fils et de Kenneth Gaudet. Après tout, le ministère s'est souvent montré ouvert à l'infirmation et aux dérogations à la politique lorsque le bien-fondé de cette issue est établi. Je donne pour exemple les situations suivantes : (1) après qu'Adam Gaudet a interjeté appel de la décision de le refuser comme [TRADUCTION] « nouveau participant » pour cause de non-résidence, le ministère est revenu sur sa décision; (2) le ministère a délivré à l'appelant des permis de pêche du crabe des neiges pour deux saisons alors que sa politique ne prévoyait leur délivrance que pour une saison à la fois; (3) il a dérogé à ses politiques en accordant un permis [TRADUCTION] « temporaire » à l'appelant pour l'année 2001; et (4) il a accepté un exploitant remplaçant pour 2002 après avoir tout d'abord prévenu l'appelant qu'il ne l'accepterait pas. Bien entendu, l'infirmation la plus notable a eu lieu dans le cas de Gilles Hébert fils et de Kenneth Gaudet.

[103] Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*, une conclusion sur la question de l'inexécutabilité est « principalement une conclusion de fait » à laquelle s'applique la norme de contrôle dite de « l'erreur manifeste et dominante » (par. 31). Voir, en ce sens, les arrêts *Craig Manufacturing Ltd. c. Davidson*, 2009 NBCA 42, 345 R.N.-B. (2e) 359, le juge d'appel Deschênes, qui rendait jugement au nom de la Cour, au par. 9, et *Wilmot c. Ulnooweg*

Development Group Inc., 2007 NSCA 49, [2007] N.S.J. No. 172 (QL), le juge d'appel Saunders, qui rendait le jugement de la Cour. Je ne vois aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion du juge du procès voulant que la faute de l'appelant, que l'on peut généralement définir comme l'omission répétée d'accomplir tous les actes et choses nécessaires pour obtenir l'approbation du ministère au transfert des permis, interdise l'application de la doctrine de l'inexécutabilité. Il s'ensuit que le rejet par le juge du procès de la défense d'inexécutabilité doit être confirmé sauf si, comme le prétend l'appelant, des précédents judiciaires obligatoires prescrivent le contraire.

[104] Le premier précédent invoqué par l'appelant est l'arrêt *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones.* Comme on peut le déduire de l'analyse qui précède, j'estime que les faits de cette affaire sont très différents de ceux dont était saisi le tribunal d'instance inférieure. Dans *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*, le juge du procès avait conclu : (1) qu'il y avait eu « refus catégorique du [ministère] d'émettre un permis de remplacement […] à tout autre pêcheur tant et aussi longtemps que l'entente de fiducie demeur[ait] en vigueur » (par. 28); (2) qu'avant ce refus catégorique, le vendeur avait « coopéré entièrement » afin d'obtenir l'approbation officielle du transfert du permis en question; (3) que, pendant les années 2002 et 2003, le vendeur avait tenté, en toute bonne foi mais en vain, de convaincre le Ministre lui-même d'autoriser le transfert; (4) que le ministère refusait de revenir sur sa décision, quelles que soient les circonstances; et (5) que « [l]'entente [était] donc devenue inexécutable avant que [le vendeur] puisse demander que son permis soit réattribué à [l'acheteur], une fois celui-ci devenu un nouveau participant » (par. 53). Aucune de ces conclusions n'entre en jeu en l'espèce. De plus, l'opinion d'expert de M. Jenkins ne faisait pas partie de la preuve produite dans l'affaire *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones*. La preuve produite ne comprenait pas non plus d'éléments établissant que le ministère avait, après que sa décision avait été contestée de façon régulière et officielle, approuvé un transfert de permis qu'il avait auparavant rejeté dans le cas comparable de Gilles Hébert fils et de Kenneth Gaudet. Je suis d'avis que l'arrêt *Doucette et 508428 N.B. Limited, corps constitué c. Jones* et la doctrine du *stare decisis* n'obligeaient pas le juge à conclure à l'inexécutabilité en l'espèce.

[105] L'autre instance que l'appelant invoque à l'appui de la proposition selon laquelle le juge était tenu de lui donner gain de cause sur la question de l'inexécutabilité est l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres.* Le *ratio decidendi* de la décision de notre Cour se dégage de l'extrait suivant des motifs du juge d'appel Bell, et il n'a rien à voir avec la doctrine de l'inexécutabilité. La Cour a tout simplement conclu que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Saulnier* ne s'appliquait pas rétroactivement :

> En concluant que l'arrêt *Saulnier* avait un effet rétrospectif, ce qui lui permettait de conclure que les permis de pêche constituaient des biens non réalisés du failli, le juge saisi de la motion a fait observer ce qui suit :
>
> > Après avoir procédé à une analyse exhaustive de la jurisprudence sur la question, le juge Hall, dans l'affaire *Caines*, est arrivé à la conclusion que la décision rendue dans l'arrêt *Saulnier* avait un effet rétrospectif en ce sens qu'elle constitue une clarification et un énoncé clair de la règle de droit qui s'applique à une situation de cette nature. Notre Cour en convient et les mêmes principes s'appliqueraient en l'espèce. [Par. 40]
>
> Dans le cadre de son analyse, le juge saisi de la motion a cité la décision *Caines* et l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473. Les faits de l'affaire *Caines* peuvent être écartés si on les compare aux faits de la présente instance. Chose importante, dans l'affaire *Caines*, la syndique n'avait pas été libérée au moment où la motion en vue de sa renomination avait été présentée. Une lecture attentive de l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée* révèle l'effet rétrospectif très limité qui a été reconnu à la jurisprudence en common law. Cette jurisprudence a force obligatoire dans l'instance dont une cour est saisie, dans les instances où l'instruction a commencé mais n'a pas encore pris fin et, bien entendu, dans les instances dont les faits prennent naissance après la décision qui vient modifier la common law. Voici ce qu'a dit le juge Major :
>
> > Il convient aussi de faire remarquer que la jurisprudence en common law a toujours eu un effet à la fois rétroactif et rétrospectif. Lord Nicholls a

récemment expliqué ce point dans *In Re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41, par. 7 :

> [TRADUCTION] Une décision judiciaire qui modifie le droit tel qu'on le connaissait jusqu'alors s'applique d'une façon rétrospective aussi bien que prospective. La décision aura un effet rétrospectif dans la mesure où les parties en litige sont concernées, comme c'était le cas du fabricant de bière au gingembre dans *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Lorsque M. Stevenson a fabriqué, embouteillé et vendu sa bière au gingembre, l'interprétation généralement donnée à la loi sur la responsabilité des fabricants aurait pu être celle que lui ont donnée les juges majoritaires de la deuxième division de la Cour de session et la minorité des lords juges dans cette affaire. Mais dans l'action intentée par Mme Donoghue contre M. Stevenson, les obligations légales de ce dernier devaient être déterminées en fonction des énoncés célèbres de Lord Atkin. En outre, en raison de la doctrine du précédent, il en serait ainsi pour quiconque saisit par la suite un tribunal de son affaire. Ses droits et ses obligations seraient tranchés en fonction des règles exposées par la Chambre des lords à la majorité dans cette affaire, même si les événements pertinents sont survenus antérieurement à cette décision.

Cette observation vient renforcer, si au besoin est, l'opinion suivant laquelle le caractère rétrospectif et la rétroactivité ne soulèvent généralement pas de préoccupations d'ordre constitutionnel. […] [par. 72]

J'estime qu'en l'espèce, les règles de droit applicables étaient celles qui étaient en vigueur au Nouveau-Brunswick au moment où la syndique a été libérée. Le différend opposant M. Dugas et la syndique était tranché depuis longtemps au moment où l'arrêt *Saulnier* a été rendu. Bien

> que la syndique et les Gaudet semblent ne pas avoir été satisfaits du résultat, ni l'une ni l'autre parties n'ont interjeté appel de la décision du registraire de libérer M. Dugas.
>
> Si l'on devait souscrire à la démarche que le juge saisi de la motion a adoptée en ce qui concerne l'effet rétrospectif de la jurisprudence, chaque fois que la Cour suprême se prononce d'une façon qui modifie un aspect du droit, des instances tranchées depuis longtemps seraient susceptibles de révision. Les parties aux instances qui ont été menées à terme ne devraient pas vivre dans la crainte de voir des droits sur lesquels les tribunaux se sont déjà prononcés modifiés par des décisions judiciaires subséquentes. [par. 22 à 25]

[106] Il est vrai que la Cour y a fait des énoncés qui se rapportaient à des allégations de fait contestées dans le litige sous-jacent et qui, s'ils avaient force obligatoire à l'endroit du juge du procès, pourraient fonder l'infirmation sur la question de l'inexécutabilité. Toutefois, le juge Bell a fait ces énoncés en raison de ce qu'il estimait être des attaques injustes envers la bonne moralité de l'appelant. Notre ancien collègue a bien pris soin de qualifier ces énoncés, qui ont été faits sur la foi d'une preuve par affidavit, d'« observations », évitant de les appeler « conclusions ». Il a probablement fait cela parce que l'expérience nous enseigne qu'il arrive que des affidavits dont le contenu n'est pas vérifié au moyen d'un contre-interrogatoire racontent une histoire qui ne résistera pas à l'examen au procès, et c'est précisément ce qui s'est passé en l'espèce. L'impression provisoire et fondée sur un affidavit que donnait l'appelant d'être une partie qui avait réellement fait de son mieux pour honorer ses obligations contractuelles et fiduciales s'est complètement dissipée au procès. Il en a été de même de l'idée qu'on a pu se faire de l'appelant, savoir qu'il aurait été un débiteur bien intentionné qui a été réduit à la faillite en raison de son incapacité à réunir les sommes nécessaires pour payer la dette constatée par le règlement amiable et le jugement.

[107] Quoi qu'il en soit, les observations en question ne sont pas essentielles au raisonnement qui sous-tend le *ratio decidendi* de la décision, laquelle, comme nous l'avons souligné, portait simplement que l'arrêt *Saulnier* n'avait pas d'effet rétrospectif.

La Cour a subséquemment fait remarquer la même chose, dans l'arrêt *Dugas c. Gaudet et al.*, 2014 NBCA 7, 416 R.N.-B. (2e) 389, où elle a qualifié ces observations de « remarques incidentes » faites « au passage » (par. 2). Je suis d'avis que ni l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres* ni la doctrine du *stare decisis* ne contraignaient le juge à conclure que le contrat passé entre les parties était devenu inexécutable.

C. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision en annulant le jugement par consentement?*

[108] Je commence par réitérer la position respective des parties sur cette question.

[109] Les intimés font valoir que le jugement par consentement est invalide pour deux raisons : (1) il a été obtenu au moyen de l'assertion fausse et malhonnête de l'appelant selon laquelle il paierait intégralement la dette judiciaire de 2 100 000 $, et pas seulement 50 000 $; et (2) de toute façon, le paiement intégral de la dette découlant du jugement par consentement était une condition préalable à sa validité juridique. Après que l'échéance du 23 septembre 2002 est passée sans qu'il y ait paiement complet de la dette constatée par le règlement amiable et le jugement, le jugement par consentement a perdu toute validité juridique et il s'en est suivi que l'ensemble des obligations fiduciales dont l'appelant était tenu envers les propriétaires bénéficiaires du permis no 23622, savoir Adam Gaudet et 508571 N.B. Ltd., ont survécu et sont demeurées intactes pendant la procédure de faillite engagée par l'appelant et jusqu'au jugement du tribunal d'instance inférieure.

[110] L'appelant, pour sa part, a témoigné, témoignage que le juge du procès n'a pas cru, qu'il avait réellement eu l'intention de payer la dette constatée par le règlement amiable et le jugement, mais avait été incapable de le faire. Il prétend que, de toute façon, la validité juridique de la clause 5 du jugement par consentement n'est pas conditionnelle au paiement de cette dette. Dès la signature du jugement par consentement, la clause 5

aurait eu pour effet d'éteindre ses obligations fiduciales et contractuelles et de rétablir son droit de propriété absolu sur le permis n° 23622.

[111] Par souci de commodité, je reproduis le texte du jugement par consentement du 23 août 2002 :

> [TRADUCTION]
> ATTENDU QUE les demandeurs ont déposé un exposé de la demande devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de première instance, circonscription judiciaire de Bathurst, Province du Nouveau-Brunswick, sous le numéro B/C/69/02 (l'« action ») et que le défendeur a déposé un exposé de la défense et demande reconventionnelle dans l'action.
>
> ATTENDU QUE le défendeur reconnaît son obligation d'indemniser les demandeurs en leur versant le montant fixé et convenu de DEUX MILLIONS CENT MILLE (2 100 000 $) dollars CA.
>
> ATTENDU QUE les parties conviennent maintenant de régler à l'amiable l'ensemble des questions en litige dans l'action;
>
> À CES CAUSES il est par les présentes convenu et accepté que l'action est réglée aux conditions suivantes :
>
> 1. Le défendeur, Cyrenus Dugas, doit verser aux demandeurs, en guise de dommages-intérêts et dans les trente jours de la signature du présent jugement par consentement, la somme de DEUX MILLIONS CENT MILLE (2 100 000 $) dollars CA, dont CINQUANTE MILLE (50 000 $) dollars CA au moment de la signature du présent jugement par les parties.
>
> 2. Sur réception du paiement mentionné au paragraphe 1, les demandeurs s'engagent à remettre immédiatement au défendeur le navire EMY SERGE D., au port de Shippagan, dans la province du Nouveau-Brunswick, en bon état de navigabilité. Le navire doit être libre et quitte de toute charge.
>
> 3. Il est également convenu que le défendeur donnera mainlevée des charges qu'il détient actuellement et qui

> grèvent l'actif et les biens des demandeurs au moment même où ces derniers s'acquitteront des obligations qui leur sont faites aux présentes.
>
> 4. Chacune des parties assumera ses propres dépens.
>
> 5. Le présent jugement par consentement tranche et résout d'une façon définitive toutes les questions qui opposent les parties.

[112] Je souscris, en toute déférence, à la prétention des intimés : la validité juridique de la clause 5 est conditionnelle à l'exécution par l'appelant des obligations de paiement dont il est tenu en vertu de la clause 1. Tant l'intention que les parties au jugement par consentement ont exprimée que le libellé du jugement font pencher la balance contre l'appelant.

[113] Je parle de l'intention « exprimée » parce que le juge du procès a conclu que ce sont les assertions inexactes et délibérées de l'appelant quant à sa véritable intention qui ont incité les intimés à signer le jugement par consentement. Alors qu'il a affirmé aux intimés qu'il honorerait l'engagement qu'il prenait d'acquitter intégralement la dette constatée par le règlement amiable et le jugement, sa véritable intention était de ne pas payer le solde de 2 050 000 $ tout en redevenant l'unique propriétaire bénéficiaire du permis n° 23622.

[114] Le juge du procès a conclu que la négociation en vue d'un règlement se voulait « […] de remettre les parties dans leur position originale, et de tenir compte d'un contexte qui avait évolué avec l'augmentation de la valeur du permis de pêche » (par. 194). Un simple jugement pour la somme de 2 100 000 $ ne « [remettrait pas] les parties dans leur position originale », ce retour en arrière ne serait possible que sur paiement des 2 100 000 $. De plus, le libellé du jugement par consentement reflète l'intention déclarée des parties, ainsi que le juge du procès l'a définie.

[115] En effet, dans le deuxième [TRADUCTION] « attendu », l'appelant reconnaît expressément [TRADUCTION] « son obligation d'indemniser les demandeurs en leur versant le montant fixé et convenu de […] (2 100 000 $) ». L'obligation consiste à

[TRADUCTION] « indemniser ». En l'absence de paiement, il n'y a pas d'indemnisation.

[116] De plus, le jugement par consentement dispose que [TRADUCTION] « l'action est réglée aux conditions suivantes ». Sont assimilées au règlement amiable l'ensemble des conditions du jugement par consentement. La toute première condition énoncée est le paiement de la somme de 2 100 000 $. Il s'ensuit logiquement que, sans le paiement de cette somme en entier, l'action n'est pas réglée, le jugement par consentement est nul et non avenu et, corrélativement, les questions de la propriété bénéficiaire du permis n° 23622 et de la responsabilité de l'appelant pour rupture de contrat et de fiducie n'ont pas été juridiquement tranchées.

[117] Finalement, la clause 1 prescrit un délai de trente jours pour le paiement du dernier versement (2 050 000 $). Si le paiement de cette somme n'était pas une condition préalable à la validité juridique du jugement par consentement, l'échéance fixée serait dénuée de sens.

[118] L'appelant prétend que ces indicateurs selon lesquels la clause 5 est conditionnelle au paiement des 2 100 000 $ sont annulés par l'entente des parties en vue de modifier la clause 2 afin qu'elle dispose expressément que la remise de l'Emy Serge D. était conditionnelle à la [TRADUCTION] « réception » du paiement mentionné à la clause 1. L'appelant souligne le fait qu'aucune modification de cette nature n'a été apportée à la clause 5, laquelle est restée dans son état original : [TRADUCTION] « Le présent jugement par consentement tranche et résout d'une façon définitive toutes les questions qui opposent les parties. » Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[119] Aux termes de la clause 5, c'est le jugement par consentement dans son ensemble qui a pour effet de trancher et résoudre toutes les questions qui opposent les parties. Ce jugement par consentement exige que les intimés soient indemnisés au moyen du paiement prescrit à la clause 1. Autrement dit, il ne saurait y avoir règlement ou résolution sans que les intimés soient indemnisés conformément à la clause 1.

[120] Compte tenu de l'intention exprimée par les parties, ainsi que l'a définie le juge du procès, et des nombreux éléments du jugement par consentement qui ne s'accordent pas avec l'interprétation de l'appelant, je conclus que la clause 5 signifie que le respect, intégral et dans le délai imparti, de la clause 1 par l'appelant est une condition préalable à la validité juridique du jugement par consentement. Par conséquent, le jugement par consentement a cessé d'être juridiquement valide le 23 septembre 2002, lorsque l'appelant a omis de verser la somme de 2 050 000 $. Il s'ensuit que le jugement par consentement ne fait pas intervenir la doctrine de la préclusion pour même cause d'action. Cela dit, le juge du procès a conclu que le jugement par consentement était nul *ab initio* pour une autre raison.

[121] La fraude corrompt tous les jugements, qu'il s'agisse de jugements par consentement ou non. Le juge du procès n'a pas expressément conclu à la fraude de la part de l'appelant. Peut-être l'a-t-il fait de façon implicite.

[122] Quoi qu'il en soit, l'inconduite qui ne constitue pas de la fraude, comme une assertion inexacte et délibérée relativement à l'exécution d'une condition fondamentale, peut suffire à justifier l'annulation lorsque, comme en l'espèce, le jugement rendu par consentement reflète simplement le règlement amiable d'un litige par les parties sans qu'une décision judiciaire ne détermine son caractère équitable et sa raisonnabilité.

[123] Le juge du procès était d'avis que c'est grâce à sa malhonnêteté, qui a pris la forme d'une assertion inexacte et délibérée quant à ses intentions concernant le paiement de la somme exigible en vertu de la clause 1, que l'appelant a obtenu le consentement des intimés au règlement amiable et au jugement par consentement. Plus précisément, le juge a conclu que les assertions que l'appelant a faites avant le règlement amiable avaient pour but d'amener les intimés à croire qu'il paierait l'intégralité de la somme de 2 100 000 $, comme convenu. Pendant tout ce temps, l'appelant avait l'intention de faire le contraire et il avait tramé un plan pour se soustraire à son obligation de paiement :

[ORIGINAL]
Dès que M. Dugas mis fin au contrat original, il était en bris de ces obligations fiduciaires. Les Gaudets ont immédiatement déposé une action afin d'obliger M. Dugas de respecter ses obligations de fiduciaires n'ayant aucune autre alternative.

[...]

Afin d'en arriver à un règlement, les Gaudets devaient pouvoir s'attendre à tout le moins que M. Dugas ne soit pas malhonnête dans son exécution du contrat dont il allait éventuellement conclure.

Le tribunal retient de la preuve que M. Dugas n'a pas agi honnêtement et n'a jamais eu l'intention d'exécuter le contrat et de verser aux Gaudets la somme de plus de 2 millions de dollars le 23 septembre 2002 tel que convenu.

L'objectif de M. Dugas était de récupérer le permis de pêche dont il s'était départi voilà quelques années pour bénéficier de l'augmentation considérable de sa valeur au marché. Pire encore, de priver les Gaudets de tous les bénéfices du bien détenu en fiducie. M^e^ [Jacques] Cormier a expliqué qu'il ne voulait pas d'interrogatoire au préalable, et voulait à tout prix une entente. Le plan avait été dressé.

Suite à la conclusion de l'entente, Me Cormier, pour expliquer son inaction relative à exécuter l'entente le 23 septembre 2002 a voulu prétendre qu'il avait fermé son dossier. Vis-à-vis les Gaudets, s'il est déjà prévu de ne pas compléter ces engagements, c'est bien logique de fermer le dossier comme Me Cormier le confirme. Nonobstant, sous les directives de Cyrennus Dugas et Émérentienne Dugas, Me Cormier a immédiatement porté son attention pour demander à Me Roux de fournir à Pêches et Océans Canada le 28 août 2002 l'Ordonnance par consentement.

Le financement pour le remboursement de la dette a été confirmé par Les Produits Océaniques Canadiens Ltée, le 10 septembre 2002, le dossier aurait pu être conclu de toute vraisemblance comme prévu. Mais il n'en fut pas ainsi. Non seulement les Dugas n'ont jamais informé les Gaudets de ce prêt, ils ont préféré demander une prolongation du délai sous prétexte que M. Dugas était malade et était empêché de s'occuper de cette matière. La réponse de

Pêches et Océans Canada allait être la clef pour la suite des événements.

Dès que Cyrennus Dugas a compris que le permis de pêche serait à nouveau régularisé, il a entrepris la procédure en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* afin de se libérer légalement de ses obligations contractuelles résultant de l'intente avec les parties, alors que le financement pour conclure le dossier était disponible. M. Dugas savait qu'à ce moment le permis de pêche qu'était le seul actif à son nom ne pouvait être saisi.

Randolph Jones, du syndic, a été le premier à se douter de cette manœuvre lorsqu'il a rencontré Cyrennus et Émérentienne Dugas afin de discuter de ses intentions d'aller en faillite. M. Jones a non seulement questionné du court laps de temps entre l'exécution du jugement et la rencontre avec M. Dugas où il a appris de ses intentions, il a refusé catégoriquement d'agir comme syndic. M. et Mme Dugas lui ont indiqué qu'ils iraient ailleurs.

Enfin, Me Brigitte Sivret, qui a pris charge du dossier de la faillite, a clairement indiqué ne jamais avoir considéré négocier le remboursement de la dette avec les Gaudets car « personne ne pouvait leur offrir mieux que l'entente qu'il pourrait éventuellement négocier avec le syndic » et être libérés de cette dette à jamais en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité.*

M. Dugas a été catégorique lorsqu'il a été questionné sur le sujet d'une saisie éventuelle du permis de pêche en cas de faillite. Il a soumis que si ses actions de se placer en faillite allaient mettre en péril le permis, il n'aurait jamais entamé cette procédure. Au moment pertinent et avant la décision de la Cour Suprême du Canada dans *Saulnier v. Royal Bank of Canada* [2008] 3 S.C.R. 166, il était de croyance que les permis de pêche étaient insaisissables.

Les Gaudets devaient pouvoir s'attendre à ce que M. Dugas respecte une norme minimale d'honnêteté en ce qui a trait à l'exécution de l'entente de 2002, soit d'obtenir le financement et de conclure l'entente.

Dans un contexte qui se voulait avantageux par les évènements, M. Dugas a négocié une entente suite à son bris de ses obligations fiduciaires, mais n'a pas agi selon

une norme minimale d'honnêteté. Il a non seulement gardé les bénéfices du permis, mais n'a jamais eu à payer de contrepartie tel qu'entendu entre les parties alors qu'il pouvait le faire. Il convient de constater dans les circonstances que M. Dugas a failli de respecter son obligation d'exécution honnête qui découle de l'obligation d'agir de bonne foi en contrat.

N'eut été de la malhonnêteté de M. Dugas dans l'obtention de l'entente, les Gaudets avaient toujours la possibilité de retenir et de bénéficier du permis de pêche toujours détenu par M. Dugas en fiducie. Le tribunal dans les circonstances croit qu'il s'agit d'un cas particulier où il a lieu de mettre de côté cette entente.

M. Dugas soumet qu'il s'agit plus qu'une simple entente mais d'une Ordonnance par consentement exécutée par un tribunal valide et constitue un règlement final de la matière. Il soumet également que la présente action est préclue par la doctrine de *res judicata* dans la mesure où la cause d'action et les questions soulevées par les demandeurs en l'espèce ont déjà fait l'objet d'un jugement par consentement dans une procédure antérieure.

Une Ordonnance par consentement et sa mise de côté a été discutée par la juge Abella dans *Rick c. Brandsema* [2009] 1 RCS 295 […] :

> [64] Pour cette raison, il est inutile de statuer sur l'effet de l'ordonnance sur consentement, puisque, comme l'a observé le juge d'appel Osborne dans *McCowan c. McCowan* (1995), […] 14 R.F.L. (4th) 325 (C.A. Ont.), par. 19, [Traduction] « il est bien établi qu'un jugement sur consentement peut être cassé pour les mêmes motifs que l'entente à l'origine du jugement ». Voici les explications données par James G. McLeod à ce sujet :
>
>> [Traduction] Cette règle découle du fait qu'un jugement sur consentement ne constitue pas une décision judiciaire sur le fond même d'une affaire, mais seulement une entente érigée au rang d'ordonnance avec le consentement des parties. Le fondement de l'ordonnance réside dans l'entente intervenue entre les parties, non

> dans la décision d'un juge sur ce qui est juste et raisonnable dans les circonstances. [par. 193 et 195 à 208]

[124] Au final, le juge du procès a conclu que « la justice […] requ[érait] » l'annulation du jugement par consentement et une déclaration portant que le jugement par consentement était nul *ab initio*. Étant donné la conclusion selon laquelle le règlement amiable sous-jacent a été le fruit de l'assertion inexacte et malhonnête de l'appelant relativement à une condition fondamentale, j'aurais été enclin à confirmer l'annulation *ab initio* du jugement par consentement si cela avait été nécessaire. J'estime toutefois, que justice peut être rendue si l'on conclut simplement que le jugement par consentement était conditionnel au paiement de la totalité de la somme exigible aux termes de la clause 1 et qu'il a perdu toute validité juridique le 23 septembre 2002, soit la date à laquelle le deuxième versement (2 050 000 $) devait être fait en vertu de cette clause.

D. *La doctrine de la préclusion pour même question en litige emportait-elle le rejet de l'action compte tenu des observations du registraire dans la décision Dugas (Re) et celles de notre Cour dans l'arrêt Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres?*

[125] Dans la décision *Dugas (Re)*, le registraire en matière de faillite a ordonné la libération de l'appelant, laquelle a été suspendue pour un an, plus précisément jusqu'au 5 mai 2005. Ce qui est important, c'est que la libération était fondée sur des conclusions propres à une instance et était assujettie à des conditions qui reflétaient le fait que le registraire a considéré le permis n° 23622 <u>comme une source de revenus</u> :

> [TRADUCTION]
> Pour trancher la présente affaire, il faut comparer les obligations et les revenus potentiels du failli. Les permis de pêche ne constituent pas en soi un bien appartenant au failli que la syndique peut saisir ou qui peut lui être remis à des fins de réalisation. Le gouvernement fédéral conserve la propriété de tout permis accordé et possède un pouvoir discrétionnaire absolu, lorsqu'il est convenablement exercé, pour le renouveler au nom de la personne qui en est

titulaire ou le transférer à une autre personne Cela, toutefois, ne soustrait pas le permis à l'examen de la Cour. L'exploitation du permis permet de gagner un revenu substantiel et son transfert, lorsqu'il est autorisé par le MPO, peut être négocié en échange d'une somme considérable. Si l'on veut donner effet aux objectifs de la *Loi*, ces circonstances doivent être prises en considération au moment d'établir les conditions de la libération.

[…]

Bien que ce soit le gouvernement fédéral qui ait le contrôle ultime du permis, de sorte que celui-ci ne peut pas être cédé ou revendu à volonté, il serait frivole de laisser entendre que le failli n'a, en common law ou en equity, aucun droit aux avantages que confère ce permis, tant et aussi longtemps qu'il l'exploite conformément aux politiques du MPO. Le législateur fédéral a accordé un droit qui n'est pas exclusif à une personne mais à un groupe de personnes, savoir les pêcheurs de la zone administrative, qui ont le droit de le céder. La possibilité d'une cession entraîne une concurrence et crée, par voie de conséquence, une valeur commerciale que le titulaire peut réaliser, comme revenu, au moment de sa cession. Il serait contraire aux principes de la législation en matière de faillite de conclure que ce revenu ne devrait pas être versé à l'actif et ne pas profiter aux créanciers.

[…]

La libération du failli sera accordée mais son application sera suspendue jusqu'au 5 mai 2005 et elle sera fonction du respect par le failli des conditions suivantes. Pendant cette période, le failli déposera un état financier complet et exact pour chacun des mois de la faillite, qui ont précédé et suivi la présente décision, et il apportera son entière collaboration à la syndique, dont les droits que lui confère la *Loi* demeurent intacts, dans toute procédure administrative ou judiciaire ayant pour but de déterminer la situation financière du failli et de recouvrer des biens qui reviennent à l'actif. Le failli fera des versements dont le montant sera prélevé sur tout revenu excédentaire reçu entre le jour de la cession et le 5 mai 2005 conformément à la directive du surintendant. Pour le cas où le failli choisirait, pendant cette période, de céder ses droits au permis n° 23622 dans le cadre d'une opération sans lien de

> dépendance, 30 % de la contrepartie reçue sera réputée constituer un revenu pour les fins du calcul des versements. Pour le cas où le failli choisirait de céder ses droits au permis n° 23622 dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance, 70 % de leur juste valeur marchande réputée sera considérée constituer un revenu pour les fins du calcul des versements. [par. 23, 26 et 35]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[126] Le registraire n'a pas prétendu tirer des conclusions factuelles qui lieraient la Cour du Banc de la Reine dans un litige en cours ou un litige subséquent entre les parties. D'ailleurs, il a pris soin de préciser que [TRADUCTION] « les faits auxquels [il concluait] en l'espèce [n'étaient] acceptés que pour les fins de l'audience sur la libération et ces conclusions factuelles n'auront aucune force obligatoire à l'endroit de la Cour dans des demandes subséquentes » (par. 1). Donc, le juge du procès n'était pas lié par l'observation du registraire selon laquelle la faillite était imputable à [TRADUCTION] « l'incapacité » de l'appelant (par opposition à son refus) d'acquitter la dette constatée par le règlement amiable et le jugement.

[127] Le juge du procès n'était pas non plus gêné dans sa décision par la proposition du registraire selon laquelle l'appelant avait un intérêt quelconque dans le permis n° 23622. En exprimant cette opinion, le registraire s'est simplement trouvé à reconnaître quelques faits indéniables : le permis n° 23622 avait été délivré au nom de l'appelant; celui-ci prétendait en être le propriétaire bénéficiaire; il avait gagné un revenu considérable en récoltant le crabe des neiges en vertu du permis; et il pourrait encore gagner un [TRADUCTION] « revenu » très important s'il aliénait le permis. En tout état de cause, l'appelant ne pouvait avoir un droit propriétal dans le crabe capturé en vertu du permis n° 23622 et dans les revenus pouvant en découler que si la clause 5 du jugement par consentement défaisait la vente antérieure de ce permis et le dégageait des obligations fiduciales qui lui étaient faites en vertu de la déclaration de fiducie et de garantie. Le registraire n'a tiré aucune conclusion de cette nature et la procédure de faillite n'a pas tranché la question de la propriété bénéficiaire du permis n° 23622.

[128] En ce qui concerne l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres*, il n'a pas d'incidence sur l'issue de la présente instance, la Cour n'ayant rien fait d'autre que d'infirmer la décision qui avait renommé PricewaterhouseCoopers comme syndique de l'actif de l'appelant pour les fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La motion qui avait donné lieu à l'appel dans cette affaire avait été déposée et accueillie pour le motif que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Saulnier* avait un effet rétroactif et qu'il en découlait que les permis établis au nom de l'appelant relevaient de la catégorie des « biens » ou « avoirs » non réalisés visés au par. 41(11) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Bien que notre Cour ait fait des observations factuelles qui, si elles avaient eu force obligatoire à l'endroit du juge du procès, oxygéneraient la preuve par ailleurs moribonde en faveur de l'infirmation, les observations en question n'étaient pas des éléments fondamentaux du *ratio decidendi* de la décision, laquelle, je le répète, portait simplement que l'arrêt *Saulnier* n'avait pas d'effet rétrospectif. Il est bien établi que des remarques incidentes ne peuvent pas créer une préclusion (voir l'ouvrage de Donald J. Lange, intitulé *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4e éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis, 2015) à la p. 55).

E. *Le juge du procès a-t-il mal appliqué l'al. 178(1)d) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité?*

[129] De même, les remarques incidentes de notre Cour dans l'arrêt *Dugas c. PricewaterhouseCoopers Inc. et Gaudet et autres* n'ont pas fondé l'application de la doctrine de la préclusion pour même question en litige relativement à l'al. 178(1)d) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Voici le texte de cet alinéa :

178 (1) An order of discharge does not release the bankrupt from	178 (1) Une ordonnance de libération ne libère pas le failli :
(d) any debt or liability arising out of fraud, embezzlement, misappropriation or defalcation while acting in a fiduciary capacity or, in the Province of Quebec, as a trustee or administrator of the property of others[.]	d) de toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors qu'il agissait, dans la province de Québec, à titre de fiduciaire ou d'administrateur du bien d'autrui ou, dans les autres provinces, à titre de fiduciaire[.]

[130] Pour que l'alinéa 178(1)d) s'applique, les intimés devaient établir que l'appelant agissait à titre de fiduciaire lorsqu'il avait détourné à son profit le permis n° 23622 et les avantages en découlant, et qu'il y avait eu [TRADUCTION] « une malversation quelconque relativement au [permis] ainsi qu'une certaine turpitude morale, savoir de la malhonnêteté, des actes répréhensibles ou une inconduite » (voir l'ouvrage de Lloyd W. Houlden, Geoffrey B. Morawetz et Janis P. Sarra, intitulé *The 2015-2016 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto : Thomson Reuters, 2015) à la p. 900). Les règles de droit pertinentes sont succinctement énoncées dans l'ouvrage de Roderick J. Wood, intitulé *Bankruptcy & Insolvency Law*, 2e éd. (Toronto : Irwin Law Inc., 2015) :

> [TRADUCTION]
> La cinquième catégorie de réclamations à l'égard desquelles le failli ne saurait être libéré de ses obligations vise les réclamations résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors que le failli agissait à titre de fiduciaire. La condition voulant que le débiteur agisse à titre de fiduciaire s'applique à tous les genres de conduite énumérés dans cette disposition. La relation fiduciale est une relation dans le cadre de laquelle une personne doit agir avec loyauté et en toute bonne foi en faveur des intérêts d'une autre personne. Les relations fiduciales ne sont pas limitées aux catégories classiques que sont notamment les relations entre un fiduciaire et un bénéficiaire ou entre une société et ses administrateurs et dirigeants. Elles peuvent aussi exister hors des catégories établies, lorsque « les parties ont mutuellement convenu que l'une d'elles renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre ».
>
> […]
>
> La seule violation d'une relation fiduciale n'est pas suffisante pour faire tomber la réclamation dans cette catégorie. Il doit également y avoir eu fraude, détournement, concussion ou abus de confiance de la part du débiteur. Certains tribunaux ont conclu qu'un abus de confiance peut découler de la simple omission de rendre compte après avoir appelé à le faire. D'autres encore ont conclu que l'association de ces termes avec les mots fraude

> et détournement indique qu'il doit y avoir une part de malhonnêteté. Cette dernière opinion s'accorde mieux avec la politique du nouveau départ inhérente au droit de la faillite. Il peut y avoir manquement à une obligation fiduciale sans qu'il y ait un acte répréhensible intentionnel et, en l'absence d'une quelconque inconduite morale de sa part, il est difficilement justifiable de déclarer que le débiteur ne pourra être libéré à l'égard des réclamations de cette nature. [p. 316 et 317]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[131] À la lumière des observations faites dans l'arrêt *Garlicki (Bankrupt), Re*, 2010 MBCA 73, [2010] M.J. No. 230 (QL), plus précisément aux paragraphes 31 à 33, 38 et 39, 42, 48, 73 et 77, qu'il a reproduites dans ses motifs de décision, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes :

> [ORIGINAL]
> Le tribunal est d'avis qu'en l'espèce M. Dugas, comme fiduciaire, avait l'habileté d'exercer une discrétion et l'obligation de collaborer pour le transfert du permis à M. Gaudet à l'intérieur du cadre juridique de la fiducie. M. Dugas pouvait dans l'exercice de ses fonctions, contester les décisions de Pêches et Océans Canada afin de protéger les intérêts de M. Gaudet et un devoir de le faire. Enfin, les bénéficiaires de la fiducie étaient à la merci de M. Dugas qui détenait le pouvoir en tant que détenteur du permis auprès de Pêches et Océans Canada et de toute évidence à refuser de le faire. D'ailleurs, la preuve démontre clairement que M. Dugas n'a donné aucune considération à compter du 31 janvier 2002 à ses obligations de fiduciaire.
>
> Contrairement à ce qu'a voulu prétendre M. Dugas, les Gaudets n'étaient pas à la merci de Pêches et Océans Canada, seul M. Dugas l'était détenant le permis en fiducie. Il était de son devoir de faire tout en son possible pour donner effet à ses obligations convenues dans la déclaration de fiducie.
>
> […]
>
> M. Dugas soumet que les dispositions de l'Article 178(1)(d) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité ne s'applique pas en l'espèce. À l'appui, il mentionne une

décision du Registraire, Michael J. Bray, dans A.L. *Gillison Ltd. v. Ladds*[, 2010 NBBR 17, 353 R.N.-B. (2e) 281,] où il était allégué que le failli détenait, en vertu d'une fiducie par interprétation, un montant d'argent qui lui avait été versé pour la réparation dont il avait failli de remettre au contractant. D'abord dans sa décision, le registraire conclu l'absence de fiducie par interprétation et qu'il n'y avait pas d'appropriation illicite. Cette décision n'a aucune incidence sur la cause en l'espèce.

[…]

En l'espèce, il y a preuve qu'à l'automne 2002, au moment de la faillite, M. Dugas était toujours fiduciaire […]

D'ailleurs, les faits démontrent clairement que la procédure entamée par M. Dugas en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'avait d'autre objet que de dépouiller les Gaudets des bénéfices négociés et convenus lors de l'ordonnance par consentement. Il voulait ainsi priver les Gaudets des bénéfices du permis détenu en fiducie dont il avait reçu paiement et vendu et [du jugement] par consentement en refusant d'exécuter le contrat en versant les montants promis.

[…]

En l'espèce, il n'y a aucun doute que M. Dugas connaissait l'existence de la fiducie et exerçait une discrétion. Il pouvait unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire et ainsi affecter les intérêts légaux et financiers des Gaudets, et les Gaudets étaient particulièrement vulnérable et à la merci de M. Dugas.

M. Dugas s'est sans aucun doute approprié illicitement du permis de pêche, propriété des Gaudets, pour et dans ses intérêts personnels. Quoique les motifs ou les raisons de sa faillite pour fin de l'article 178(1)(d) ne sont pas pertinents, c'est la question de savoir qu'il soit fiduciaire, i.e. dans une position exerçant un certain contrôle sur le bien en fiducie.

Le refus de M. Dugas de se présenter entre les mois de septembre 2000 et décembre 2000 chez Pêches et Océans Canada alors qu'Adam Gaudet lui en a fait la demande pour signer la demande alors qu'Adam Gaudet était reconnu comme nouveau participant par Pêches et Océans

> Canada, était délibéré et volontaire. Cette conduite constitue un geste délibéré d'un bris de la fiducie, et un refus intentionnel de faire ce qui était prévu dans la déclaration de fiducie. Son défaut de se présenter pour exécuter les documents pour la demande de transfert n'était pas un geste sans conséquences ou par inadvertance, négligence ou erreur. Sa conduite était tout simplement un geste illégitime et délibéré.
>
> M. Dugas n'aurait su être plus explicite dans ces intentions de garder le permis de pêche lors de sa faillite et ne pouvoir donner d'explication logique et/ou raisonnable pour ne pas avoir respecté les termes de l'entente du 22 août 2002, d'autant plus qu'il avait l'opportunité de le faire grâce au prêt de Les Produits Océaniques Canadiens Ltée s'apprêtait à lui consentir pour rencontrer ses obligations. Il est évident qu'il a fait preuve de considérer ses intérêts personnels d'abord avant ceux des bénéficiaires de la fiducie. Il serait difficile de conclure que M. Dugas a fait preuve de bonne foi.
>
> Il va de soi qu'en application de l'article 178(1)(d) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité que les obligations fiduciaires de M. Dugas n'ont pas été libérées. [par. 218, 219, 221, 223, 224 et 229 à 233]

[132] Les intimés ont produit des preuves solides afin d'établir, et c'est ce qu'a conclu le juge du procès, que l'appelant agissait à titre de fiduciaire lorsqu'il a détourné à son profit le permis n° 23622 et les avantages en découlant, et qu'il l'a fait de façon malhonnête. Ce détournement, ou cette concussion, n'était pas le résultat d'une erreur non frauduleuse; l'appelant a sciemment sacrifié les intérêts financiers des bénéficiaires au titre de la déclaration de fiducie sur l'autel de sa fortune personnelle.

[133] Je souscris sans hésiter à la proposition voulant que l'al. 178(1)d) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* s'applique en l'espèce. Il s'ensuit que l'ordonnance de libération rendue par le registraire n'a pas libéré l'appelant de la responsabilité découlant de l'appropriation illicite, ou de la concussion, du permis n° 23622 et des revenus obtenus en vertu de ce permis.

IV. Conclusion

[134] C’est pour les motifs qui précèdent que mes deux collègues et moi avons rejeté l’appel le 14 avril 2016. Je suis d’avis de clore l’instance en condamnant l’appelant à une masse de dépens de 50 213,20 $, soit 40 % des dépens accordés au procès (voir la Remarque (1) au bas du Tarif A de la règle 59 des *Règles de procédure*).