



B E T W E E N:

E N T R E :

CHRISTOPHER NEIL GRAYE

CHRISTOPHER NEIL GRAYE

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

TASHA LYNN GRAY

TASHA LYNN GRAY

RESPONDENT

INTIMÉE

Motion heard by:
The Honourable Justice Richard

Motion entendue par :
l'honorable juge Richard

Dates of hearing:
July 26, 2016
August 31, 2016

Dates de l'audience :
le 26 juillet 2016
le 31 août 2016

Date of decision:
August 31, 2016

Date de la décision :
le 31 août 2016

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
David H. Dunsmuir

Pour l'appelant :
David H. Dunsmuir

For the respondent:
W. Allen Miles

Pour l'intimée :
W. Allen Miles

DECISION

[1] On August 31, 2016, at the close of a status hearing held pursuant to Rule 62.15.1 of the *Rules of Court*, I dismissed an appeal and ordered the appellant to pay costs in the amount of \$3,000 for which both he and his counsel are to be held jointly and severally liable. At the time, I indicated that reasons for my decision would follow. These are those reasons.

[2] This matter involves an appeal from a decision a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, rendered on April 15, 2015. Christopher Neil Graye initiated the appeal on April 22, a week after the decision was rendered. This prompted the Registrar's office to immediately send Mr. Graye's counsel a Notice to Appellants, which read as follows:

Pursuant to Rule 62.06(2)(c) the original Notice of Appeal is being returned herewith as the Appellant is required to serve a copy of the Notice on all persons whose interests may be affected and file the Notice of Appeal and proof of service with the Registrar forthwith after completion of service, and forward a copy to the CLERK of the “Court Appealed from”. [See Rule 62.06(3) and 62.10].

Rule 62.11 requires the appellant to order in writing all *necessary* evidence from the Court Stenographer. In the interests of conformity with the initiative of the Chief Justice to reduce costs to litigants, we ask that counsel consult as to whether the transcript of the entire hearing is necessary or if relevant excerpts would be more appropriate.

[Emphasis in original.]

Conformément à la règle 62.06(2)(c), nous vous retournons par la présente l'original de l'avis d'appel puisque l'appelant(e) est tenu(e) d'en signifier une copie à toutes les personnes dont les intérêts peuvent être en cause et ensuite déposer immédiatement l'avis d'appel avec preuve de sa signification auprès du registraire, et d'en envoyer une copie au GREFFIER du « tribunal de première instance ». [Voir règle 62.06(3) et 62.10].

La règle 62.11 exige que l'appelant(e) commande par écrit du sténographe judiciaire toute la preuve *nécessaire* à l'appel. Compte tenu de la directive du juge en chef visant la réduction des frais en litige, nous vous prions de bien vouloir consulter concernant la nécessité de faire produire la transcription intégrale de l'audience au complet ou si le dépôt des [extraits] pertinents serait plus opportun.

[Le gras et l'italique figurent dans l'original.]

[3] Mr. Graye's counsel filed a Certificate of Appellant, in Form 62F under the *Rules of Court*, certifying that all trial exhibits and evidence were necessary for use on the appeal.

[4] The appeal was not perfected within four months from the date of the trial decision. This triggered Rule 62.15.1, which provides that, upon the expiration of such a delay, the Registrar must issue a Request for Status Report and send it to the solicitors of record or to any party that does not have a solicitor. A Request for Status Report was sent to Mr. Graye's counsel on October 19, 2015. It was returned from the post office marked “unclaimed”. As a result, the Registrar wrote to Mr. Graye's counsel on November 23, 2015, and included a copy of the Request. Mr. Graye's counsel replied seven days later:

Further to your letter of November 323rd (*sic*), 2015, and request therein dated October 19th, 2015, which was received in our court mailbox last week, this is to advise that I am awaiting confirmation that the transcript of evidence from the trial has been transcribed so as to perfect this appeal.

Can you advise as to the status of such? [...]

[5] On February 3, 2016, the Registrar issued a second Request for Status Report. The Request includes a statement that, under Rule 62.15.1, the Appellant's counsel is "required to inform [the Registrar] in writing, within 30 days, of the present status of the appeal and of any reason why it has not been perfected" (emphasis added).

[6] Mr. Graye's counsel did not comply with this directive. His reply is only dated March 10, 2016, and was transmitted by facsimile the following day:

Further to your letter requesting a status report in relation to the above appeal.

[...]

I advise that I am awaiting confirmation that the transcript of evidence from the trial has been transcribed so as to perfect this appeal.

Upon review of the original trial file, I believe that from the appellant's perspective, that a significant reduction in the amount of evidence requiring transcription, and I will consult with and confirm with the respondent's counsel as to his concurrence as the amount of trial evidence actually required for purposes of this appeal.

[7] When the Registrar receives a reply to a Request for Status Report or when no reply is sent within the prescribed time, the matter is referred to a judge of this Court for directives. In this case, a judge ordered a status hearing. Thus, on May 11, 2016, the Registrar issued a Notice of Status Hearing requiring the parties to appear before a judge of the Court on July 26, 2016.

[8] On June 17, 2016, Mr. Graye's counsel filed an Amended Certificate of Appellant, certifying that all exhibits would be required for use on the appeal but stating that only specified portions of the transcript would be necessary. However, this document was not sent to the respondent's counsel until July 4, 2016.

[9] Counsel for both parties attended the status hearing on July 26. Neither filed any evidence. After much prompting, Mr. Graye's counsel finally admitted he had not ordered the transcript of the trial proceedings. He claimed to understand that the Registrar's office was to

order the transcript. This, despite the clear language of both the Notice to Appellants the Registrar has issued on April 22, 2015, and Rule 62.11. The Rule reads as follows:

62.11 Transcript of Evidence and Exhibits

62.11 Transcription et pieces

(1) When Rule 62.10 is complied with, the appellant shall forthwith

(1) Après s'être conformé à la règle 62.10, l'appelant doit immédiatement

(a) order in writing all the necessary evidence, or

a) commander par écrit toute la preuve nécessaire à l'appel ou

(b) if he has already ordered all of the evidence, modify the order to comply with the certificates or agreement.

b) s'il a déjà commandé toute la preuve, modifier sa commande de façon à respecter les termes des certificats ou de l'entente.

[10] Mr. Graye's solicitor sought to shift the focus of the hearing on the Amended Certificate of Appellant, claiming he had not yet received any reply from the respondent's solicitor. He argued the transcript of those portions he had identified as necessary for the hearing of the appeal could be ordered upon the advice of the respondent's solicitor and that any delay would not prejudice any of the parties. In reply, counsel for Tasha Lynn Gray argued Ms. Gray had already suffered prejudice from the delay and continued to suffer such so long as the appeal was outstanding.

[11] Not being satisfied with the materials before the Court, I adjourned the status hearing to August 31 in order to allow counsel to file affidavits in support of their respective positions.

[12] In her affidavit, Ms. Gray sets out the prejudice she has suffered as a result of Mr. Graye's non-compliance with the trial decision. She points out that Mr. Graye had sought a stay of execution of the order resulting from the trial decision, and that, on July 22, 2015, a judge of this Court dismissed that motion and ordered Mr. Graye to pay costs of \$1,000. Despite the rejection of his motion for a stay of execution, Mr. Graye has not complied with the trial court's order. Specifically, he had been ordered to pay Ms. Gray a certain sum forthwith and other sum by a specific date. As a result of Mr. Graye's failure to comply with this order, Ms. Gray finds herself in significant financial hardship and is in arrears in her obligations to a financial institution. This situation could lead to her loss of a mortgaged property. Ms. Gray finds herself having to channel her limited resources toward responding to the appeal and related proceedings,

such as the motion for a stay and the status hearing, rather than being able to take steps to try to enforce the trial court's order.

[13] Mr. Graye did not file an affidavit for use on the status hearing. Instead, Mr. Graye's counsel filed his own affidavit. Counsel for Ms. Gray quite rightly objected on the grounds that counsel should not argue a matter based on his own affidavit. At the status hearing, in order to move the matter along, it was agreed that the first part of counsel's affidavit would be considered because it generally covers only procedural and non-contentious matters. However, the balance of the Affidavit, from paragraphs 46 to 84, would be extracted and considered as argument as if it were contained in a pre-hearing submission.

[14] The affidavit filed by Mr. Graye's counsel explains some of his delay in not responding to the Requests for Status Reports in a timely manner, but offers no valid reason for his failure to order the transcript as required by Rule 62.11. If anything, counsel appears to shift the blame to the Registrar's office, stating twice that he was awaiting a reply from the Registrar as to the status of the transcription. He also complains that, after he amended the Certificate of Appellant, he had not received the advice of Ms. Gray's solicitor on the evidence that would be necessary for the hearing of the appeal. To this, Ms. Gray's counsel replied that, because of the time elapsed since the trial, the matter is no longer fresh in his mind and he will have to listen to the recording of the proceeding in order to determine whether more evidence will be necessary than that identified in the Amended Certificate.

[15] In *Burgess v. McKinnon-Burgess* (2011), 375 N.B.R. (2d) 1, [2011] N.B.J. No. 221 (C.A.) (QL), in the context of a status hearing, I reviewed the principles that govern an extension of time to perfect an appeal. Briefly stated, these are as follows:

1. Is there any indication that the appellant has abandoned his or her intention to appeal?
2. Has counsel moved diligently to perfect the appeal?
3. Has a proper explanation for the delay been offered?
4. What was the extent of the delay?

5. Would granting or denying the extension of time unduly prejudice one or the other of the parties?
6. Does the appellant have an arguable case on appeal?

[16] Applying these to the present case, I reached the conclusion that the appeal should be dismissed. In *Burgess*, I noted that “if an appellant does not initiate a motion to extend time to perfect, but rather waits until a status hearing, this may speak loudly to the question of moving diligently and perhaps even to the question of whether the intention to appeal has been abandoned” (para. 6). This was the situation in the present matter. Nevertheless, I do not find an intention to abandon the appeal. I do, however, find egregious conduct on the part of experienced counsel in not diligently ordering the transcript of the evidence, not offering any type of satisfactory explanation for the delay, and in attempting to shift the blame for the delay to the Registrar’s office and Ms. Gray’s counsel. The delay was his, and his alone.

[17] The delay in this case was inordinately long and would be even more prolonged by any order short of dismissal of the appeal. As of the date of the status hearing, the transcript had yet to be ordered. The Registrar’s Notice to Appellants and Rule 62.11 were clear: the appellant was responsible for ordering the transcript. Counsel who argue in the Court of Appeal do this as a matter of routine. Mr. Graye’s counsel has much experience before the Court of Appeal. I do not accept his explanation that he was unaware it was his responsibility to order the transcript. It is more plausible that Mr. Graye was not in any rush to perfect this appeal since he had not made payments that had been ordered forthwith or within a specified date (despite the Court’s refusal to stay the execution of the trial judgment).

[18] As for the criteria of undue prejudice, it is normally associated with a party’s ability to fully respond to the case, as was the situation in *H.A.W. v. Sisters of Charity of The Immaculate Conception and The Roman Catholic Bishop of Saint John*, 2006 NBCA 12, 296 N.B.R. (2d) 196, in which the Court found that the respondent’s ability to respond would have been compromised by an extension of time because evidence had been lost on account of the appellant’s failure to follow the procedure set out in the *Rules of Court*. In this case, the prejudice is of a pecuniary nature in that Ms. Gray has been deprived of the benefits of the trial

judge's order. This type of prejudice may have more traction if Ms. Gray had made a motion to dismiss for delay and not simply awaited a status hearing.

[19] Counsel for Ms. Gray has conceded that Mr. Graye's appeal is not frivolous. However, he points out that the trial judge made credibility findings, and adds that the deferential standard pursuant to which those would be reviewed will make it unlikely the appeal would be successful. In my view, this last point is determinative. Mr. Graye has not demonstrated to me he could possibly meet the standard of review for credibility and factual findings.

[20] When I weighed all factors, I was of the view that the interests of justice are best served by putting an end to this appeal because: (1) Mr. Graye has not convinced me he has valid arguments to make to overturn critical credibility findings; (2) Mr. Graye's counsel has caused a lengthy delay by not ordering the transcript, as was his duty; (3) there is no proper explanation for this delay; and (4) Mr. Graye's counsel did not make diligent efforts to expedite the matter when his failure was brought to his attention.

[21] On the question of costs, I concluded that the egregious circumstances that led to my dismissing the appeal were the result of both Mr. Graye and his counsel. This is why I took the unusual step of making both Mr. Graye and his counsel jointly and severally liable for the costs of \$3,000 I awarded to Ms. Gray.

DÉCISION

[Version française]

[1] Le 31 août 2016, au terme d'une audience sur l'état de l'instance tenue suivant la règle 62.15.1 des *Règles de procédure*, j'ai rejeté un appel et condamné l'appelant à des dépens de 3 000 \$ dont lui et son avocat sont solidairement redevables. J'ai indiqué à ce moment-là que les motifs de ma décision suivraient. Je les donne aujourd'hui.

[2] Dans cette affaire, un appel avait été introduit contre une décision rendue le 15 avril 2015 par une juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille. Christopher Neil Graye avait porté la décision en appel une semaine plus tard, le 22 avril. L'introduction de l'appel a amené le bureau de la registraire à faire parvenir aussitôt à l'avocat de M. Graye un avis aux appelants(es), dont le texte suit :

Pursuant to Rule 62.06(2)(c) the original Notice of Appeal is being returned herewith as the Appellant is required to serve a copy of the Notice on all persons whose interests may be affected and file the Notice of Appeal and proof of service with the Registrar forthwith after completion of service, and forward a copy to the CLERK of the "Court Appealed from". [See Rule 62.06(3) and 62.10]

Conformément à la règle 62.06(2)c), nous vous retournons par la présente l'original de l'avis d'appel puisque l'appelant(e) est tenu(e) d'en signifier une copie à toutes les personnes dont les intérêts peuvent être en cause et ensuite déposer immédiatement l'avis d'appel avec preuve de sa signification auprès du registraire, et d'en envoyer une copie au GREFFIER du « tribunal de première instance ». [Voir règle 62.06(3) et 62.10]

Rule 62.11 requires the appellant to order in writing all *necessary* evidence from the Court Stenographer. In the interests of conformity with the initiative of the Chief Justice to reduce costs to litigants, we ask that counsel consult as to whether the transcript of the entire hearing is necessary or if relevant excerpts would be more appropriate.

La règle 62.11 exige que l'appelant(e) commande par écrit du sténographe judiciaire toute la preuve *nécessaire* à l'appel. Compte tenu de la directive du juge en chef visant la réduction des frais en litige, nous vous prions de bien vouloir consulter concernant la nécessité de faire produire la transcription intégrale de l'audience au complet ou si le dépôt des extraits pertinents serait plus opportun.

[Emphasis in original.]

[Le gras et l'italique figurent dans l'original.]

[3] L'avocat de M. Graye a déposé le certificat de l'appelant prévu par les *Règles de procédure* (formule 62F), qui certifiait qu'il serait nécessaire d'employer en appel toutes les pièces et toute la preuve du procès.

[4] L'appel n'a pas été mis en état dans les quatre mois qui ont suivi la date de la décision de première instance. La règle 62.15.1 est donc entrée en jeu. Elle prévoit que, dans ce cas, le registraire doit faire parvenir une demande de rapport sur l'état de l'instance aux avocats commis au dossier et à toute partie n'ayant pas commis d'avocat. Une demande de rapport sur l'état de l'instance a été envoyée à l'avocat de M. Graye le 19 octobre 2015. L'envoi, revêtu de la mention « non réclamé », a été retourné à l'expéditeur par le bureau de poste. La registraire a donc écrit à l'avocat de M. Graye le 23 novembre 2015 et joint à la lettre une copie de la demande. L'avocat de M. Graye a répondu sept jours plus tard :

[TRADUCTION]

Pour donner suite à votre lettre du 323 [sic] novembre 2015 et à la demande du 19 octobre 2015 qui l'accompagnait, documents reçus la semaine dernière dans la boîte postale que nous avons au tribunal, je vous informe que j'attends confirmation de la transcription des dépositions du procès pour pouvoir mettre l'appel en état.

Pouvez-vous m'informer de son état d'avancement? [...]

[5] Le 3 février 2016, la registraire a transmis une seconde demande de rapport sur l'état de l'instance. Cette demande signalait que, suivant la règle 62.15.1, l'avocat de l'appelant est « tenu [d']informer [la registraire] par écrit, dans un délai de 30 jours, de l'état actuel de l'appel et de toute raison pour laquelle il n'a pas encore été mis en état » (c'est moi qui souligne).

[6] L'avocat de M. Graye ne s'est pas conformé à ces indications. Sa réponse n'est datée que du 10 mars 2016 et il l'a expédiée par télécopieur le lendemain :

[TRADUCTION]

Je donne suite à la lettre par laquelle vous demandez un rapport sur l'état de l'appel susmentionné.

[...]

Je vous informe que j'attends confirmation de la transcription des dépositions du procès pour pouvoir mettre l'appel en état.

Après étude du dossier du procès original, il m'apparaît que, du point de vue de la partie appelante, une réduction

importante du volume de dépositions à transcrire [est possible]. J'entends donc consulter l'avocat de l'intimée et voir s'il est d'accord sur le volume de la preuve issue du procès qui est véritablement nécessaire pour les besoins du présent appel.

[7] Lorsque la registraire reçoit une réponse à une demande de rapport sur l'état de l'instance, ou qu'aucune réponse n'est envoyée dans le délai prescrit, elle sollicite d'un juge de notre Cour des directives. Ici, un juge de la Cour d'appel a ordonné la tenue d'une audience sur l'état de l'instance. Le 11 mai 2016, la registraire a donc émis un avis d'audience sur l'état de l'instance et fixé au 26 juillet 2016 la date de l'audience que présiderait un juge de notre Cour.

[8] Le 17 juin 2016, l'avocat de M. Graye a déposé un certificat de l'appelant modifié. Il y certifiait qu'il serait nécessaire d'employer en appel toutes les pièces, mais que seules seraient nécessaires les parties spécifiées de la transcription. Ce document n'a toutefois été envoyé à l'avocat de l'intimée que le 4 juillet 2016.

[9] Les avocats des deux parties ont assisté à l'audience sur l'état de l'instance le 26 juillet. Ni l'un ni l'autre n'a présenté de preuve. L'avocat de M. Graye a fini par admettre, quoiqu'il ait fallu insister, qu'il n'avait pas commandé la transcription des débats du procès. Il a affirmé qu'il avait cru qu'il revenait au bureau de la registraire de la commander, et ce, en dépit des textes clairs de l'avis aux appelants(es), envoyé par la registraire le 22 avril 2015, et de la règle 62.11. Cette règle est rédigée ainsi :

62.11 Transcript of Evidence and Exhibits

62.11 Transcription et pièces

(1) When Rule 62.10 is complied with, the appellant shall forthwith

(1) Après s'être conformé à la règle 62.10, l'appelant doit immédiatement

(a) order in writing all the necessary evidence, or

a) commander par écrit toute la preuve nécessaire à l'appel ou

(b) if he has already ordered all of the evidence, modify the order to comply with the certificates or agreement.

b) s'il a déjà commandé toute la preuve, modifier sa commande de façon à respecter les termes des certificats ou de l'entente.

[10] L'avocat de M. Graye a tenté d'orienter sur le certificat de l'appelant modifié l'audience sur l'état de l'instance en faisant valoir qu'il n'avait toujours pas reçu de réponse de

l'avocat de l'intimée. Il a soutenu que la transcription des parties qu'il avait désignées comme nécessaires à l'audition de l'appel pouvait être commandée, une fois reçu l'avis de l'avocat de l'intimée, et que le retard qui pourrait s'ensuivre ne porterait préjudice ni à l'appelant ni à l'intimée. L'avocat de Tasha Lynn Gray a répliqué que M^{me} Gray avait déjà subi un préjudice en raison du retard et que le préjudice persistait tant que l'appel demeurait en instance.

[11] Insatisfait des éléments dont la Cour disposait, j'ai ajourné au 31 août l'audience sur l'état de l'instance afin de permettre aux avocats de déposer des affidavits à l'appui de leurs prétentions respectives.

[12] Dans son affidavit, M^{me} Gray décrit le préjudice qu'elle a subi du fait que M. Graye ne s'est pas conformé à la décision de première instance. Elle fait observer qu'il avait prié notre Cour de suspendre l'exécution de l'ordonnance consécutive à la décision de première instance, mais que, le 22 juillet 2015, cette motion a été rejetée par un juge de la Cour d'appel, qui a condamné M. Graye à des dépens de 1 000 \$. En dépit du rejet de sa motion en suspension d'exécution, M. Graye ne s'est pas soumis à l'ordonnance du tribunal de première instance. Plus exactement, il lui était ordonné de verser à M^{me} Gray une somme sur-le-champ, puis une autre somme à une date donnée. Le défaut de M. Graye de se conformer à cette ordonnance s'est traduit, pour M^{me} Gray, par des difficultés financières importantes et par des manquements à ses obligations envers un établissement financier. Vu les circonstances, elle pourrait perdre un bien hypothéqué. M^{me} Gray se voit contrainte d'affecter ses ressources restreintes à la présentation de réponses à l'appel et à des procédures incidentes, telles la motion en suspension et l'audience sur l'état de l'instance, au lieu de pouvoir prendre des mesures pour faire respecter l'ordonnance du tribunal de première instance.

[13] M. Graye n'a pas déposé d'affidavit en vue de l'audience sur l'état de l'instance. Au lieu de l'affidavit de son client, l'avocat de M. Graye a déposé son propre affidavit. L'avocat de M^{me} Gray s'y est opposé à juste titre, pour le motif qu'un avocat ne doit pas plaider sur le fondement de son propre affidavit. Lors de l'audience sur l'état de l'instance, il a été convenu, par souci de faire avancer l'affaire, que la première partie de l'affidavit de l'avocat serait prise en considération, parce qu'elle porte, de façon générale, uniquement sur des questions de procédure et sur des questions non contentieuses. Par contre, le reste de l'affidavit, ses par. 46 à 84, devait

être retranché et devait être considéré comme une argumentation, telle celle que présenterait un mémoire préparatoire.

[14] L'affidavit de l'avocat de M. Graye explique en partie son retard à répondre en temps opportun aux demandes de rapport sur l'état de l'instance, mais n'avance pas de raison valable pour son défaut de commander la transcription comme le prescrit la règle 62.11. L'avocat semble plutôt en rejeter la faute sur le bureau de la registraire : il a indiqué deux fois qu'il attendait une réponse de la registraire sur l'état d'avancement de la transcription. Il se plaint également de ne pas avoir reçu, après avoir modifié le certificat de l'appelant, l'avis de l'avocat de M^{me} Gray sur la preuve qui serait nécessaire à l'audition de l'appel. L'avocat de M^{me} Gray répond que les débats ne sont plus frais à sa mémoire, vu le temps qui s'est écoulé depuis, et qu'il devra en écouter l'enregistrement pour déterminer si d'autres éléments de preuve seront nécessaires que ceux que désigne le certificat modifié.

[15] J'ai examiné les principes régissant la prolongation du délai de mise en état d'un appel, en contexte d'audience sur l'état de l'instance, dans *Burgess c. McKinnon-Burgess* (2011), 375 R.N.-B. (2^e) 1, [2011] A.N.-B. n^o 221 (C.A.) (QL). En résumé, les questions suivantes se posent :

1. Quelque chose indique-t-il que la partie appelante a abandonné l'intention d'appeler?
2. L'avocat a-t-il procédé diligemment pour mettre l'appel en état?
3. Le retard a-t-il fait l'objet d'une explication satisfaisante?
4. Quelle est la longueur du retard?
5. La décision d'accorder ou de refuser la prorogation de délai est-elle susceptible de causer un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties?
6. L'appelant a-t-il une cause défendable en appel?

[16] Après avoir appliqué ces principes à la présente cause, je suis arrivé à la conclusion qu'il convenait de rejeter l'appel. Dans l'arrêt *Burgess*, j'ai écrit qu'« attendre la tenue d'une audience sur l'état de l'instance, au lieu de présenter une motion en prolongation du délai de mise en état, peut être une forte indication de l'exercice ou non de diligence par la partie appelante, voire de l'abandon possible de l'intention d'appeler » (par. 6). Cette forte indication était donnée en l'espèce. Je ne conclus pas, néanmoins, à une intention d'abandonner l'appel. Je conclus toutefois à une conduite inacceptable de la part d'un avocat expérimenté, qui n'a pas commandé diligemment la transcription de la preuve, qui n'a donné d'explication satisfaisante d'aucune sorte pour le retard et qui a tenté de rejeter la faute de ce retard sur le bureau de la registraire et sur l'avocat de M^{me} Gray. Le retard n'était imputable qu'à lui seul.

[17] Le retard était excessivement long en l'espèce et toute autre ordonnance qu'un rejet de l'appel l'aurait encore accru. La transcription n'avait toujours pas été commandée lors de l'audience sur l'état de l'instance. L'avis aux appelants(es) envoyé par la registraire et la règle 62.11 étaient clairs : l'appelant était responsable de commander la transcription. Pour les avocats qui plaident devant la Cour d'appel, il est usuel de la commander. L'avocat de M. Graye a une expérience considérable de la Cour d'appel. Je n'admets pas l'explication qu'il avance, selon laquelle il ne se savait pas responsable de commander la transcription. Il est plus vraisemblable que M. Graye n'ait pas été pressé de mettre l'appel en état, puisqu'il n'avait pas effectué les paiements qu'une ordonnance lui imposait d'acquitter sur-le-champ ou avant une date donnée (malgré le refus de la Cour de suspendre l'exécution du jugement de première instance).

[18] Pour ce qui est du critère du préjudice indu, il est normalement associé à la capacité d'une partie de fournir une réponse complète. Le cas s'est présenté dans *H.A.W. c. Les Soeurs de la Charité de l'Immaculée Conception et Le Roman Catholic Bishop of Saint John*, 2006 NBCA 12, 296 R.N.-B. (2^e) 196, arrêt où la Cour a conclu que la capacité des intimés de fournir une réponse aurait été compromise par une prolongation de délai, parce que des éléments de preuve avaient été perdus du fait du défaut de l'appelant de suivre la procédure énoncée dans les *Règles de procédure*. En l'espèce, le préjudice est de nature pécuniaire, en ce sens que M^{me} Gray n'a pu bénéficier de l'ordonnance de la juge du procès. Invoquer ce type de préjudice tiendrait davantage si M^{me} Gray avait demandé le rejet de l'appel pour retard, sans attendre simplement une audience sur l'état de l'instance.

[19] L'avocat de M^{me} Gray concède que l'appel de M. Graye n'est pas frivole. Il fait cependant remarquer que la juge du procès a tiré des conclusions en matière de crédibilité et que, comme la norme applicable à leur contrôle exige la déférence, il est peu probable que l'appel soit accueilli. J'estime décisif ce dernier argument. M. Graye ne m'a pas démontré qu'il lui serait possible de satisfaire à la norme de contrôle applicable aux conclusions tirées sur les faits et sur la crédibilité.

[20] Tous les facteurs pesés, il m'est apparu que mettre un terme au présent appel servait le mieux les intérêts de la justice. Les raisons en sont les suivantes : (1) M. Graye ne m'a pas persuadé qu'il soit en mesure de présenter des arguments valables susceptibles de réfuter les conclusions cruciales tirées quant à la crédibilité; (2) l'avocat de M. Graye a occasionné un long retard en ne commandant pas la transcription, comme il en avait l'obligation; (3) aucune explication satisfaisante du retard n'a été donnée; et (4) l'avocat de M. Graye n'a pas diligemment tâché de hâter les choses lorsque son défaut d'agir lui a été signalé.

[21] Pour ce qui est des dépens, j'ai conclu que la situation inacceptable qui m'amenait à rejeter l'appel était imputable tant à M. Graye qu'à son avocat. C'est pourquoi j'ai adopté une mesure exceptionnelle rendant M. Graye et son avocat solidairement redevables des dépens de 3 000 \$ accordés à M^{me} Gray.