



27-17-CA

B E T W E E N :

HERB FOURNIER

APPELLANT

- and -

LOCAL 160 of the COMMUNICATIONS,  
ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF  
CANADA

RESPONDENT

E N T R E :

HERB FOURNIER

APPELANT

-et-

SECTION LOCALE 160 DU SYNDICAT  
CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE  
L'ÉNERGIE ET DU PAPIER

INTIMÉE

Motion heard by:  
The Honourable Justice Richard

Date of hearing:  
April 9, 2018

Date of decision:  
April 9, 2018

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Brian Murphy, Q.C.

For the respondent:  
Brenda Comeau

Motion entendue par :  
l'honorable juge Richard

Date de l'audience :  
le 9 avril 2018

Date de la décision :  
le 9 avril 2018

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Brian Murphy, c.r.

Pour l'intimée :  
Brenda Comeau

## DECISION

(Orally)

[1] Herb Fournier was employed as a chip unloader at the AV Cell Pulp and Paper Mill in Atholville, New Brunswick. He was a member of Local 160 of the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada.

[2] On September 26, 2001, Mr. Fournier was convicted of an arson-related offence and was subsequently sentenced to imprisonment for 30 months. Shortly after this, his employment was terminated.

[3] Following the termination of Mr. Fournier's employment, his union requested a leave of absence on his behalf. It was refused. The union filed a grievance. It was dismissed. The union then sought legal advice. The union was informed there was no reasonable chance the grievance would be successful should it proceed to arbitration. The union decided to drop the grievance.

[4] Once released from incarceration, Mr. Fournier unsuccessfully sought to regain his previous employment. The union continued to help him even though he was no longer a member.

[5] On October 16, 2006, Mr. Fournier sued the union alleging a violation of its duty of fair representation. The matter went to trial. On February 14, 2017, a judge of the Court of Queen's Bench dismissed the action.

[6] Upon dismissing the action, the judge stated Mr. Fournier should pay "substantial costs". However, the judge did not determine an amount. Instead, he indicated the parties should try to reach agreement, failing which the judge would then determine an appropriate amount.

[7] Mr. Fournier appealed the dismissal of his action. Meanwhile, the union sent Mr. Fournier a bill of cost totaling \$58,366.26. Mr. Fournier refused to pay “until the outcome of the appeal” was determined. The union then applied for an order of security for costs. Before the motion was heard, Mr. Fournier filed for bankruptcy.

[8] While bankruptcy proceedings normally bring an appeal to a halt unless the trustee opts to pursue it, the trustee in this case eventually assigned the appeal back to Mr. Fournier as an unrealized asset pursuant to s. 40(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3.

[9] After certain procedural matters were addressed, the union’s motion for an order of security for costs was effectively revived.

[10] A motion of this type is governed by Rule 58.10 of the *Rules of Court* and by the principles Drapeau C.J.N.B. set out in *Re Dugas Estate (Bankrupt)* (2003), 261 N.B.R. (2d) 99, [2003] N.B.J. No. 230 (C.A.) (QL), in which he wrote as follows:

In my view, an order for security for costs should only be issued when it is required in the interests of justice. It goes without saying that a key consideration in the exercise of the judicial discretion recognized by Rule 58.10(1)(b) is the apparent strength of the grounds of appeal. An appellant’s financial means or lack thereof may also come into play. On that score, I note that judges have shown a great deal of reticence in granting orders for security for costs where the impecuniosity of the appellant is such that the likely consequence of the order will be a deemed abandonment of an apparently meritorious appeal. That said, an appellant’s impecuniosity would not necessarily preclude an order under Rule 58.10(1)(b) if the appeal appears to have a very poor chance of success or is vexatious. [para. 9]

[11] Mr. Fournier claims not having the means to comply with any order requiring him to furnish security for costs and says he will be deemed to have abandoned his appeal if such an order is issued. I accept this to be the case, and it is a consideration that weighs significantly against the order sought.

[12]                    However, as the Chief Justice pointed out in *Dugas*, this is not the end of the analysis. I also have to consider the apparent strength of the grounds of appeals.

[13]                    In answer to the union's motion, Mr. Fournier filed a detailed affidavit containing what are essentially arguments supporting his appeal, with references to the transcript where necessary. In a written submission, Mr. Fournier's counsel addressed some of the grounds of appeal. Of course, the questions raised on appeal have to be addressed through the lens of the applicable standard of review. Upon doing so, I cannot but conclude that Mr. Fournier's appeal has an extremely poor chance of success.

[14]                    In the final analysis, I apply the principle stated in *Dugas* whereby "an appellant's impecuniosity would not necessarily preclude an order under Rule 58.01(1)(b) if the appeal appears to have a very poor chance of success" (para. 9). In my view, this is the case in the present matter. The interests of justice do not require the union to be put through an appeal that will most likely not succeed without having any hope of ever recovering costs.

[15]                    Normally, in a case such as this, costs on appeal would be 40% of the sum determined at trial. However, the trial judge did not address costs beyond stating the amount should be "substantial" and would be determined only if the parties were unable to reach an agreement. As it turned out, the bankruptcy proceeding ended all negotiations following the delivery of a bill of costs.

[16]                    While I may not be able to determine with precision the costs and disbursements award that would flow from the likely eventual dismissal of Mr. Fournier's appeal, I am nevertheless empowered to fix a reasonable amount.

[17]                    Mr. Fournier's claim against the union was for damages that exceeded \$1 million. He adduced evidence in support of his claim for pecuniary loss in an amount exceeding \$900,000. Using even the lower of those amounts, costs on Scale 3 of Tariff A

under Rule 59 would have approached \$35,000 plus disbursements. Forty percent of \$35,000 amounts to \$14,000. In addition, there would be disbursements, which would certainly exceed \$1,000.

[18] I am not prepared to order security for costs of at least \$15,000 in accordance with the calculation set out above. Instead, I fix the amount at half that: \$7,500.

[19] In conclusion, I order Mr. Fournier to furnish the sum of \$7,500 within 30 days of the date upon which this decision was rendered orally: April 9, 2018. Failure to furnish this sum will result in his appeal deemed to have been abandoned. I also order Mr. Fournier to pay \$750 in costs on this motion.

## DÉCISION

(Oralement)

- [1] Herb Fournier était employé comme déchargeur de copeaux de bois à l'usine de pâtes et papier AV Cell à Atholville, au Nouveau-Brunswick. Il était membre de la section locale 160 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier.
- [2] Le 26 septembre 2001, M. Fournier a été déclaré coupable d'une infraction liée au crime d'incendie et a été par la suite condamné à une peine d'emprisonnement de 30 mois. Peu après, il a été mis fin à son emploi.
- [3] Après la mise à pied de M. Fournier, son syndicat a demandé un congé autorisé pour son compte. Il a été refusé. Le syndicat a déposé un grief. Il a été rejeté. Le syndicat a par la suite sollicité des conseils juridiques. On l'a informé qu'il n'y avait pas de chances raisonnables que le grief soit accueilli s'il procédait à l'arbitrage. Le syndicat a décidé de laisser tomber le grief.
- [4] Après sa remise en liberté, M. Fournier a essayé en vain de reprendre son ancien emploi. Le syndicat a continué de l'aider même s'il n'en était plus membre.
- [5] Le 16 octobre 2006, M. Fournier a intenté une poursuite au syndicat dans laquelle il allègue que le syndicat a violé son devoir de juste représentation. L'affaire s'est rendue devant les tribunaux et, le 14 février 2017, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté l'action.
- [6] Après avoir rejeté l'action, le juge a indiqué que M. Fournier devrait verser [TRADUCTION] « des dépens substantiels ». Toutefois, le juge n'a pas fixé le montant de ceux-ci. Il a plutôt indiqué que les parties devraient essayer de parvenir à une entente, faute de quoi le juge fixerait alors un montant approprié.

[7] M. Fournier a interjeté appel du rejet de son action. Entre-temps, le syndicat a fait parvenir à M. Fournier une note de frais pour la somme totale de 58 366,26 \$. M. Fournier a refusé de payer ces frais [TRADUCTION] « jusqu'à ce que l'issue de l'appel » soit déterminée. Le syndicat a ensuite demandé une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens. Avant l'audition de la motion, M. Fournier a déclaré faillite.

[8] Même si une procédure de faillite a normalement pour effet de suspendre un appel à moins que le syndic ne choisisse de le poursuivre, le syndic en l'espèce a fini par retourner l'appel à M. Fournier à titre d'élément d'actif non réalisable en application du par. 40(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

[9] Une fois que certaines questions d'ordre procédural ont été réglées, la motion du syndicat en vue d'obtenir une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens a été effectivement relancée.

[10] Ce type de motion est régi par la règle 58.10 des *Règles de procédure* et par les principes énoncés par le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *Re Dugas Estate (Bankrupt)* (2003), 261 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 99, [2003] A.N.-B. n° 230 (C.A.) (QL), dans lequel il a écrit ce qui suit :

J'estime que l'on ne devrait rendre une ordonnance prescrivant une sûreté en garantie des dépens que lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt de la justice. Il va sans dire qu'une des considérations essentielles dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour par la règle 58.10(1)b) est le bien-fondé apparent des moyens d'appel. Les ressources financières ou l'absence de ressources financières de l'appelant peuvent également jouer un rôle. À cet égard, je souligne que les juges se sont montrés très réticents à accorder des ordonnances imposant une sûreté en garantie des dépens lorsque l'indigence de l'appelant est telle que la conséquence probable de l'ordonnance sera l'abandon présumé d'un appel apparemment bien fondé. Cela dit, l'indigence de l'appelant n'interdit pas nécessairement une ordonnance sous le régime de la règle 58.10(1)b) s'il y a très peu de chances que l'appel soit accueilli ou si l'appel est vexatoire. [par. 9]

[11] M. Fournier affirme qu'il n'a pas les moyens de se conformer à une ordonnance lui enjoignant de donner une sûreté en garantie des dépens, et qu'il sera réputé avoir abandonné son appel si une telle ordonnance est rendue. Je conclus que c'est bel et bien le cas, et que cette considération milite fortement contre l'ordonnance sollicitée.

[12] Toutefois, comme l'a souligné le juge en chef dans l'arrêt *Dugas*, l'analyse ne se termine pas ici. Je dois aussi examiner le bien-fondé apparent des moyens d'appel.

[13] En réponse à la motion du syndicat, M. Fournier a déposé un affidavit détaillé contenant ce qui constituait essentiellement des arguments à l'appui de son appel, avec renvois, au besoin, à la transcription. L'avocat de M. Fournier a traité de quelques-uns des moyens d'appel dans un mémoire. Bien entendu, les questions soulevées en appel doivent être examinées à la lumière de la norme de contrôle applicable. Après l'avoir fait, force m'est de conclure que l'appel de M. Fournier a très peu de chances d'être accueilli.

[14] En dernière analyse, j'applique les principes énoncés dans l'arrêt *Dugas*, selon lesquels « l'indigence de l'appelant n'interdit pas nécessairement une ordonnance sous le régime de la règle 58.01(1)b) s'il y a très peu de chances que l'appel soit accueilli » (par. 9). À mon avis, c'est le cas en l'espèce. L'intérêt de la justice n'exige pas que le syndicat subisse un appel qui ne sera en toute probabilité pas accueilli sans qu'il n'ait aucun espoir de pouvoir recouvrer des dépens.

[15] En temps normal, dans une affaire comme celle-ci, les dépens de l'appel représenteraient 40 % du montant fixé au procès. Toutefois, le juge de première instance n'a pas parlé des dépens sauf pour dire que leur montant devrait être « substantiel » et qu'il serait fixé uniquement si les parties étaient incapables de parvenir à une entente. Il s'avère que la procédure de faillite a mis fin à toutes les négociations qui ont suivi la livraison d'une note de frais.



[16] Même si je ne suis pas en mesure de déterminer avec précision le montant des dépens et des débours qui serait accordé à la suite du rejet probable de l'appel de M. Fournier, je suis néanmoins habilité à établir un montant raisonnable pour ceux-ci.

[17] La demande formulée par M. Fournier contre le syndicat visait des dommages-intérêts de plus d'un million de dollars. Il a présenté des éléments de preuve à l'appui de sa demande pour pertes pécuniaires d'un montant supérieur à 900 000 \$. Même si l'on se servait du plus bas de ces montants, les dépens établis au moyen de l'échelle 3 du tarif « A » prévu à la règle 59 atteindraient environ 35 000 \$, plus les débours. Quarante pour cent de 35 000 \$ équivaut à 14 000 \$. De plus, il y aurait des débours, qui seraient certainement supérieurs à 1 000 \$.

[18] Je ne suis pas disposé à ordonner la constitution d'une sûreté en garantie des dépens pour au moins 15 000 \$ conformément au calcul énoncé ci-dessus. Je fixe plutôt un montant qui représente la moitié du montant calculé, à savoir 7 500 \$.

[19] En conclusion, j'ordonne à M. Fournier de donner la somme de 7 500 \$ dans un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle la présente décision a été rendue oralement, c'est-à-dire le 9 avril 2018. Le défaut de donner cette somme fera en sorte que son appel sera réputé abandonné. J'ordonne aussi à M. Fournier de payer des dépens de 750 \$ relativement à la présente motion.