COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

79-21-CA

BERNADETTE JORDAN, TIMOTHY SARGENT, JENNIFER FORD, RYAN CURWIN, ROD G. BRADFORD, NEIL MACISAAC, DOUG WENTZELL and HER MAJESTY THE QUEEN (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS)

INTENDED APPELLANTS

- and -

MARY ANN G. HOLLAND, BRUNSWICK AQUACULTURE LTD. and ALDER SEAFOOD LTD.

INTENDED RESPONDENTS

BERNADETTE JORDAN, TIMOTHY SARGENT, JENNIFER FORD, RYAN CURWIN, ROD G. BRADFORD, NEIL MACISAAC, DOUG WENTZELL et SA MAJESTÉ LA REINE (MINISTÈRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS)

APPELANTS ÉVENTUELS

-et-

MARY ANN G. HOLLAND, BRUNSWICK AQUACULTURE LTD. et ALDER SEAFOOD LTD.

INTIMÉES ÉVENTUELLES

Motion heard by:
The Honourable Justice Baird

Date of hearing:
August 25, 2021

Date of decision:
September 20, 2021

Counsel at hearing:

For the Intended Appellants:
Jessica Thompson

For the Intended Respondents:
Barry R. Morrison, Q.C.

Motion entendue :
l'honorable juge Baird

Date de l'audience :
le 25 août 2021

Date de la décision :
le 20 septembre 2021

Avocats à l'audience :

Pour les appelants éventuels :
Jessica Thompson

Pour les intimées éventuelles :
Barry R. Morrison, c.r.

DECISION

I. Introduction

[1] This is a motion where the intended appellants seek leave to appeal a judge's decision which struck part of a claim against them, but allowed the claim in misfeasance to proceed to trial.

[2] As Richard C.J.N.B. stated in *Babin v. C.J.M. Dieppe Investments Ltd. and TG 378 Gauvin Ltd. and Sood*, 2019 NBCA 44, [2019] N.B.J. No. 144 (QL):

> The summary judgment analysis attracts a different standard of review than that for duty of care. In the seminal decision, *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, the Supreme Court of Canada indicated the following with respect to the standard of review for summary judgment:
>
> > In my view, absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law. Where there is no extricable error in principle, findings of mixed fact and law should not be overturned, absent palpable and overriding error, *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (S.C.C.), at para. 36. [para. 81]
>
> [para. 30]

[3] The intended appellants argue there is doubt about the correctness of the decision and that the proposed appeal involves matters of sufficient importance to warrant this Court's intervention. They argue there are conflicting decisions, referring to this Court's decisions in *Tingley v. The Attorney General of Canada et al.*, 2021 NBCA 18, [2021] N.B.J. No. 105 (QL); and *Jones v. The Attorney General of Canada as representative of the Royal Canadian Mounted Police et al.*, 2018 NBCA 86, [2018] N.B.J. No. 328 (QL).

II. Analysis

[4] In *Tingley*, the claimant sought damages against the Attorney General of Canada for malicious prosecution. In *Jones*, the appeal was dismissed because: "[m]isfeasance in public office was not specifically pleaded and even on a generous reading of the Statement of Claim, it cannot be said that the elements of the tort are asserted because there are no material facts set out that would enable one to conclude the defendants committed the tort" (para. 42). The action was grounded in malfeasance.

[5] In this case, the motion judge was alive to the unique wording of Rule 27.06(9) of the *Rules of Court* which states:

27.06(9) Where fraud, misrepresentation or breach of trust is alleged, the pleading shall contain full particulars thereof; but malice, intent or knowledge may be alleged as a fact without pleading the circumstances from which it is to be inferred.	**27.06**(9) Lorsqu'il y a allégation de fraude, de fausse déclaration ou d'abus de confiance, la plaidoirie doit contenir toutes les précisions sur celle-ci. Par contre, la malveillance, l'intention ou la connaissance peuvent être plaidées comme des faits sans invoquer les circonstances à l'appui.

[6] She correctly distinguished the application of the Rule in cases where malicious prosecution is raised (see *Tingley*) as opposed to those where misfeasance is asserted, as noted.

[7] In *Russell et al. v. Northumberland Co-Operative Limited*, 2019 NBCA 70, [2019] N.B.J. No. 285 (QL), LeBlond J.A. offers useful guidance concerning the summary judgment Rule (Rule 22). He describes the burden of proof to establish there is no "genuine issue" requiring a trial as being on a "balance of probabilities" (para. 28). The starting point is an analysis of the pleadings and whether, or not, they disclose a reasonable cause of action. The Amended Statement of Claim in this case sets out the claim in broad terms, and, although it is described by the motion judge as "bald," this is what she concludes:

> As I noted previously, this portion of our *Rule* seems to be unique as compared to the rules in other provinces regarding pleadings. The *Rule* allows an allegation of malice without the necessity of pleading the circumstances from which it is to be inferred. Presumably the *Rule* is intended to alleviate the difficulty of pleading facts based on what is in the mind of an alleged tortfeasor. [para. 17]

The Amended Statement of Claim is twenty-two paragraphs in length, and it clearly establishes the basis for the action, in my opinion.

[8] The motion judge goes on to state:

> The *Tingley* decision finds that Rule 27.06(9) requires parties to plead the "full particulars" underlying allegations of fraud <u>and</u> malice, but this appears to be specifically directed to allegations of malicious prosecutions. This is so because the nature of such an allegation is so serious that it equates to "prosecutorial fraud" [para. 134]. Thus, the requirement for full particulars in cases of allegations of fraud applies to pleadings against Crown counsel for malicious prosecution. To do otherwise "[…] would create a conflict between fraud and malice as those words appear in the *Rule*."
>
> The *Tingley* decision goes on to state more generally, that pleadings do not have to state the circumstances from which malice is to be <u>inferred</u>, they nonetheless must plead particulars that are <u>known</u> [para. 135]. The malice [plead] by the Plaintiffs in the case before me does not rise to the level of malice implicit in an allegation of malicious prosecution with all of its related implications on the constitutional division of powers. I take from the decision in *Tingley* that in cases of malicious prosecution versus simple malice (for lack of a better descriptor), a more robust screening of the allegations of malice is to be applied at the pleading stage.
>
> [paras. 18-19]
> [Emphasis in original.]

[9] The intended appellants submit that guidance is required as to what constitutes the particulars that are "known" at the pleadings stage, sufficient to breathe new

life into a claim of misfeasance in public office, and that there are conflicting decisions on this issue.

[10] The motion judge found that the amended pleadings adequately included the "particulars" that were "known" by the intended respondents at that stage of the proceedings, sufficient to meet the instruction set out by this Court in *Tingley*. This discretionary finding should withstand appellate scrutiny, absent an error of law, which I do not discern, or a palpable and overriding error in the factual interpretation, which was not argued.

[11] In coming to the disposition, I have reviewed the following:

1. *Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of The Bank of England*, [2000] UKHL 33, [2000] 3 All ER 1;

2. *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263;

3. *Granite Power Corp. v. Ontario*, [2004] O.J. No. 3257 (QL) (ON CA); and

4. *Ontario (Attorney General) v. Clark*, 2021 SCC 18, [2021] S.C.J. No. 18 (QL).

[12] In *Ontario (Attorney General) v. Clark*, the Supreme Court offered a current review of the tort of misfeasance, and states:

> The elements and proper scope of the tort of misfeasance are not disputed in this appeal. A successful misfeasance claim requires the plaintiff to establish that the public official engaged in deliberate and unlawful conduct in his or her capacity as a public official, and that the official was aware that the conduct was unlawful and likely to harm the plaintiff (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 23, per Iacobucci J.).

> The unlawful conduct anchoring a misfeasance claim typically falls into one of three categories, namely an act in excess of the public official's powers, an exercise of a power for an improper purpose, or a breach of a statutory duty (*Odhavji*, at para. 24). The minimum requirement of subjective awareness has been described as "subjective recklessness" or "conscious disregard" for the lawfulness of the conduct and the consequences to the plaintiff (*Odhavji*, at paras. 25 and 29; *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14 (C.A.), at para. 7; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), at pp. 194-95, per Lord Steyn). [paras. 22-23]

[13] In an article authored by Professor Erika Chamberlain, Faculty of Law, University of Western Ontario, titled: "What is the Role of Misfeasance in a Public Office in Modern Canadian Tort Law?," published in Vol. 88, No. 3 of the *Canadian Bar Review* (2010) the author provides an in depth analysis of the evolving Canadian jurisprudence concerning the tort of misfeasance following *Three Rivers*. She opines that two noteworthy trends have emerged: "First, because it lacks a 'proximity' requirement, misfeasance may, in some narrow circumstances, provide plaintiffs with a better claim than negligence against certain public authorities. Second, the evolving elements of misfeasance make it less likely to be struck out at a preliminary stage, thereby prolonging litigation and increasing the pressure on defendants to settle" (p. 586).

III. Conclusion

[14] Taking the above into account, I see nothing in the motion judge's decision that would warrant review by this Court at this stage of the proceedings. In my view, the intended appellants have not brought themselves under Rule 62.03. I see no error, I do not doubt the correctness of the decision in the court below, and it is my opinion the proposed appeal is not of sufficient importance to warrant an appeal. The motion for leave is therefore dismissed with costs against the intended appellants in the amount of $2,000. The intended appellants' request for a stay of proceedings is also dismissed.

IV. Disposition

[15] The motion for leave to appeal is dismissed. The request for a stay of proceedings is dismissed. Costs are ordered in the amount of $2,000.

DÉCISION

I. Introduction

[1] Je suis saisie d'une motion par laquelle les appelants éventuels sollicitent l'autorisation d'interjeter appel de la décision d'une juge dans laquelle elle a radié une partie de la demande formée contre eux, mais a permis l'instruction de la demande fondée sur la malfaisance.

[2] Comme l'a affirmé le juge en chef Richard dans l'arrêt *Babin c. C.J.M. Dieppe Investments Ltd. et TG 378 Gauvin Ltd. et Sood*, 2019 NBCA 44, [2019] A.N.-B. nº 144 (QL) :

> L'analyse de la question de savoir si un jugement sommaire aurait dû être rendu fait appel à une norme de contrôle différente de celle qui s'applique dans l'analyse de l'obligation de diligence. Dans l'arrêt apériteur *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, la Cour suprême du Canada s'est exprimée ainsi au sujet de la norme de contrôle applicable au jugement sommaire :
>
> > À mon avis, en l'absence d'une erreur de droit, l'exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d'une requête exerce ses nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, et détermine s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. Lorsqu'il n'y a aucune erreur de principe isolable, les conclusions mixtes de fait et de droit ne doivent pas être infirmées en l'absence d'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36. [Par. 81]
>
> [par. 30]

[3] Les appelants éventuels soutiennent qu'il subsiste un doute quant au bien-fondé de la décision et que le projet d'appel soulève des questions d'une importance

suffisante pour justifier l'intervention de notre Cour. Ils affirment qu'il existe des décisions divergentes et invoquent les décisions de notre Cour dans les affaires *Tingley c. Le procureur général du Canada et autres*, 2021 NBCA 18, [2021] A.N.-B. n° 105 (QL), et *Jones c. La procureure générale du Canada, en qualité de représentante de la Gendarmerie royale du Canada, et autre*, 2018 NBCA 86, [2018] A.N.-B. n° 328 (QL).

II. Analyse

[4] Dans l'arrêt *Tingley*, le demandeur a sollicité des dommages-intérêts du procureur général du Canada pour poursuite malveillante. Dans l'arrêt *Jones*, l'appel a été rejeté parce que « [l]a malfaisance dans une charge publique n'était pas expressément plaidée et il ne peut être affirmé, même en donnant une interprétation généreuse de l'exposé de la demande, que les éléments du délit sont énoncés, parce qu'aucun fait déterminant n'est présenté qui permettrait de conclure que les défendeurs ont commis le délit » (par. 42). L'action était fondée sur la malfaisance.

[5] En l'espèce, la juge saisie de la motion était consciente du libellé particulier de la règle 27.06(9) des *Règles de procédure* qui dispose :

27.06(9) Where fraud, misrepresentation or breach of trust is alleged, the pleading shall contain full particulars thereof; but malice, intent or knowledge may be alleged as a fact without pleading the circumstances from which it is to be inferred.	**27.06**(9) Lorsqu'il y a allégation de fraude, de fausse déclaration ou d'abus de confiance, la plaidoirie doit contenir toutes les précisions sur celle-ci. Par contre, la malveillance, l'intention ou la connaissance peuvent être plaidées comme des faits sans invoquer les circonstances à l'appui.

[6] Elle a distingué comme il se doit l'application de la règle dans les cas où la poursuite malveillante est invoquée (voir l'arrêt *Tingley*) par opposition à ceux où la malfaisance est invoquée, comme il a été indiqué.

[7] Dans *Russell et autre c. Northumberland Co-Operative Limited*, 2019 NBCA 70, [2019] A.N.-B. n° 285 (QL), le juge LeBlond donne des directives utiles

concernant la règle régissant les jugements sommaires (règle 22). Il explique que le fardeau de preuve dont il faudra s'acquitter pour établir qu'il n'existe pas de « véritable question litigieuse » nécessitant la tenue d'un procès est celui de la « preuve par prépondérance des probabilités » (par. 28). Il faut commencer par une analyse des plaidoiries et déterminer si elles révèlent une cause d'action raisonnable. L'exposé de la demande modifié en l'espèce énonce la revendication de façon générale et, bien que celui-ci soit qualifié par la juge saisie de la motion de [TRADUCTION] « simple », voici la conclusion qu'elle a tirée :

> [TRADUCTION]
> Comme je l'ai mentionné précédemment, cette partie de notre règle semble être unique comparativement aux règles portant sur les plaidoiries des autres provinces. La règle prévoit qu'une allégation de malveillance peut être plaidée sans invoquer les circonstances à l'appui. La règle vise vraisemblablement à pallier la difficulté de plaider des faits fondés sur ce à quoi pense l'auteur présumé du délit.
> [par. 17]

L'exposé de la demande modifié contient vingt-deux paragraphes et établit clairement le fondement de l'action, selon moi.

[8] La juge saisie de la motion ajoute :

> [TRADUCTION]
> Dans l'arrêt *Tingley*, la Cour a conclu que la règle 27.06(9) exige que les parties plaident « toutes les précisions » sur les allégations de fraude <u>et</u> de malveillance, mais cela semble viser expressément les allégations de poursuite malveillante. Il en est ainsi puisqu'une telle allégation est d'une nature tellement grave qu'elle équivaut à la « fraude dans le processus de poursuite » [par. 134]. Ainsi, l'exigence de plaider toutes les précisions dans les cas d'allégations de fraude s'applique aux plaidoiries contre le substitut du procureur général pour poursuite malveillante. Autrement, « il résulterait un conflit de l'usage des termes fraude et malveillance dans la règle ».
>
> Dans l'arrêt *Tingley*, la Cour poursuit de manière plus générale en disant que les plaidoiries n'ont pas à indiquer les circonstances <u>à l'appui</u> d'une allégation de malveillance,

> mais doivent contenir les précisions connues [par. 135]. L'allégation de malveillance [plaidée] par les demandeurs dans l'affaire dont je suis saisie ne soulève pas le même degré de malveillance que celui qui est implicite dans une allégation de poursuite malveillante avec toutes ses incidences sur la répartition constitutionnelle des pouvoirs. Je retiens de la décision dans l'arrêt *Tingley* que, dans les cas de poursuite malveillante par opposition à de la simple malveillance (à défaut d'un meilleur terme descriptif), il doit y avoir une vérification plus rigoureuse des allégations de malveillance à l'étape des plaidoiries. [par. 18 et 19]
>
> [Soulignement dans l'original.]

[9] Les appelants éventuels soutiennent que des directives sont nécessaires quant à ce qui constitue les précisions qui sont « connues » à l'étape des plaidoiries et suffisantes pour revivifier une demande fondée sur la malfaisance dans une charge publique, et qu'il existe des décisions divergentes sur cette question.

[10] La juge saisie de la motion a conclu que les plaidoiries modifiées incluaient de façon adéquate les « précisions » qui étaient « connues » par les intimées éventuelles à cette étape de l'instance, ce qui était suffisant pour répondre aux directives établies par notre Cour dans l'arrêt *Tingley*. Cette conclusion d'ordre discrétionnaire devrait résister à un examen en appel, en l'absence d'une erreur de droit, dont je n'en constate aucune, ou d'une erreur manifeste et dominante dans l'interprétation des faits, ce qui n'a pas été invoqué.

[11] Pour trancher l'affaire, j'ai examiné les décisions suivantes :

1. *Three Rivers District Council and Others c. Governor and Company of The Bank of England*, [2000] UKHL 33, [2000] 3 All ER 1;

2. *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263;

3. *Granite Power Corp. c. Ontario*, [2004] O.J. No. 3257 (QL) (C.A.);

4. *Ontario (Procureur général) c. Clark*, 2021 CSC 18, [2021] A.C.S. nº 18 (QL).

[12] Dans *Ontario (Procureur général) c. Clark*, la Cour suprême a fait le point sur le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique et a déclaré ce qui suit :

> Les éléments constitutifs et la portée du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique ne sont pas contestés dans le présent pourvoi. Pour obtenir gain de cause dans son action pour faute dans l'exercice d'une charge publique, le demandeur doit démontrer que le fonctionnaire public a agi en cette qualité de manière illégitime et délibérée et qu'il était conscient du caractère illégitime de sa conduite et de la probabilité qu'elle cause un préjudice au demandeur (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 23, le juge Iacobucci).
>
> Les actes illégitimes qui donnent ouverture à une action pour faute dans l'exercice d'une charge publique relèvent généralement de l'une de trois catégories, soit : lorsque l'acte outrepasse les pouvoirs conférés à la personne qui exerce une charge publique, lorsque le pouvoir est exercé à une fin irrégulière ou lorsqu'il y a manquement à une obligation prévue par la loi (*Odhavji*, par. 24). La condition minimale de la connaissance subjective exige que l'auteur de l'acte reproché ait fait preuve de « témérité subjective » ou « sciemment [d']insouciance » à l'égard de la légitimité de ses actes et de leurs conséquences pour le demandeur (*Odhavji*, par. 25 et 29; *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14 (C.A.), par. 7; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), p. 194-195, le lord Steyn).
>
> [par. 22 et 23]

[13] Dans son article intitulé « What is the Role of Misfeasance in a Public Office in Modern Canadian Tort Law? », publié dans la *Revue du Barreau canadien*, vol. 88, nº 3 (2010), la professeure Erika Chamberlain, de la Faculté de droit de la University of Western Ontario, fournit une analyse approfondie de l'évolution de la jurisprudence canadienne en ce qui concerne le délit de malfaisance depuis la décision *Three Rivers*. Elle estime que deux tendances notables se sont dégagées : [TRADUCTION]

« Premièrement, puisqu'elle n'a pas d'exigence de [TRADUCTION] "proximité", la malfaisance peut, dans des circonstances bien précises, constituer pour les demandeurs un meilleur recours que la négligence contre certaines autorités publiques. Deuxièmement, les éléments en évolution de la malfaisance font en sorte qu'elle risque moins d'être radiée à une étape préliminaire, ce qui prolonge les instances et augmente la pression sur les défendeurs de régler à l'amiable » (p. 586).

III. Conclusion

[14] Compte tenu de ce qui précède, je ne relève rien dans la décision de la juge saisie de la motion qui justifierait une révision par notre Cour à cette étape-ci de l'instance. À mon avis, les appelants éventuels n'ont pas établi que leur demande relève de la règle 62.03. Je ne relève aucune erreur, je ne doute pas du bien-fondé de la décision du tribunal d'instance inférieure et, à mon avis, le projet d'appel n'est pas d'une importance suffisante pour justifier un appel. La motion en autorisation d'appel est donc rejetée et les appelants éventuels sont condamnés à des dépens de 2 000 $. La demande des appelants éventuels visant la suspension de l'instance est aussi rejetée.

IV. Dispositif

[15] La motion en autorisation d'appel est rejetée. La demande de suspension de l'instance est rejetée. Des dépens de 2 000 $ sont adjugés.