COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

89-21-CA

B E T W E E N:

C.J.

INTENDED APPELLANT

- and -

S.W.

INTENDED RESPONDENT

E N T R E :

C.J.

APPELANT ÉVENTUEL

- et -

S.W.

INTIMÉE ÉVENTUELLE

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice LeBlond

Date of hearing:
September 10, 2021

Date of decision:
September 16, 2021

Counsel at hearing:

For the Intended Appellant:
Kayla M. Cullen

For the Intended Respondent:
Monique Veillette, Q.C. and Sara Scaletta

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge LeBlond

Date de l'audience :
le 10 septembre 2021

Date de la décision :
le 16 septembre 2021

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant éventuel :
Kayla M. Cullen

Pour l'intimée éventuelle :
Monique Veillette, c.r. et Sara Scaletta

DECISION

[1] The parties are involved in a protracted matrimonial dispute. They each filed motions in May and June 2021, seeking interim relief on matters which included interim parenting, the future care plan for the children and both child and spousal support. The motion judge heard evidence and dealt with procedural matters on July 21, 2021. The husband was represented by counsel, but the wife was not. The hearing could not be completed on July 21, and the judge adjourned the matter to a date to be determined by the Clerk. Prior to adjourning, the wife advised the judge of her intention to retain counsel to assist her in completing the hearing.

[2] The wife retained the services of a solicitor who promptly wrote the Clerk to confirm her retainer and to advise that because of her "understanding" the motion judge had declared an on-going conflict with her, so as not to delay matters any further, she would be remitting the file to her associate who would be appearing at the resumption of the hearing.

[3] Counsel for the husband then wrote the Clerk in response to advise it was her "understanding" the conflict involving the retained solicitor would extend to her associate. There is no information in the record as to the nature of the conflict nor the basis for the husband's counsel's understanding of why it would extend to the associate.

[4] Approximately two weeks after this exchange of correspondence, the motion judge released a "memo" addressed to the Clerk, but not copied to the parties, in which she confirms having declared an on-going conflict with respect to the lawyer retained by the wife and, on that basis, she could no longer continue hearing the matter even if the associate represented the wife. She advised the Clerk the parties would need to ask for "a new hearing" through the Clerk's office. Again, there are no particulars as to the nature of the conflict of interest in the memo. There was no motion made by either party seeking the judge's recusal.

[5] The husband moved for leave to appeal the motion judge's memo on several grounds which included that she had erred in law and in fact in recusing herself without hearing the parties on the conflict issue and without providing a reasoned decision for the recusal. His concern related primarily, and quite understandably, to the wasted costs of having to start over without knowing why this might be necessary. Although other grounds are raised, these are the only ones that need to be addressed for the present purposes.

[6] The first question that arises is whether the memo is even subject to appeal. Section 8 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c.-J-2, confirms the Court's appellate jurisdiction is limited to appeals taken from any judgment, order or decision. Is the judge's "memo" a judgment, order or decision? At first blush, one can be forgiven for thinking it is not and that the memo is nothing more than an administrative directive. However, I am satisfied the legal effect of the memo is a decision by the judge to recuse herself. Recusals are legal decisions subject to appeal. If leave to appeal that decision is granted, without attempting to surmise the outcome, the panel who would eventually hear the appeal would likely need to determine issues such as whether the judge acted appropriately in the circumstances in:

a) recusing herself without giving the parties the benefit of a hearing; and

b) not providing any reasons on the nature of the conflict which might justify the recusal.

[7] Issues arising from recusals are typically adjudicated with reference to the test established in the dissenting reasons of the Supreme Court's decision in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 SCR 369. The apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons. The test requires posing the following question: "What would an informed person, viewing the matter realistically and practically – conclude?"

[8] Regrettably, and as I have noted, there is no evidentiary record before me to consider the issue one way or the other so as to determine whether leave ought to be granted. When I asked the solicitor retained by the wife if she could describe the conflict raised by the judge, she advised that although she and the judge knew each other, as is the case for many lawyers and judges in New Brunswick, there was no personal relationship which would justify recusal and she had no idea as to the basis for the judge's position. However, the lawyer did confirm her associate had appeared as counsel before this judge on prior matters without any issue arising relating to conflict of interest.

[9] Again, without attempting to pre-judge how a panel of the Court might deal with the appeal if leave was granted, one of the obvious potential outcomes would be to return the matter before the motion judge to properly deal with the issue as it ought to have been done. Given the current Court docket, that could be months if not a year or more away during which time the important issues to be dealt with in the original motion are left unresolved. In the end, my disposition is guided by the best interest of the children in this case.

[10] While the manner by which the judge chose to proceed is unfortunate, the parties need to get on with the substantive issues of their dispute. I, therefore, choose to exercise my discretion under Rule 62.03 of the *Rules of Court* to deny leave to appeal. I make no order as to costs.

[11] Considering the nature and effect of this decision, in order to permit the parties to proceed without delay before a different judge, I direct, in accordance with s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, that it be published in the first instance in English and, thereafter at the earliest possible time, in French.

DÉCISION

[Version française]

[1] Les parties sont engagées dans un long litige matrimonial. Toutes deux ont déposé des motions, en mai et en juin 2021, par lesquelles elles sollicitaient des mesures provisoires, en ce qui concerne notamment le parentage, le plan de soins futurs pour les enfants et la prestation alimentaire pour enfants et matrimoniale. Le 21 juillet 2021, la juge saisie des motions a entendu la preuve et réglé des questions de procédure. L'époux était représenté par avocat, mais l'épouse ne l'était pas. L'audience ne pouvant être achevée le 21 juillet, la juge a ajourné l'affaire à une date devant être fixée par le greffier. Avant l'ajournement, l'épouse a informé la juge de son intention de retenir les services d'un avocat jusqu'à l'achèvement de l'audience.

[2] L'épouse a retenu les services d'une avocate. L'avocate a immédiatement écrit au greffier pour confirmer son mandat et l'informer que, comme elle croyait [TRADUCTION] « comprendre » que la juge saisie des motions s'était déclarée être en conflit d'intérêts avec elle, elle allait confier le dossier à une avocate adjointe qui comparaîtrait à la reprise de l'audience, cela afin de ne pas retarder davantage le déroulement de l'affaire.

[3] L'avocate de l'époux a ensuite écrit au greffier, en réponse, qu'elle croyait [TRADUCTION] « comprendre » que le conflit d'intérêts avec l'avocate dont les services avaient été retenus s'étendait à l'avocate adjointe. Rien au dossier ne nous éclaire sur la nature du conflit ni sur la raison pour laquelle l'avocate de l'époux croyait que le conflit d'intérêts s'étendait à l'avocate adjointe.

[4] Deux semaines environ après cette correspondance, la juge saisie des motions a envoyé une [TRADUCTION] « note » au greffier, non transmise en copie aux parties, dans laquelle elle confirmait qu'elle s'était déclarée en conflit d'intérêts avec l'avocate mandatée par l'épouse et, pour cette raison, ne pouvait plus instruire l'affaire, même si l'épouse était représentée par l'avocate adjointe. La juge a informé le greffier

que les parties devraient, par l'entremise de son bureau, demander la tenue d'une [TRADUCTION] « nouvelle audience ». Encore une fois, aucun détail n'est donné dans la note quant à la nature du conflit d'intérêts. Ni l'une ni l'autre partie n'a sollicité, par motion, la récusation de la juge.

[5] L'époux a présenté une motion en autorisation d'appel de la note de la juge en invoquant de nombreux moyens; la juge aurait notamment commis une erreur de droit et de fait en se récusant sans entendre les thèses des parties sur la question du conflit d'intérêts et sans fournir pour la récusation une décision motivée. L'époux se souciait principalement, ce qui est bien compréhensible, des frais inutiles occasionnés – sans en comprendre la nécessité – par la reprise de l'affaire depuis le début. Ce sont les seuls moyens qui doivent être examinés pour nos fins, bien que d'autres aient aussi été soulevés.

[6] La première question qui se pose est celle de savoir si la note est même susceptible d'appel. L'article 8 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, confirme que notre Cour a uniquement compétence pour connaître en appel d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une décision. La [TRADUCTION] « note » de la juge est-elle un jugement, une ordonnance ou une décision? À première vue, il serait excusable de penser que non, et que la note n'est rien de plus qu'une directive administrative. Je suis toutefois convaincu que la note constitue, par son effet juridique, une décision prise par la juge de se récuser. Les récusations sont des décisions judiciaires susceptibles d'appel. Si l'autorisation d'interjeter appel de cette décision était accordée, sans tenter de présumer du résultat, la formation qui entendrait éventuellement l'appel devrait vraisemblablement trancher des questions comme celle de savoir si, dans les circonstances, la juge a agi correctement :

a) en se récusant sans offrir aux parties le bénéfice d'une audition, et

b) en ne fournissant pas de motifs, quant à la nature du conflit d'intérêts, qui pourraient justifier la récusation.

[7] Pour trancher les questions soulevées par les récusations, on se réfère habituellement au critère établi dans les motifs dissidents de l'arrêt de la Cour suprême *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable. Le critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question … de façon réaliste et pratique? ».

[8] Malheureusement, comme je l'ai mentionné, je ne dispose d'aucun dossier de preuve qui me permette d'examiner la question d'une façon ou d'une autre pour décider de l'opportunité d'une autorisation d'appel. Lorsque j'ai demandé à l'avocate mandatée par l'épouse si elle pouvait décrire le conflit d'intérêts invoqué par la juge, elle a indiqué que, même si la juge et elle se connaissaient, comme c'est le cas de nombreux avocats et juges au Nouveau-Brunswick, il n'existait entre elles aucun lien personnel qui justifierait la récusation, et qu'elle ne savait aucunement ce qui fondait l'opinion de la juge. L'avocate a confirmé, toutefois, que son avocate adjointe avait déjà comparu comme avocate devant cette juge dans des affaires antérieures et qu'il n'avait jamais été question d'un conflit d'intérêts.

[9] Encore une fois, sans tenter de préjuger de la décision d'une formation de la Cour si l'autorisation d'appel était accordée, l'un des résultats possibles, évidemment, serait le renvoi de l'affaire devant la juge saisie des motions pour qu'elle se saisisse de la question comme cela aurait dû être fait. Compte tenu, toutefois, du nombre actuel d'affaires inscrites au rôle de la cour, cela pourrait nécessiter des mois, voire des années, une période pendant laquelle les importantes questions soulevées dans la motion initiale resteraient non réglées. Ce qui guide ma décision, en fin de compte, c'est l'intérêt supérieur des enfants en l'espèce.

[10] Même si la façon de procéder de la juge est regrettable, les parties ont besoin d'en arriver au règlement des questions de fond qui les opposent. Par conséquent,

dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que me confère la règle 62.03 des *Règles de procédure*, je refuse l'autorisation d'appel. Je n'adjuge aucuns dépens.

[11] Compte tenu de la nature et des effets de la présente décision, et pour permettre aux parties de se faire entendre sans délai par un nouveau juge, j'ordonne, en application du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, qu'elle soit publiée d'abord en anglais, puis dans les meilleurs délais en français.