

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

9-22-CA

B.S.F.

INTENDED APPELLANT

- and -

V.L.M.

INTENDED RESPONDENT

B.S.F.

APPELANT ÉVENTUEL

- et -

V.L.M.

INTIMÉE ÉVENTUELLE

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice Quigg

Date of hearing:
February 17, 2022

Date of decision:
March 14, 2022

Counsel at hearing:

For the Intended Appellant:
Jonathan Martin

For the Intended Respondent:
Grant Ogilvie, Q.C.

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge Quigg

Date de l'audience :
le 17 février 2022

Date de la décision :
le 14 mars 2022

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant éventuel :
Jonathan Martin

Pour l'intimée éventuelle :
Grant Ogilvie, c.r.

Decision

[1] On January 31, 2022, a judge of the Court of Queen's Bench issued an Interim Order wherein she granted, among other things:

- 1) sole decision-making responsibility in respect of all health decisions involving the parties' children related to the COVID-19 pandemic, including any vaccinations, to V.M.;
- 2) a variation of an Interim Order dated November 14, 2019, ordering B.F.'s physical parenting time with the children be temporarily suspended until further order of the court. The Order gives B.F. generous virtual parenting time with the children via video or phone, at least three times per week, and such other virtual contact as may be reasonably requested by B.F. The children may contact B.F. virtually at any time.

[2] The motion judge's decision was based on the evidence that one of the parties' three children is immunocompromised. Toward the end of her decision the motion judge stated:

In light of the evolving nature of the pandemic and the possibility that Mr. F.'s vaccination status might change, it is ordered that Mr. F. may bring the matter of the temporary suspension of his physical parenting time with the children before the Court on an urgent basis for review by requesting a date for a court appearance from the Clerk of the Court.

[para. 71]

[3] On February 7, 2022, B.F. filed a Notice of Motion for Leave to Appeal. He requested an abridgment of time, leave to appeal the Order, and a stay of execution of the order and the proceeding pending the appeal, if leave were granted.

[4] The abridgment of time was granted, and the hearing was held on February 17, 2022. B.F. wished to introduce “Fresh Evidence” to be considered on the motion for leave to appeal.

[5] In *Coutu v. Gauthier Estate* (2005), 287 N.B.R. (2d) 292, [2005] N.B.J. No. 193 (QL) (C.A.), Richard J.A., as he then was, stated:

Although he was interpreting rules that are different from ours, I nonetheless adopt the following conclusion of Hinds J.A. in *Gudaitis v. Abacus Systems Inc.* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 1 at 6-7 (C.A.):

[...] I am satisfied that a judge of this court, ... hearing an application for leave to appeal an interlocutory order, may consider evidence not adduced in the court below. In determining whether consideration should be given to such evidence the interests of justice as applicable to the circumstances of the case should be taken into account. Furthermore, the usual prerequisites for the introduction of fresh evidence should not be applied as strictly as generally applied in respect of an appeal from a final judgment.

[Emphasis added; para. 6]

[6] There is no doubt a single judge of the Court of Appeal has broad discretion and may consider evidence that was not put before the motion judge, but it is not automatic. Each case will need to be assessed on its own unique circumstances.

[7] Counsel for B.F. states the new evidence put forward is to challenge the validity of the process, as the motion judge took judicial notice of topics discussed in various decisions that considered the same issues that were before her. B.F. further submits the test referred to in *R. v. Connors (C.)* (1997), 194 N.B.R. (2d) 91, [1997] N.B.J. No. 469 (QL) (C.A.), should be applied when considering whether to admit the fresh evidence.

[8] In *Boucher v. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] N.B.J. No. 201 (QL), this Court following *Connors*, found that the fresh evidence was proffered to show the trial process

was flawed or unfair in some way. Most often this evidence is brought before us in ineffective counsel claims. In these circumstances, the *Palmer* criteria (*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759), the usual test employed in fresh evidence motions, are not relevant. This Court wrote:

[...] In these circumstances, the *Palmer* criteria are not relevant. The first criterion, that of due diligence, is obviously inapplicable since the “fresh” evidence relates to the trial process itself, and thus could not have been adduced during that trial. The second criterion is inapplicable for the same reason, as it does not relate to a decisive issue at trial. The third is only relevant insofar as any evidence accepted by a court must be sufficiently credible. The fourth criterion is also obviously inapplicable. As Hoyt C.J.N.B. said: “The *Palmer* test does not [...] apply where, as in this case, the new evidence seeks to challenge the validity of the trial process. In such a case, where the purpose of the new evidence is to establish a ground of appeal, the trial process itself is put in question” (see *R. v. Connors (C.)* (1997), 194 N.B.R. (2d) 91, [1997] N.B.J. No. 469 (QL) (C.A.), at para. 3).

More recently, in *R. v. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), Richards C.J.S. made a similar observation and suggested an approach, which I adopt:

[...] Mr. Dreaver’s submission on this wing of his appeal is about whether the trial process itself involved a miscarriage of justice. The test for determining whether fresh evidence of this kind should be admitted is not the familiar one set out in *R. v. Palmer*, [1980] 1 SCR 759. Rather, the governing authorities indicate that evidence of the sort in issue here should be admitted if it is (a) relevant to an issue before the Court, (b) credible, and (c) sufficient (if uncontradicted) to warrant the making of the order sought. See: *United States of America v Shulman*, 2001 SCC 21 at para 45, [2001] 1 SCR 616; *R v S.G.T.*, 2011 SKCA 4 at paras 39-40, 265 CCC (3d) 550. [paras. 33-34]

[Emphasis in original, paras. 18-19]

[9] In my view, the taking of judicial notice by the motion judge in this case did not result in unfairness to B.F. I would therefore apply the *Palmer* test. The majority of the documentation proffered as fresh evidence could have been adduced at the motion using due diligence. Even if I were to employ the criteria set out in *Boucher, Connors* and *R. v. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), I would not find that test has been met. I would not accept the materials proposed as fresh evidence.

[10] Applying the framework found in Rule 62.03(4) of the *Rules of Court*, the motion for leave to appeal is dismissed with costs of \$1,500.

Décision

[Version française]

[1] Le 31 janvier 2022, une juge de la Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance provisoire dans laquelle elle a accordé, entre autres choses :

- 1) les responsabilités décisionnelles exclusives à l'égard de toutes les décisions concernant la santé des enfants des parties en lien avec la pandémie de la COVID-19, y compris toute vaccination, à V.M.;
- 2) la modification d'une ordonnance provisoire, datée du 14 novembre 2019, prescrivant la suspension provisoire du temps de parentage de B.F. avec les enfants, jusqu'à ce que la Cour rende une nouvelle ordonnance. L'ordonnance accorde à B.F. du temps de parentage virtuel appréciable avec les enfants par vidéo ou par téléphone, au moins trois fois par semaine, et les autres contacts virtuels de la sorte que peut raisonnablement demander B.F. Les enfants peuvent contacter B.F. virtuellement en tout temps.

[2] La décision de la juge saisie de la motion était fondée sur la preuve voulant qu'un des enfants des parties soit immunodéprimé. Vers la fin de sa décision, la juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

En raison du caractère évolutif de la pandémie et de la possibilité que le statut vaccinal de M. F. change, il est ordonné que M. F. puisse demander à la Cour de réviser, de façon urgente, la question de la suspension provisoire de son temps parental physique avec les enfants en demandant à la greffière de la Cour de fixer une date de comparution.

[par. 71]

[3] Le 7 février 2022, B.F. a déposé un avis de motion en autorisation d'appel. Il sollicitait un abrégement du délai, l'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance et, si

l'autorisation d'interjeter appel était accordée, la suspension de l'exécution de l'ordonnance et de l'instance jusqu'à ce que soit tranché l'appel.

[4] L'abrégement du délai a été accordé et l'audience a eu lieu le 17 février 2022. B.F. souhaitait présenter de la [TRADUCTION] « nouvelle preuve » pour qu'il en soit tenu compte dans le cadre de la motion en autorisation d'appel.

[5] Dans l'arrêt *Coutu c. Gauthier Estate* (2005), 287 R.N.-B. (2^e) 292, [2005] A.N.-B. n° 193 (QL) (C.A.), le juge Richard (tel était alors son titre) a déclaré ce qui suit :

Bien que le juge Hinds ait interprété des règles différentes des nôtres, je souscris à sa conclusion dans l'arrêt *Gudaitis c. Abacus Systems Inc.* (1992), 10 B.C.A.C. 296; 21 W.A.C. 296; 65 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), aux pages 6 et 7 :

[Traduction] « [...] Je suis convaincu qu'un juge de notre cour, [...] qui entend une demande d'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance interlocutoire, peut examiner un élément de preuve qui n'a pas été présenté au tribunal d'instance inférieure. Pour déterminer si l'on peut examiner une telle preuve, les intérêts de la justice applicables aux circonstances de l'affaire devraient être pris en considération. De plus, les conditions préalables habituelles à l'introduction de nouveaux éléments de preuve ne devraient pas être appliquées de façon aussi stricte qu'en général en ce qui concerne un appel d'un jugement définitif. »

[Le soulignement est de moi; par. 6]

[6] Il ne fait aucun doute qu'un juge de la Cour d'appel siégeant seul a un vaste pouvoir discrétionnaire et peut tenir compte d'éléments de preuve qui n'ont pas été présentés au juge saisi de la motion, mais ce n'est pas automatique. Chaque affaire devra être examinée en fonction des circonstances qui lui sont propres.

[7] L'avocat de B.F. fait valoir que la nouvelle preuve présentée vise à contester la validité de la procédure, car la juge saisie de la motion a pris connaissance d'office de

sujets abordés dans plusieurs décisions qui ont examiné les mêmes questions que celles dont elle était saisie. B.F. fait en outre valoir que le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Connors (C.)* (1997), 194 R.N.-B. (2^e) 91, [1997] A.N.-B. n° 469 (QL) (C.A.), devrait être appliqué lorsqu'on examine la recevabilité d'une nouvelle preuve.

[8] Dans l'arrêt *Boucher c. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] A.N.-B. n° 201 (QL), notre Cour a suivi l'arrêt *Connors* et a conclu que la nouvelle preuve était présentée pour montrer que le procès même était vicié ou inéquitable d'une manière quelconque. La plupart du temps, cette preuve nous est présentée dans des allégations de représentation inefficace. Dans ces circonstances, les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer (Palmer c. la Reine)*, [1980] 1 R.C.S. 759), soit ceux qui sont habituellement appliqués dans des motions en présentation d'une nouvelle preuve, ne sont pas pertinents. Notre Cour a écrit ce qui suit :

[...] Dans un tel cas, les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* ne sont pas pertinents. Le premier critère, celui de la diligence raisonnable, est manifestement inapplicable puisque la « nouvelle » preuve a trait au procès même et, ainsi, n'aurait pu être produite au procès. Le deuxième critère est inapplicable pour la même raison, la preuve ne portant pas sur une question décisive au procès. Le troisième critère n'est pertinent que dans la mesure où toute preuve admise par un tribunal doit être suffisamment plausible. Le quatrième critère est manifestement inapplicable lui aussi. Tel que le juge Hoyt, juge en chef du Nouveau-Brunswick, l'a déclaré : « [...] le critère de l'arrêt *Palmer* ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, la preuve nouvelle vise à contester la validité du procès même. Dans un cas semblable, lorsque l'objet de la preuve nouvelle est de déterminer un moyen d'appel, le procès lui-même est remis en cause » (voir *R. c. Connors (C.)* (1997), 194 R.N.-B. (2^e) 91, [1997] A.N.-B. n° 469 (QL) (C.A.), par. 3).

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), le juge Richards, juge en chef de la Saskatchewan, a fait une observation semblable et a proposé une démarche à laquelle je souscris :

[TRADUCTION]

[...] Dans ce volet de son appel, M. Dreaver soulève la question de savoir si le procès lui-même était entaché d'erreur judiciaire. Le critère permettant de déterminer l'admissibilité de ce type de preuve nouvelle n'est pas celui, bien connu, énoncé dans l'arrêt *R. c. Palmer*, [1980] 1 R.C.S. 759. D'après la jurisprudence applicable, plutôt, une preuve telle que celle en l'espèce devrait être admise si a) elle est pertinente quant à une question dont la cour est saisie, b) elle est plausible, et c) elle suffit (si elle n'est pas contredite) pour justifier l'octroi de l'ordonnance sollicitée. Voir *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616, par. 45; *R. c. S.G.T.*, 2011 SKCA 4, 265 C.C.C. (3d) 550, par. 39 et 40. [par. 33 et 34]

[Soulignement dans l'original, par. 18 et 19]

[9] J'estime que, dans la présente affaire, la prise de connaissance d'office par la juge saisie de la motion n'a pas entraîné d'iniquité pour B.F. J'appliquerais donc les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer*. Si B.F. avait fait preuve de diligence raisonnable, il aurait pu présenter la plupart des éléments qu'il offre maintenant comme nouvelle preuve lors de l'audition de la motion. Même si j'appliquais les critères énoncés dans les arrêts *Boucher*, *Connors* et *R. c. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), je ne conclurais pas que l'on a satisfait au critère. Je n'accepterais pas les pièces présentées à titre de nouvelle preuve.

[10] Appliquant le cadre énoncé à la règle 62.03(4) des *Règles de procédure*, je rejette la motion en autorisation d'appel et j'accorde des dépens de 1 500 \$.