

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

76/07/CA

THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK  
APPELLANT

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK  
APPELANTE

- and -

- et -

STEPHEN MOFFETT LTD.  
RESPONDENT

STEPHEN MOFFETT LTD.  
INTIMÉE

Province of New Brunswick v. Stephen Moffett  
Ltd., 2008 NBCA 9

Province du Nouveau-Brunswick c. Stephen  
Moffett Ltd., 2008 NBCA 9

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Robertson

CORAM :

L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Robertson

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
June 1, 2007

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 1<sup>er</sup> juin 2007

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Queen's Bench:  
2004 NBQB 32

Cour du Banc de la Reine :  
2004 NBBR 32

Court of Appeal:  
2005 NBCA 31  
[2007] N.B.J. No. 238

Cour d'appel :  
2005 NBCA 31  
[2007] A.N.-B. n° 238

Appeal heard:  
October 23, 2007

Appel entendu :  
Le 23 octobre 2007

Judgment rendered:  
January 31, 2008

Jugement rendu :  
Le 31 janvier 2008

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Larlee

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Larlee

Concurred in by:  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Robertson

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Richard J. Scott, Q.C.

Pour l'appelante :  
Richard J. Scott, c.r.

For the respondent:  
Robert H. Pineo

Pour l'intimée :  
Robert H. Pineo

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs.

Accueille l'appel avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction

[1] The present appeal relates to a contest between the appellant, the Province of New Brunswick, and the respondent company, Stephen Moffett Ltd., over slightly more than \$28,000 in disbursements that arose out of the preparation of expert reports for litigation in an expropriation proceeding. The decision relating to this matter of costs is not reported. The earlier trial decision regarding the compensation for the expropriation is reported at [2004] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 6, [2004] N.B.J. No. 17 (QL), 2004 NBQB 32.

[2] The facts that give rise to this appeal are not in dispute. On February 21, 1995, the Province expropriated the property of Stephen Moffett Ltd. situated in or near Penobscis, Kings County, for the relocation and widening of part of the Trans Canada Highway (N.B. Route 2). The 13.735 hectares of land expropriated were owned by Stephen Moffett Ltd., but another company, Chown Enterprises Ltd., had a licence interest to remove granular earthy material or “aggregate” from the land. This licence was subject to an agreement under which Chown Enterprises Ltd. would pay Stephen Moffett Ltd. for the aggregate, which was weighed and then removed from the land. Chown Enterprises Ltd. was also a party to the compensation proceeding, but settled its claim after the exchange of experts’ reports.

[3] At trial, a judge of the Court of Queen’s Bench allowed Stephen Moffett Ltd.’s claim and awarded it total compensation of \$456,107.07. As the Province had already paid \$352,000.00, Stephen Moffett Ltd. was awarded a net judgment of \$104,107.07. Stephen Moffett Ltd.’s subsequent appeal to the Court of Appeal was dismissed (see (2005), 282 N.B.R. (2d) 337, [2005] N.B.J. No. 120 (QL), 2005 NBCA 31) as was its application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada (see [2005]

S.C.C.A. No. 231 (QL)). The trial judge did not deal with the matter of costs in his decision and indicated that he would hear the parties on the issue if they could not agree.

[4] As a result, on January 22, 2007, Stephen Moffett Ltd. applied, by Notice of Motion, to have its costs assessed. In an unreported decision, dated June 1, 2007, the trial judge ordered the Province to pay \$180,132.40 to Stephen Moffett Ltd., which total includes two disbursements that are in dispute in this appeal: \$4,035.85 plus GST/HST with respect to an expert report prepared by Fergus Omond of Coastal Appraisals Ltd. and \$23,651.09 plus GST/HST with respect to an expert report from Doane Raymond/Grant Thornton.

[5] The Province relies on two grounds of appeal:

- The trial judge was manifestly wrong in allowing \$4,035.85 with respect to Coastal Appraisals Ltd. where there was nothing in the record before him to justify the argument that the expenditure was reasonable and necessarily incurred, and Stephen Moffett Ltd. had advised on examination for discovery that the report in question would not be relied on at trial and refused to produce it to the Province, and the author of the report was not called as a witness at trial; and
- The trial judge was manifestly wrong in allowing \$23,651.09 with respect to the Doane Raymond/Grant Thornton report where there was nothing in the record before the trial judge to justify the argument that the expenditure was reasonable and necessarily incurred, and Stephen Moffett Ltd. had advised on examination for discovery that the report in question related, not to its claim, but to the claim of Chown Enterprises Ltd., and it was not being relied on by Stephen Moffett Ltd., and the author of the report was not called as a witness at trial.

[6] The trial judge made the following findings with respect to the two disbursements:

[38] Concerning the claim of \$4,035.85 for Coastal Appraisals Ltd. this expense was incurred before the Offer to Settle. For some reason this report was not utilized, possibly because the appraisal was considered too low by [Stephen Moffett Ltd.] but that is not a reason to disallow it. It was necessitated by the expropriation and its cost is therefore allowed.

[...]

[51] The account of Doane Raymond/Grant Thornton for their appraisal totals \$23,651.09.

[52] [Stephen Moffett Ltd.] did not rely on this report and Mr. Amond [sic] of Doane Raymond/Grant Thornton [sic] was not called as a witness at the trial. Even though this report may have been unfavorable to SML and as a result not relied upon, its cost incurred before the Offer to Settle is, however, not unreasonable.

[7] The Province argues that the only evidence in the record before the trial judge that purports to support Stephen Moffett Ltd.'s claim for these two disbursements was the affidavit of its counsel; however, this affidavit provided no justification for the expenditures being claimed. The Province points out that while Stephen Moffett Ltd. had the two expert reports produced in preparation for litigation, neither author testified, and neither report was admitted in evidence. The Coastal Appraisals Ltd. report was not even disclosed to the other side. The Doane Raymond/Grant Thornton report was the impetus to settle Chown Enterprises Ltd.'s claim. The trial judge saw neither.

[8] Stephen Moffett Ltd.'s position is that it was within the trial judge's discretion to determine the reasonableness of the disbursements. Further, it argues that a party whose land is expropriated is entitled to recover the damages caused by the expropriation which occur prior to the date of expropriation.

## II. Standard of Review

[9] A trial judge has a wide discretion in assessing costs after a trial, and courts of appeal are required to accord a high degree of deference to discretionary orders of this nature. In *Comeau v. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 N.B.R. (2d) 201, [2001] N.B.J. No. 450 (QL), 2001 NBCA 113, Deschênes J.A. endorses the words of Rice J.A. at para. 29 of *Daigle v. Cape Breton Crane Rentals Ltd.* (1987), 91 N.B.R. (2d) 189 (C.A.), [1987] N.B.J. No. 1019 (QL) with respect to the applicable standard of appellate review of an assessment of costs:

A trial Judge is the person best able to assess all matters relevant to the question of costs. Moreover, it has been repeatedly stated that the awarding of costs is a matter within the discretion of a trial Judge and that the exercise of discretion will not be interfered with unless manifestly wrong: see *Becker et al. v. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 N.B.R. (2d) 542 and *Boyle v. Atherton et al.* (1983), 51 N.B.R. (2d) 151.

In my view, having in mind the complexity of the case and the duration of the trial, the trial Judge properly exercised his discretion in awarding the costs he did.

[10] At the same time, in *Doiron v. Haché* (2005), 290 N.B.R. (2d) 79, [2005] N.B.J. 347 (QL), 2005 NBCA 75, Richard J.A. points out at para. 57 that there are constraints on the freedom that a judge is afforded within this discretion:

[...] The degree of freedom afforded a court in procedural matters under the "discretion" umbrella is significant but not unfettered. The discretion must be exercised judicially, that is "according to the rules of reason and justice, not according to private opinion", "according to law" and it must not be "arbitrary, vague and fanciful, but legal and regular": as stated by Lord Halsbury in *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (H.L.) at 179 and quoted by Kellock J. in *Wrights' Canadian Ropes Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 139 at p. 166, varied [1947] A.C. 109 (P.C.). To exercise discretion means to choose between

two or more reasonable options. The choice must be made considering the applicable law and guiding principles and on a proper understanding of the facts. Where the facts are misapprehended and the error is an overriding factor in the exercise of the discretion such that the foundation for the option chosen no longer exists, then an injustice has been done. Where this occurs in the context of those factors listed in Rule 62.21(9), the appellate court must then determine whether the error resulted in substantial wrong or if a miscarriage of justice has resulted.

[11] A Court of Appeal can only intervene with respect to the exercise of judicial discretion under certain restrained circumstances. In *LeBlanc v. St. Coeur et al.* (2007), 313 N.B.R. (2d) 341, [2007] N.B.J. No. 155 (QL), 2007 NBCA 32, Richard J.A. elaborated on these circumstances at para. 6:

The relief sought in the Notice of Motion required the motion judge to apply the governing legal principles, assess the evidence and exercise her discretion. Her decision may only be reversed on appeal if it is established that she misdirected herself on the law, did not apply the proper principles or if she misapprehended the facts such that an injustice would result: See *Doiron v. Haché* (2005), 290 N.B.R. (2d) 79, [2005] N.B.J. No. 347 (QL), 2005 NBCA 75, at para. 58, and the cases cited therein.

### III. Analysis and Decision

[12] In order for disbursements to be reimbursed, there must be a proper evidentiary foundation before the court. In the present case, because there was no such evidentiary basis, I agree with the Province that the cost of the two expert reports cannot be allowed.

[13] Section 52(1)(b) of the *Expropriation Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-14 is applicable in the circumstances of this case:

52(1)The Court shall award costs on the basis of the following rules, namely:

52(1) La Cour doit allouer les frais et dépens selon les règles qui suivent :

[...]

[...]

(b) where the compensation awarded by the Court does not exceed the amount offered by the statutory authority, the costs shall be in the discretion of the Court on such basis as the Court considers just,

b) lorsque l'indemnité allouée par la Cour n'est pas supérieure au montant proposé par l'autorité légale, les frais sont laissés à la discrétion de la Cour qui les répartit de la manière qu'il estime équitable,

and the Court shall determine what are reasonable costs and shall fix the amount of costs to be paid by or to the statutory authority.

et la Cour doit déterminer quels sont les frais raisonnables et fixer le montant des frais que l'autorité légale doit payer ou qu'elle doit recevoir.

[14] Section 32 of the *Act* is also relevant to this case:

32 The Rules of Court under the *Judicature Act* apply in all proceedings before the Court under this Act subject to procedural requirements prescribed by section 31 and the regulations.

32 Les Règles de procédure établies en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, s'appliquent à toutes les instances engagées devant la Cour en vertu de la présente loi sous réserve des formalités de procédure prescrites par l'article 31 et les règlements.

[15] Rule 59.11(7) of the *Rules of Court* reads as follows:

59.11(7) Unless ordered otherwise, disbursements, other than fees paid to officers of the court, shall not be allowed unless the payment thereof or the liability therefor is established by affidavit.

59.11(7) Sauf ordonnance contraire, les débours autres que les droits payés aux fonctionnaires de la cour ne sont pas remboursables, à moins que leur paiement ou que leur exigibilité ne soient établis par affidavit.

[16] In *Guelke v. Hallett (B.C.S.C.)*, [1990] B.C.J. No. 1240 (S.C.)(QL), the trial judge commented that a lawyer's bare assertion that a report was "necessary and reasonable" was insufficient. However, even absent other evidence, a taxing officer might reach that conclusion after reviewing the report (see *Stephens v. Aviation Products Co. Ltd. and F.W. Woolworth Co. Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 694 (Q.B.), [1981] N.B.J. No. 127 (QL) for a discussion of the issue of necessary expenses).



[17] In *Allto-Import, A. Larsson A.B. v. Fairbanks et al.* (1991), 108 N.S.R. (2d) 290 (C.A.), [1991] N.S.J. No. 328 (QL), Freeman J.A. offers another means of taking the measure of a disbursement at para. 13:

Proof that expenditures are necessary, and therefore reasonable, is essential to the taxation of disbursements allowed by the Special Provision. This ordinarily requires an affidavit proving the expenditure and the necessity of it. Cross-examination of the deponent is a means of providing control over disbursements. Control must be strictly exercised by the taxing officer when disbursements equal a large portion of the damage award.

[Emphasis added.]

Although a judge who hears the trial is at a distinct advantage, compared for example to a taxing officer, when it comes to assessing costs and determining disbursements because of an intimate knowledge of the issues, the same cannot be said when the expenditures in question are contained in reports that are not produced and the authors of the reports do not testify.

[18] In order for a party to be reimbursed for an undisclosed report, it must: (1) produce evidence stating why the report was ordered; (2) explain what it says; (3) describe why the party strategically or otherwise decided not to use it; and (4) assert why it is reasonable that the party be reimbursed for it. Alternatively, Stephen Moffett Ltd. could have produced either or both of the reports to the judge assessing costs, once the trial on the issue of compensation was completed.

[19] I reproduce here, in its entirety, the affidavit of one of the lawyers for Stephen Moffett Ltd. (not the one who appeared at this hearing), which was the only evidence adduced in support of the two disbursements:

1. I am the solicitor for the Applicant herein and as such have a personal knowledge of the matters herein deposed to, except where otherwise stated;

2. As a result of the above-noted lawsuit and the decision rendered on January 23, 2004, the Applicants were awarded a judgment of \$104,107.07 plus interest, costs and disbursements, an amount less than the statutory offer of [\$352,000.00].

3. Attached and marked as Exhibit "A" is a copy of the Bill of Costs proposed to be taxed on behalf of the Applicant. These legal costs and disbursements have been incurred by or on behalf of and at the instructions of the Applicant herein.

4. The photocopy charges are based at a rate of 25¢ - 35¢ per page from the period of 1996 - 2005 and the postage is claimed at 45¢ - 51¢ per letter over the period. I have incurred the disbursements recorded in the said Bill of Costs on behalf of the Applicants and at their instructions;

5. The Applicant will not tax the disbursements for mileage, accommodations or "meals and other";

6. The Applicant has also made direct payments as indicated under the heading "Payments made by Applicant". Attached hereto and marked Exhibit "A" are copies of the invoices which were direct payments for disbursements made by the Applicants.

[20] The lawyer provides no justification for the expenditures being claimed with respect to Coastal Appraisals Ltd. and Doane Raymond/Grant Thornton, other than the general statements that they "have been incurred by or on behalf of and at the instructions of" Stephen Moffett Ltd. In the circumstances of this case, such general statements, even with copies of the invoices attached, are not sufficient to establish liability for the payment of the disbursements.

[21] The cost of an expert's report is generally recoverable from the opposite party if the report was intended to be used at trial and was supplied to the other parties at least 10 days before trial (Rule 59, Tariff "D", item 2(3)(c)). At discovery, Stephen Moffett Ltd. gave an undertaking that it would not be relying on the advice of Mr. Omond, who authored the Coastal Appraisals Ltd. report, and would not be calling him

as a witness. In accordance with its undertaking it did not call Mr. Omond and his report (a letter) was never produced or made available to the trial judge during the assessment of costs. Consequently, it does not meet the Rule 59 requirements.

[22] The Province concedes it was reasonable for Stephen Moffett Ltd. to retain the services of an appraiser. The trial judge did allow Stephen Moffett Ltd. \$30,000 for the expert appraisal report of Harrison Goodwin. However, with respect to the Coastal Appraisals Ltd. report, the trial judge was ill-situated to make a determination concerning its reasonableness without having seen it (see *Reap v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2000] B.C.J. No. 2258 (QL), 2000 BCSC 1588, where the Registrar denied the recovery of the cost of two reports for this very reason).

[23] In the circumstances of the present case, I conclude that the trial judge manifestly erred in allowing recovery for the disbursement relating to the Coastal Appraisals Ltd. report.

[24] Similarly, the lawyer for Stephen Moffett Ltd. did not give any particular justification in his affidavit for the Doane Raymond/Grant Thornton report. Furthermore, the references to this report in the trial judge's reasons for judgment are unclear. He appears to have mixed this report up with the Coastal Appraisals Ltd. report, since he refers, at para. 52, to "Mr. Amond [sic] of Doane Raymond/Grant Thornton." Mr. Omond was the author of the Coastal Appraisals Ltd. report. Mr. Keough authored the Doane Raymond/Grant Thornton report.

[25] The Doane Raymond/Grant Thornton report relates to the invoice dated December 31, 1997. The invoice is replete with references to "Mr. Chown" and Chown Enterprises and concludes with a reference to a report "quantifying compensation due Myles Chown". The only references to Stephen Moffett Ltd. are at the end of the first paragraph, where Stephen Moffett is merely described as the owner of the lands leased to Chown Enterprises Ltd., and on page 2, in a bulleted list of Chown's operating and financial results: "royalties to Stephen Moffett". Essentially, Doane Raymond/Grant

Thornton made an evaluation of the loss of business rights suffered by Chown Enterprises Ltd., one of the owners of the property as defined by the *Act*. The Doane Raymond/Grant Thornton report was instrumental in achieving a settlement of Chown's claim for compensation. The trial judge allowed Chown Enterprises Ltd. the amount it was claiming for this report.

[26] In my view, there was no evidence to show that Stephen Moffett Ltd. relied on the Doane Raymond/Grant Thornton report, or why it would have been reasonable for Stephen Moffett Ltd. to recover the cost of its preparation.

[27] Since the evidentiary record does not indicate that either report was necessary in this case, I conclude the trial judge manifestly erred in allowing the disbursements.

[28] For these reasons, I would allow the appeal, disallow the amount of \$4,035.85 plus GST/HST awarded to Stephen Moffett Ltd. with respect to the expert report from Coastal Appraisals Ltd. and disallow the award of \$23,651.09 plus GST/HST with respect to the expert report of Doane Raymond/Grant Thornton. I would award costs to the Province on the appeal of \$2,500.

LA JUGE LARLEE

I. Introduction

[1] Le présent appel concerne un différend opposant l'appelante, la Province du Nouveau-Brunswick, et la compagnie intimée, Stephen Moffett Ltd., relativement à des débours d'un peu plus de 28 000 \$ qui ont découlé de la préparation de rapports d'experts aux fins d'une instance en matière d'expropriation. La décision relative à cette question de dépens n'est pas publiée. La décision antérieure rendue en première instance concernant l'indemnité à verser au titre de l'expropriation est publiée au volume [2004] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 6, [2004] A.N.-B. n° 17 (QL), 2004 NBBR 32.

[2] Les faits qui donnent lieu au présent appel ne sont pas contestés. Le 21 février 1995, la Province a exproprié le bien-fonds de Stephen Moffett Ltd. sis à Penobsquis, dans le comté de Kings, ou près de cette localité, aux fins du déplacement et de l'élargissement d'un tronçon de la Transcanadienne (la route 2, au Nouveau-Brunswick). Les 13,735 hectares de terrain expropriés appartenaient à Stephen Moffett Ltd., mais une autre compagnie, Chown Enterprises Ltd., avait la permission, assortie d'un intérêt, d'enlever de la matière granulée, savoir du [TRADUCTION] « granulat », du bien-fonds en question. Cette permission était constatée par une convention aux termes de laquelle Chown Enterprises Ltd. payait le granulat à Stephen Moffett Ltd., granulat qui était pesé avant d'être enlevé du bien-fonds. Chown Enterprises Ltd. était également partie au recours en indemnisation mais elle a conclu un règlement amiable après l'échange de rapports d'experts.

[3] Au procès, un juge de la Cour du Banc de la Reine a fait droit à la demande de Stephen Moffett Ltd. et lui a accordé une indemnité totale de 456 107,07 \$. Puisque la Province lui avait déjà versé 352 000 \$, Stephen Moffett Ltd. a obtenu jugement pour un montant net de 104 107,07 \$. L'appel que Stephen Moffett Ltd. a

subséquemment interjeté à la Cour d'appel a été rejeté (voir (2005), 282 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 337, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 120 (QL), 2005 NBCA 31) tout comme l'a été sa demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada (voir [2005] C.S.C.R. n<sup>o</sup> 231 (QL)). Le juge du procès n'a pas examiné la question des dépens dans sa décision mais a indiqué qu'il entendrait les parties sur cette question si celles-ci ne parvenaient pas à s'entendre.

[4] Il s'en est suivi que le 22 janvier 2007, Stephen Moffett Ltd. a demandé, par voie d'avis de motion, que ses dépens soient liquidés. Dans une décision inédite, datée du 1<sup>er</sup> juin 2007, le juge du procès a condamné la Province à payer 180 132,40 \$ à Stephen Moffett Ltd., montant qui comprend deux débours en litige dans le cadre du présent appel : 4 035,85 \$ plus la TPS ou la TVH, engagés au titre d'un rapport d'expert préparé par Fergus Omond, de la société Coastal Appraisals Ltd., et 23 651,09 \$ plus la TPS ou la TVH engagés au titre d'un rapport d'expert préparé par la société Doane Raymond/Grant Thornton.

[5] La Province invoque deux moyens d'appel :

- Le juge du procès a manifestement commis une erreur en accordant 4 035,85 \$ relativement au rapport de Coastal Appraisals Ltd. étant donné qu'il n'y avait rien au dossier déposé devant lui qui appuyait l'argument voulant que cette dépense ait été raisonnable et nécessaire, que Stephen Moffett Ltd. avait indiqué, lors de l'interrogatoire préalable, qu'elle ne s'appuierait pas sur le rapport en question au procès et a refusé de le communiquer à la Province et que l'auteur du rapport n'a pas été appelé comme témoin au procès.
- Le juge du procès a manifestement commis une erreur en accordant 23 651,09 \$ au titre du rapport de Doane Raymond/Grant Thornton étant donné qu'il n'y avait rien au dossier déposé devant lui qui appuyait l'argument voulant que cette dépense ait été raisonnable et nécessaire, que Stephen Moffett Ltd. avait indiqué, lors de l'interrogatoire préalable, que

le rapport en question concernait non pas sa demande mais celle de Chown Enterprises Ltd., que Stephen Moffett Ltd. ne s'appuyait pas sur ce rapport et que l'auteur du rapport n'a pas été appelé comme témoin au procès.

[6] Le juge du procès a tiré les conclusions suivantes en ce qui concerne les deux débours en question :

[TRADUCTION]

[38] En ce qui concerne la somme de 4 035,85 \$ au titre des frais d'évaluation de Coastal Real Estate Appraisals Ltd., ces frais ont été engagés avant la signification de l'offre de règlement amiable. Pour une raison ou pour une autre, on ne s'est pas servi de ce rapport, peut-être parce que SML considérait l'évaluation trop faible, mais ce n'est pas une raison pour refuser les frais de cette évaluation. Celle-ci était nécessaire aux fins de l'expropriation et cette somme est donc accordée.

[...]

[51] Les frais d'évaluation de Doane Raymond/Grant Thornton s'élèvent à 23 651,09 \$.

[52] SML ne s'est pas appuyée sur ce rapport et M. Amond [sic], de Doane Raymond Limited/Grant Thornton Limited [sic], n'a pas été appelé à témoigner lors du procès. Même si ce rapport peut ne pas avoir été favorable à SML et, par conséquent, n'a pas été invoqué, les frais du rapport supportés avant la signification de l'offre de règlement amiable ne sont pas déraisonnables.

[7] La Province prétend que le seul élément de preuve versé au dossier dont disposait le juge du procès qui était susceptible d'étayer la prétention de Stephen Moffett Ltd. à ces deux débours est l'affidavit de l'avocat de cette dernière; toutefois, cet affidavit n'apportait aucune justification concernant les frais dont on demande le remboursement. La Province souligne que bien que Stephen Moffett Ltd. ait fait préparer les deux rapports d'experts en vue du litige, ni l'un ni l'autre des auteurs n'ont témoigné et ni l'un ni l'autre des rapports n'ont été admis en preuve. Le rapport de la société Coastal Appraisals Ltd. n'a même pas été divulgué à la partie adverse. Le rapport de la société

Doane Raymond/Grant Thornton est à l'origine du règlement amiable de la demande de Chown Enterprises Ltd. Le juge du procès n'a vu aucun des deux rapports.

[8] Stephen Moffett Ltd. prétend que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur le caractère raisonnable des débours en question. De plus, elle prétend qu'une partie dont le bien-fonds est exproprié a le droit de recouvrer le montant des dommages causés par l'expropriation qui surviennent avant la date de l'expropriation.

## II. La norme de contrôle

[9] Le juge du procès dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire aux fins de la liquidation ou du calcul des dépens après le procès et les cours d'appels sont tenues de faire preuve d'une grande déférence envers les ordonnances discrétionnaires de cette nature. Dans l'arrêt *Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201, [2001] A.N.-B. n<sup>o</sup> 450 (QL), 2001 NBCA 113, le juge d'appel Deschênes a souscrit à ce qu'avait écrit le juge d'appel Rice aux par. 29 et 30 de l'arrêt *Daigle c. Cape Breton Crane Rentals Ltd. et al.* (1987), 91 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 189 (C.A.), [1987] A.N.-B. n<sup>o</sup> 1019 (QL), à propos de la norme applicable à la révision en appel de l'évaluation des dépens :

### [TRADUCTION]

C'est le juge du procès qui est le mieux placé pour évaluer toutes les questions qui ont rapport aux dépens. En outre, il a souvent été répété que l'attribution des dépens relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, et qu'un tribunal d'appel n'interviendra pas à moins d'une erreur manifeste : Voir les arrêts *Becker et al. c. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 [R.N.-B. (2<sup>e</sup>)] 542 et *Boyle c. Atherton et al.* (1983), 51 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 151.

À mon avis, compte tenu de la complexité de l'instance et de la durée du procès, le juge du procès a légitimement exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant les dépens.



[10] En même temps, le juge d'appel Richard a souligné, au par. 57 de l'arrêt *Doiron c. Haché* (2005), 290 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 79, [2005] A.N.-B. n° 347 (QL), 2005 NBCA 75, que la latitude dont jouit le juge dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire s'accompagne de certaines restrictions :

[...] Le degré de latitude accordé à un tribunal en matière de procédure en vertu d'un « pouvoir discrétionnaire » est considérable, mais non illimité. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de façon judiciaire, c'est-à-dire [Traduction] « suivant les règles de la raison et de la justice et non selon une opinion personnelle », [Traduction] « selon les règles du droit », et ne doit pas être exercé d'une manière qui soit [Traduction] « arbitraire, vague et fantaisiste, mais de façon régulière et conforme au droit », comme l'a affirmé lord Halsbury dans l'arrêt *Sharp c. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (Ch. des lords), à la page 179, cité par le juge Kellock dans l'arrêt *Wrights' Canadian Ropes Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 139, à la page 166, arrêt modifié à [1947] A.C. 109 (C.J.C.P.). L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire consiste en un choix entre deux ou plusieurs options raisonnables. Il faut faire ce choix en s'appuyant sur le droit et les principes directs applicables et sur une interprétation judicieuse des faits. Si les faits ont été mal compris et si l'erreur est un facteur dominant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, à tel point que l'option choisie est dénuée de fondement, une injustice a alors été commise. Si cela se produit dans le contexte des facteurs énumérés à la règle 62.21(9), une cour d'appel doit alors déterminer si l'erreur a entraîné un préjudice important ou une erreur judiciaire.

[11] Ce n'est que dans certaines circonstances limitées qu'une cour d'appel peut intervenir en ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Dans l'arrêt *LeBlanc c. St. Coeur et al.* (2007), 313 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 341, [2007] A.N.-B. n° 155 (QL), 2007 NBCA 32, le juge d'appel Richard a ainsi exposé ces circonstances, au par. 6 :

Les mesures réparatoires demandées par voie de motion exigeaient de la juge l'application des principes juridiques

pertinents, une appréciation de la preuve et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Son jugement ne peut être infirmé en appel que s'il est établi qu'elle s'est mal enquisse du droit, qu'elle n'a pas appliqué les principes voulus ou qu'elle a donné des faits une appréciation qui est erronée au point où il en résulterait une injustice (voir *Doiron c. Haché* (2005), 290 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 79, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 347 (QL), 2005 NBCA 75, par. 58, et les causes qui y sont citées).

### III. Analyse et décision

[12] Pour que les débours puissent être remboursés, la Cour doit pouvoir s'appuyer sur des éléments de preuve suffisants. En l'espèce, étant donné qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve suffisants, je suis d'accord avec la Province pour conclure que le coût des deux rapports d'experts ne peut être alloué.

[13] L'alinéa 52(1)*b*) de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-14, s'applique dans les circonstances qui nous occupent :

52(1)The Court shall award costs on the basis of the following rules, namely:

[...]

(*b*) where the compensation awarded by the Court does not exceed the amount offered by the statutory authority, the costs shall be in the discretion of the Court on such basis as the Court considers just,

and the Court shall determine what are reasonable costs and shall fix the amount of costs to be paid by or to the statutory authority.

52(1) La Cour doit allouer les frais et dépens selon les règles qui suivent :

[...]

*b*) lorsque l'indemnité allouée par la Cour n'est pas supérieure au montant proposé par l'autorité légale, les frais sont laissés à la discrétion de la Cour qui les répartit de la manière qu'il estime équitable,

et la Cour doit déterminer quels sont les frais raisonnables et fixer le montant des frais que l'autorité légale doit payer ou qu'elle doit recevoir.

[14] L'article 32 de cette *Loi* est lui aussi pertinent en l'espèce :

32 The Rules of Court under the *Judicature Act* apply in all proceedings before the Court under this Act subject to procedural requirements prescribed by section 31 and the regulations.

32 Les Règles de procédure établies en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, s'appliquent à toutes les instances engagées devant la Cour en vertu de la présente loi sous réserve des formalités de procédure prescrites par l'article 31 et les règlements.

[15] La règle 59.11(7) des *Règles de procédure* est ainsi rédigée :

59.11(7) Unless ordered otherwise, disbursements, other than fees paid to officers of the court, shall not be allowed unless the payment thereof or the liability therefor is established by affidavit.

59.11(7) Sauf ordonnance contraire, les débours autres que les droits payés aux fonctionnaires de la cour ne sont pas remboursables, à moins que leur paiement ou que leur exigibilité ne soient établis par affidavit.

[16] Dans la décision *Guelke c. Hallett (B.C.S.C.)*, [1990] B.C.J. No. 1240 (C.S.) (QL), la juge du procès a fait observer qu'une simple assertion de la part d'un avocat selon laquelle un rapport était [TRADUCTION] « nécessaire et raisonnable » était insuffisante. Toutefois, même en l'absence d'autres éléments de preuve, le fonctionnaire chargé de la taxation pourrait en arriver à cette conclusion après avoir examiné le rapport (voir *Stephens c. Aviation Products Co. Ltd. and F.W. Woolworth Co. Ltd.* (1981), 34 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 694 (C.B.R.), [1981] A.N.-B. n<sup>o</sup> 127 (QL), pour une analyse de la question des frais et dépenses nécessaires).

[17] Dans l'arrêt *Allto-Import, A. Larsson A.B. c. Fairbanks et al.* (1991), 108 N.S.R. (2d) 290 (C.A.), [1991] N.S.J. No. 328 (QL), le juge d'appel Freeman a proposé une autre façon d'évaluer un débours, au par. 13 :

[TRADUCTION]

Une preuve établissant qu'une dépense est nécessaire et donc raisonnable est essentielle à la taxation des débours qui sont autorisés par la disposition intitulée *Special Provisions*. Il faut habituellement produire un affidavit

prouvant la dépense ainsi que sa nécessité. Le contre-interrogatoire du déposant est une façon d'obtenir un certain contrôle sur les débours. Le fonctionnaire chargé de la taxation doit exercer ce contrôle d'une façon rigoureuse lorsque les débours constituent une partie importante des dommages-intérêts accordés.

[C'est moi qui souligne.]

Bien que le juge qui préside le procès occupe une position nettement avantageuse, en comparaison, par exemple, du fonctionnaire chargé de la taxation, lorsqu'il s'agit de liquider les dépens et de fixer les débours, étant donné sa connaissance intime des questions en litige, on ne saurait dire la même chose lorsque les frais et dépenses en question ressortissent à des rapports qui ne sont pas produits et que les auteurs des rapports ne témoignent pas.

[18] Pour qu'une partie puisse obtenir un remboursement au titre d'un rapport non divulgué, elle doit : (1) produire des éléments de preuve faisant état des raisons pour lesquelles le rapport a été commandé; (2) expliquer ce que dit le rapport; (3) expliquer pourquoi elle a décidé, pour des raisons d'ordre stratégique ou autres, de ne pas l'utiliser et (4) faire valoir les raisons pour lesquelles il est raisonnable qu'elle soit remboursée relativement à ce rapport. Stephen Moffett Ltd. aurait pu, subsidiairement, communiquer un des rapports ou les deux au juge qui a liquidé les dépens après que l'instruction de la question de l'indemnité a pris fin.

[19] Je reproduis ici, intégralement, l'affidavit d'un des avocats de Stephen Moffett Ltd. (pas celui qui a comparu à l'audience devant notre Cour), affidavit qui est le seul élément de preuve déposé à l'appui des deux débours :

[TRADUCTION]

1. Je suis l'avocat de la requérante et à ce titre, sauf indication contraire, j'ai une connaissance personnelle de ce que j'atteste.

2. Par suite de la poursuite susmentionnée et de la décision rendue le 23 janvier 2004, la requérante a obtenu jugement pour la somme de 104 107,07 \$ plus les intérêts,

les dépens et les débours, somme qui est inférieure à l'offre légale de [352 000 \$].

3. On trouvera ci-joint, comme annexe « A », une copie de l'état des frais dont nous demandons la taxation au nom de la requérante. Ces honoraires d'avocat et débours ont été engagés par la requérante ou pour son compte et suivant ses directives.

4. Les frais de photocopie sont établis en fonction d'un tarif de 25¢ à 35¢ la page pour la période de 1996 à 2005 et les frais postaux sont facturés au tarif de 45¢ à 51¢ la lettre pour cette période. J'ai engagé les débours mentionnés dans l'état des frais au nom de la requérante et conformément à ses directives.

5. La requérante n'entend pas faire taxer les débours relatifs au kilométrage, au logement ou aux « repas et autres frais ».

6. La requérante a également fait des paiements directs comme cela est indiqué sous la rubrique [TRADUCTION] « Paiements faits par la requérante ». On trouvera ci-joint, comme annexe « A », des copies des factures au titre desquelles des paiements directs ont été faits relativement à des débours engagés par la requérante.

[20] L'avocat ne fournit aucune justification en ce qui concerne les frais dont on demande le remboursement qui ont été engagés relativement aux rapports de Coastal Appraisals Ltd. et de Doane Raymond/Grant Thornton, si ce n'est la déclaration générale selon laquelle ces frais [TRADUCTION] « ont été engagés par [Stephen Moffett Ltd.] ou pour son compte et suivant ses directives ». Dans les circonstances, une déclaration générale de ce genre, même accompagnée d'une copie des factures, n'est pas suffisante pour établir la responsabilité au titre du paiement des débours en question.

[21] Les frais engagés relativement à un rapport d'expert sont habituellement recouvrables auprès de la partie adverse si le rapport était destiné au procès et a été fourni aux autres parties au moins dix jours avant le procès (règle 59, Tarif "D", alinéa 2(3)c)). À l'interrogatoire préalable, Stephen Moffett Ltd. a pris l'engagement de ne pas

s'appuyer sur l'avis de M. Omond, qui est l'auteur du rapport de Coastal Appraisals Ltd., et de ne pas l'appeler comme témoin. Conformément à l'engagement qu'elle avait pris, elle n'a pas appelé M. Omond et son rapport (une lettre) n'a jamais été produit ni mis à la disposition du juge du procès dans le cadre de la liquidation des dépens. Par conséquent, elle ne remplit pas les conditions énoncées à la règle 59.

[22] La Province reconnaît qu'il était raisonnable que Stephen Moffett Ltd. retienne les services d'un évaluateur. Le juge du procès a accordé 30 000 \$ à Stephen Moffett Ltd. pour le rapport d'évaluation de Harrison Goodwin. Toutefois, en ce qui concerne le rapport de Coastal Appraisals Ltd., le juge du procès était mal placé pour se prononcer sur le caractère raisonnable de ce rapport puisqu'il ne l'avait pas vu (voir la décision *Reap c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2000] B.C.J. No. 2258 (QL), 2000 BCSC 1588, dans laquelle le registraire a refusé le recouvrement du coût de deux rapports pour cette raison précise).

[23] Dans les circonstances qui nous occupent, je conclus que le juge du procès a manifestement commis une erreur en autorisant le recouvrement des débours relatifs au rapport de Coastal Appraisals Ltd.

[24] De même, l'avocat de Stephen Moffett Ltd. n'a, dans son affidavit, fourni aucune justification précise en ce qui concerne le rapport de Doane Raymond/Grant Thornton. De plus, les mentions de ce rapport dans les motifs du juge du procès ne sont pas claires. Ce dernier semble avoir confondu ce rapport et le rapport de Coastal Appraisals Ltd. puisqu'au par. 52, il parle de « M. Amond, [sic] de Doane Raymond Limited/Grant Thornton Limited ». Or, M. Omond était l'auteur du rapport de Coastal Appraisals Ltd. C'est M. Keough qui est l'auteur du rapport de la société Doane Raymond/Grant Thornton.

[25] Le rapport de Doane Raymond/Grant Thornton fait l'objet de la facture datée du 31 décembre 1997. Sur cette facture, on mentionne à de très nombreuses reprises « M. Chown » et Chown Enterprises et on termine en mentionnant un rapport

[TRADUCTION] « établissant le montant de l'indemnité payable à Myles Chown ». Les seules fois où Stephen Moffett Ltd. est mentionnée sont à la fin du premier paragraphe, où elle est seulement décrite comme étant la propriétaire des biens-fonds donnés à bail à Chown Enterprises Ltd., et à la page 2, dans une liste non ordonnée des résultats d'exploitation et des résultats financiers de Chown : [TRADUCTION] « redevances versées à Stephen Moffett ». Essentiellement, Doane Raymond/Grant Thornton a effectué une évaluation de la perte des droits commerciaux qu'a subie Chown Enterprises Ltd., une des propriétaires du bien selon la définition qu'en donne la *Loi*. Le rapport de Doane Raymond/Grant Thornton a contribué à l'obtention d'un règlement amiable en ce qui concerne la demande d'indemnité de Chown. Le juge du procès a accordé à Chown Enterprises Ltd. le montant qu'elle demandait pour ce rapport.

[26] À mon avis, aucun élément de preuve n'a établi que Stephen Moffett Ltd. s'est appuyé sur le rapport de la société Doane Raymond/Grant Thornton ni pourquoi il aurait été raisonnable que Stephen Moffett Ltd. recouvre les frais engagés pour sa préparation.

[27] Puisque la preuve n'indique pas que l'un ou l'autre rapports étaient nécessaires en l'espèce, je conclus que le juge du procès a manifestement commis une erreur en accordant les débours en question.

[28] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, de refuser la somme de 4 035,85 \$ plus la TPS ou la TVH qui a été accordée à Stephen Moffett Ltd. relativement au rapport d'expert de Coastal Appraisals Ltd. et de refuser la somme de 23 651,09 \$ plus la TPS ou la TVH qui a été accordée relativement au rapport d'expert de Doane Raymond/Grant Thornton. Je suis d'avis d'accorder à la Province des dépens afférents à l'appel qui s'établissent à 2 500 \$.