

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

68/07/CA

THE BOARD OF TRUSTEES OF THE CITY OF
SAINT JOHN EMPLOYEE PENSION PLAN,
NORMAN MELBOURNE McFARLANE,
ANDREW BECKETT, ANDREW ERIC
BELYEA, WILLIAM HENRY BUCKLEY,
KEVIN PAUL ESTABROOKS, DAVID JOHN
GOULD, JOHN LAWLOR NUGENT,
FREDERICK LEE SLIPP, PAUL GLENDON
TAIT, CHRISTOPHER THOMAS TITUS,
TERRENCE LORNE TOTTEN, JAMES
PATRICK THOMAS WOODS and GREGORY
JOHN YEOMANS

APPELLANTS

- and -

JOHN FERGUSON

RESPONDENT

The Board of Trustees of the City of Saint John
Employee Pension Plan et al. v. Ferguson, 2008
NBCA 24

CORAM:

The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
May 17, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 175

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Queen's Bench:
2007 NBQB 213
2007 NBQB 155

Appeal heard:
October 30, 2007

LE CONSEIL DES FIDUCIAIRES DU RÉGIME
DE RETRAITE DES EMPLOYÉS DE THE CITY
OF SAINT JOHN, NORMAN MELBOURNE
McFARLANE, ANDREW BECKETT, ANDREW
ERIC BELYEA, WILLIAM HENRY BUCKLEY,
KEVIN PAUL ESTABROOKS, DAVID JOHN
GOULD, JOHN LAWLOR NUGENT,
FREDERICK LEE SLIPP, PAUL GLENDON
TAIT, CHRISTOPHER THOMAS TITUS,
TERRENCE LORNE TOTTEN, JAMES
PATRICK THOMAS WOODS et GREGORY
JOHN YEOMANS

APPELANTS

- et -

JOHN FERGUSON

INTIMÉ

Le Conseil des fiduciaires du régime de retraite des
employés de The City of Saint John et autres c.
Ferguson, 2008 NBCA 24

CORAM :

L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 17 mai 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 175

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour du Banc de la Reine :
2007 NBBR 213
2007 NBBR 155

Appel entendu :
Le 30 octobre 2007

Judgment rendered :
March 13, 2008

Jugement rendu :
Le 13 mars 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Daigle

Motifs de jugement :
L'honorable juge Daigle

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Barry R. Morrison, Q.C.
and Susan K. Layton

Pour les appelants :
Barry R. Morrison, c.r.
et Susan K. Layton

For the respondent:
David N. Rogers
and Anne F. MacNeill

Pour l'intimé :
David N. Rogers
et Anne F. MacNeill

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs of \$3,500.

L'appel est accueilli avec dépens de 3500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

DAIGLE, J.A.

[1] The principal issue raised in this appeal is whether a judge of the Court of Queen’s Bench, sitting as a motion judge, erred in granting the respondent a summary judgment dismissing the appellants’ defamation action on the ground of qualified privilege and holding that the action was without merit. This case also raises questions about the appropriateness of the motion judge making findings of fact, in the context of summary judgment proceedings, with respect to specific allegations of fact set out in the pleadings on the basis of an insufficient evidentiary record before the Court as well as attempting to resolve genuine issues of material facts.

[2] On a motion for summary judgment by the respondent pursuant to Rule 22.02(2) of the *Rules of Court*, the motion judge granted judgment in favour of the respondent holding that “the defense of qualified privilege is so strong in this case that the plaintiff’s action for defamation is clearly without merit. There is no reason for doubt as to what the judgment of the Court would be if this matter proceeds to trial.”

[3] For the reasons that follow, I do not, with respect, share the views of the motion judge. I am of the view that the material facts raised by the allegations set out in the pleadings on the applicability of the defence of qualified privilege are genuinely in dispute. I conclude, therefore, that there are in this case genuine issues for trial and the summary judgment should be set aside. The motion judge’s decision is reported at (2007), 318 N.B.R. (2d) 147, [2007] N.B.J. No. 170 (QL), 2007 NBQB 175.

I. Factual Background

[4] The facts as set out before the motion judge are contained in the appellants’ Amended Statement of Claim, the respondent’s Statement of Defence, the Statements of Particulars of the parties, and in the Notice of Motion as well as in the affidavit material filed on the parties’ behalf.

[5] In short, the appellants are the Board of Trustees of the City of Saint John Employee Pension Plan, a board established by the City of Saint John and the body responsible for the administration of the City's employee pension plan. The other individually named appellants are all trustees of the aforementioned Board. The respondent, John Ferguson, is a member of the Saint John Common Council.

[6] Following the public disclosure in 2004 of an actuarial valuation on the financial position of the Saint John Employee Pension Plan showing an unfunded liability of some forty-three million dollars, Mr. Ferguson made a series of presentations dealing with various aspects of the administration of the pension fund to the Common Council between April, 2005 and July, 2006. In addition, Mr. Ferguson wrote a commentary about these matters which was published in the September 1, 2006 edition of the *Telegraph Journal*. During those presentations and in his commentary, he questioned a number of management decisions made by the Pension Board affecting the pension fund, particularly with respect to the early retirement program, stressed the inaccuracy of the financial statements and generally the financial information provided to the Common Council and the public, and argued for the need of an independent review.

[7] The appellants brought an action for defamation against Mr. Ferguson in January, 2007 alleging that he had "embarked upon a systematic and sustained course of action to maliciously and recklessly defame" the appellants, both by direct statements and innuendo, he knew or should have known that many of the statements he was making were false, the statements were meant and understood to mean that the appellants were derelict in their duties and were attempting to deceive members of the Common Council, employees under the Pension Plan, and the public, and finally the words were calculated to disparage the reputation and character of the appellants. In his Statement of Defence, Mr. Ferguson alleged the appellants were not defamed by his comments, denied making most of the statements attributed to him, and finally advanced three grounds of defence with respect to specific allegations contained in the Statement of Claim by specifically pleading justification, qualified privilege and fair comment.

[8] After the exchange of Affidavits of Documents and Statements of Particulars between the parties, Mr. Ferguson brought a motion for summary judgment seeking to have the appellants' claims dismissed on the ground of qualified privilege. As noted earlier, the motion judge granted the motion.

II. Analysis and Decision

[9] The principles governing the applicability of the defence of qualified privilege may be simply stated. Qualified privilege attaches to the occasion upon which information is communicated, not to the information itself nor to the parties. If an occasion is determined to be privileged, a defendant cannot be held liable for making a statement which may be defamatory and untrue about the plaintiff. However, not all statements made on the privileged occasion will be protected by the privilege. The privilege is not absolute and it may be defeated or lost in two ways. First, it may be defeated if the dominant purpose for making the statement is actual malice. Malice is commonly understood as spite or ill will towards another, but it also includes any ulterior motive which conflicts with the interest or duty created by the occasion upon which the information was given. Malice may also be established by showing that the defendant spoke dishonestly, or in reckless disregard for the truth, or in other words, that he either knew that he was not telling the truth, or was reckless in that regard. Second, a qualified privilege may be lost if the limits of the duty or interest have been exceeded because the information communicated was not germane and reasonably appropriate to the legitimate purposes of the occasion. Both questions – whether malice exists or whether there is an excess of privilege – are questions of fact. The burden of establishing such malice or excess of privilege falls on the plaintiff, once the defendant has proved the occasion is one of qualified privilege (see *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, [1995] S.C.J. No. 64 (QL), at paras. 143-46; and *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, [1995] S.C.J. No. 69 (QL), at paras. 78-80).

[10] In this case, there can be no doubt that the open meetings of the Saint John Common Council during which Mr. Ferguson made the impugned statements, except for the newspaper commentary, were occasions of qualified privilege. As the motion judge correctly concluded in his ruling (para. 16), “the defense of qualified privilege is available to Mr. Ferguson in this action.” However, it remained to be determined whether or not, in the circumstances of this case, the privilege was defeated or exceeded. Undeniably, that question was of greater complexity since it would have required the motion judge to meticulously review all of the pleadings and the evidentiary record placed before the court and consider all the circumstances connected to the making of the statement, as well as the content of the statement itself, in ascertaining whether actual malice may be inferred from those circumstances or from the statement’s content.

[11] The appellants submitted as their principal ground of appeal that the motion judge erred “by not considering that the defence of qualified privilege is inapplicable when a defendant speaks dishonestly or in knowing or reckless disregard for the truth and is inapplicable when [the] information communicated is not reasonably appropriate in the context of the circumstances existing on the occasion when that information is given.”

[12] On the question of malice, the appellants relied on the combined effect of various allegations set out in paras. 6, 17(a) and 18 of their Amended Statement of Claim. In para. 6, they allege that Mr. Ferguson maliciously and recklessly defamed them by direct statements and innuendo. This allegation of malice relates to the numerous impugned statements made by Mr. Ferguson without specifying any particular set of circumstances. I would, however, emphasize that Rule 27.06(9) of the *Rules of Court* provides that “malice [...] may be alleged as a fact without pleading the circumstances from which it is to be inferred.”

[13] In their written submission, the appellants, while addressing the issue of malice, referred to a statement which Mr. Ferguson made during a July 17, 2006 presentation to the Common Council in which he asserted he had had a conversation with

“a very senior person who sits on the Pension Board.” The appellants characterized this statement as the “more injurious” of any to their reputation. To convey the full import of the words spoken, it is necessary to reproduce Mr. Ferguson’s statement as alleged in para. 17(a). After claiming the actions of the appellants were costing the City of Saint John an extra \$5,900,000 a year, Mr. Ferguson said:

I raised this matter to a very senior person who sits on the Pension Board. [...] I have his name, rank and serial number. \$5,900,000.00/year extra. [...] There’s the figure – that figure is shocking. [...] And I said, to – “isn’t that illegal”. [...] “Yes, it is”, said that person, “but so is drinking and driving, and people do that every day.” [...] Let us refresh our memory: the person on the Pension Board said – “it is like drinking and driving and people do it every day”. And that person is laughing at Council and laughing at the City of Saint John taxpayers. [...] Remember I heard this person and that person on the Pension Board is laughing at you. [...] “It is like drinking and driving and people do it every day.” [...] Remember “it is like drinking and driving and people do it every day” as a member of the Pension Board said to me.

[14] Furthermore, the appellants alleged in para. 18 of their Amended Statement of Claim that Mr. Ferguson knew or should have known that many of the statements he was making during his presentations to the Common Council were false. Finally, in a Statement of Particulars filed with the court on February 8, 2007 in response to demands for particulars by Mr. Ferguson, the appellants state, with respect to the words allegedly spoken by a senior member of the Board as set out in para. 17(a): “The words just set out were never spoken by any of the Plaintiffs.”

[15] In response, Mr. Ferguson denied in his Statement of Defence most of the allegations contained in the Statement of Claim, and further denied making the statements in the July 17, 2006 presentation to Council regarding his alleged conversation with a senior member of the Pension Board and the comments he attributed to this nameless member, although the presentation was recorded on videotapes which were filed with the court and made available to the motion judge. However, to save time and

for the purposes only of the hearing of the motion, Mr. Ferguson conceded he had made the impugned statements. With respect to Mr. Ferguson's statements of July 17, 2006, he further pleaded the defences of justification, qualified privilege and fair comment. Finally, in his affidavit filed with the court pursuant to Rule 22.02(2), which provides that the defendant shall file an affidavit "setting out the facts verifying his contention that there is no merit in the whole or part of the claim," Mr. Ferguson stated that he relied "on the allegations set out in the Statement of Defence as if they were repeated in the within paragraph as verification of my contention that there is no merit in the whole or part of the Claim." However, as noted earlier, there are no allegations of fact in Mr. Ferguson's Statement of Defence as it consisted only of a bare denial of the appellants' allegations and a plea of three grounds of defence. Mr. Ferguson actually refrained from deposing from his personal knowledge as to the facts upon which he relied to verify his contention that the action is meritless. For example, he could have identified the senior member of the Pension Board to whom he attributed the disparaging comments about certain illegal administrative decisions of the Board and the deceitful attitude of the Board trustees and stated that he honestly believed those comments to be true.

[16] As the moving party for summary judgment under rule 22.01(3), Mr. Ferguson bears the onus of leading evidence to establish there is no merit to the action. In the result, the record before the motion judge was completely devoid of evidence regarding Mr. Ferguson's statements of July 17, 2006 upon which the motion judge might have relied to determine whether or not he had met the test of establishing that there was no merit to the appellants' action.

[17] It is evident from the court record before the motion judge that the conflicting allegations of fact raise genuine issues for trial in this case. In particular, it is a live issue whether the privileged occasion from which Mr. Ferguson benefited as a municipal councillor addressing fellow councillors during his many presentations to the Common Council was defeated by malice on his part, or was otherwise exceeded, therefore not affording him protection from his impugned statements.

[18] On the issue of malice, material facts alleged in the pleadings are genuinely in dispute and possibly raise real issues of credibility between the parties which will have to be assessed and resolved at trial. In short, the appellants alleged that Mr. Ferguson's statement of July 17, 2006 that he spoke with a senior member of the Pension Board whose comments he allegedly reiterated for the benefit of the Council is untrue since it is alleged that no member of the Board ever spoke those words to Mr. Ferguson. It is further alleged that Mr. Ferguson knew that his statement was untrue when he made it during his presentation to Council, and therefore knew that he was not telling the truth. Those allegations are denied by Mr. Ferguson. It then falls upon the appellants to prove at trial that none of the appellants, who comprise all the Board trustees, spoke the words that Mr. Ferguson asserts in his presentation having heard from a member of the Board.

[19] If the allegation that Mr. Ferguson spoke dishonestly is proved so that his assertion is seen as a deliberate fabrication, such evidence would be a compelling indication of malice from which it could be inferred that the dominant motive for making a statement so prejudicial to the reputation and character of the appellants is actual malice.

[20] On the question of the excess of privilege, the appellants' allegations again raise genuine issues for determination at trial. The central question is whether or not Mr. Ferguson's statement of July 17, 2006, made to the Council on a privileged occasion, was reasonably germane and appropriate to the legitimate purposes of the occasion. If not, the limits of the duty or interest that created the privileged occasion would be exceeded and the qualified privilege defeated.

[21] The appellants' allegations on this point are that Mr. Ferguson defamed the appellants under the guise of performing his duty as a Common Councillor. As a municipal councillor addressing the Common Council in open session, Mr. Ferguson was undeniably entitled to question and probe into the management of the Pension Plan. However, other factual issues will have to be considered and determined, issues such as

whether it was necessary to defame the appellants by asserting during those discussions that they knew that some of their decisions or activities were illegal and that they were laughing at the Councillors and the taxpayers of Saint John, and finally whether those potentially libellous references to the appellants exceeded the limits of his duty as a councillor and the interest of the citizens of Saint John.

[22] In the present case, I conclude, from my review of the pleadings and evidentiary record, that there are material facts genuinely in dispute in this case resulting in genuine issues requiring a trial to determine whether Mr. Ferguson's qualified privilege was defeated by malice or excess of privilege. In my view, it is also significant that, malice being a question of fact, the finding of malice or its absence requires that the credibility of the witnesses be properly assessed. I should add in this regard that since malice will be inferred in most cases from all of the circumstances surrounding the making of a statement as well as from its language and content, I have grave doubts that a case involving a determination of the existence of malice will ever be appropriate for summary judgment proceedings.

[23] It is not clear in his ruling how the motion judge reasoned that while the defence of qualified privilege was available to Mr. Ferguson, the appellants' action was "clearly without merit". The applicability of that defence depends in the circumstances of this case on a finding of whether Mr. Ferguson's statements had been made with malice or whether the privilege attached to those occasions had been exceeded. There is no indication in the motion judge's ruling that he reviewed the pleadings and the evidentiary record to determine whether sufficient allegations of fact were pleaded to properly raise the issues relating to the applicability of qualified privilege and whether the material facts underpinning these issues were genuinely disputed or not. As to the evidentiary record, I have already observed that Mr. Ferguson failed to lead evidence in his affidavit supporting his contention that the action was without merit, including evidence supporting his contention that the defence of qualified privilege applied in this case and afforded protection to his impugned statements. Without a finding that qualified privilege applied, and hence was not defeated or lost by malice or excess of privilege, there could

not be a finding that the appellants' action was without merit. The motion judge lacked the factual foundation necessary to make that determination in this case. It was therefore inappropriate to grant judgment without trial.

[24] The jurisprudence of the Province provides clear guidance regarding the procedure to be followed and the appropriate test to be applied in summary judgment proceedings. In *Cannon v. Lange et al.* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 313 (QL), Drapeau, J.A. (now Chief Justice) defined the proper test to be applied, which he characterized as a "very stringent test", at para. 17: "[t]he wording of Rule 22.04 sets the standard at a high level. It provides that the court may grant judgment only where there is no merit to the defence or no merit to the claim, or part thereof."

[25] While the articulation of the test is unequivocal, the sagacious advice and caution before a litigant is deprived of his or her right to a trial offered by Stratton CJNB in *Ripulone v. Pontecorvo* (1989), 104 N.B.R. (2d) 56, [1989] N.B.J. No. 1138 (QL), at p. 63, bears repeating: "[t]he general rule is that on a motion for summary judgment a Court should not attempt to resolve disputed issues of fact. Summary judgment should be granted only when there is no reason for doubt as to what the judgment of the Court should be if the matter proceeds to trial. The moving party's case must be unanswerable."

[26] As to the court's approach in applying the test, Drapeau, J.A. wrote in the *Cannon* case at para. 22: "[...] the court must undoubtedly take a hard look at the pleadings and the evidence to determine whether there is truly some merit to the action or defence, or part thereof. The court's ability to do so will necessarily depend on the nature and quality of the evidentiary record which the parties can place before it."

[27] Finally, as to the burden on the moving party, he added in para. 24: "It is up to the moving party to satisfy the court that an apparent factual controversy or credibility conflict is a sham. If material facts remain genuinely in dispute after the court has taken a hard look at the evidence and the pleadings, it is not appropriate to grant summary judgment (see *RCL Operators Ltd.*). Likewise, where there is an unresolved

genuine credibility conflict relating to a material question, it is not appropriate to grant summary judgment.”

[28] In my view, the motion judge failed in this case to consider whether the defence of qualified privilege effectively applied, that is whether the qualified privilege was defeated or not, and whether the material facts relating to those issues were genuinely disputed so there remained genuine issues requiring trial. I therefore conclude he erred in finding the appellants’ action was “clearly without merit.”

III. Disposition

[29] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the decision of the motion judge. The appellants shall have their costs throughout in the amount of \$3,500.

LE JUGE DAIGLE

- [1] Dans le présent appel, il s'agit essentiellement de déterminer si un juge de la Cour du Banc de la Reine, qui siégeait comme juge saisi de la motion, a commis une erreur en accordant à l'intimé un jugement sommaire rejetant l'action en diffamation intentée par les appelants au motif qu'il jouissait d'une immunité relative et en statuant que l'action était sans fondement. La présente instance soulève par ailleurs une autre question : était-il indiqué que le juge saisi de la motion tire des conclusions de fait, dans le contexte de procédures de jugement sommaire, relativement à des allégations de fait précises énoncées dans les plaidoiries alors qu'il ne disposait pas d'une preuve suffisante, d'une part, et tente de trancher de véritables questions portant sur des faits déterminants, d'autre part?
- [2] Sur réception d'une motion en jugement sommaire présentée par l'intimé en vertu de la règle 22.02(2) des *Règles de procédure*, le juge saisi de la motion a accordé un jugement à l'intimé en statuant que [TRADUCTION] « la défense d'immunité relative est tellement solide en l'espèce qu'il est clair que l'action en diffamation des demandeurs est sans fondement. Il n'y a aucune raison de douter de ce que serait le jugement de la Cour si l'affaire était instruite ».
- [3] Pour les motifs qui suivent, en toute déférence, je ne partage pas l'avis du juge saisi de la motion. Je crois plutôt que les faits déterminants que soulevaient les allégations énoncées dans les plaidoiries relativement à l'applicabilité de la défense d'immunité relative sont véritablement litigieux. Je conclus donc qu'il existe matière à procès en l'espèce et que le jugement sommaire devrait être annulé. La décision du juge saisi de la motion est publiée à (2007), 318 R.N.-B. (2^e) 147, [2007] A.N.-B. n^o 170 (QL), 2007 NBBR 175.

I. Les faits

- [4] Les faits qui ont été présentés au juge saisi de la motion sont décrits dans l'exposé de la demande modifié des appelants, dans l'exposé de la défense de l'intimé, dans l'exposé des précisions des parties, dans l'avis de motion ainsi que dans les affidavits déposés pour le compte des parties.
- [5] En résumé, les appelants sont le Conseil des fiduciaires du régime de retraite des employés de la Ville de Saint John, conseil constitué par la Ville de Saint John qui est l'organisme chargé d'administrer le régime de retraite des employés de la Ville. Les autres appelants nommés individuellement sont tous des fiduciaires membres du conseil susmentionné. L'intimé, John Ferguson, est membre du conseil communal de Saint John.
- [6] Après qu'eut été rendue publique en 2004 une évaluation actuarielle de la situation financière du régime de retraite des employés de la Ville de Saint John qui révélait l'existence d'un passif non capitalisé de quelque quarante-trois millions de dollars, M. Ferguson a fait au conseil communal, entre les mois d'avril 2005 et de juillet 2006, une série d'exposés traitant de différents aspects de l'administration du régime de retraite. De plus, M. Ferguson a rédigé au sujet de ces questions un commentaire qui a été publié dans l'édition du 1^{er} septembre 2006 du *Telegraph-Journal*. Pendant ces exposés et dans son commentaire, il a contesté un certain nombre de décisions de gestion prises par le Conseil de retraite qui avaient eu des effets négatifs sur le régime, notamment le programme de retraite anticipée, souligné l'inexactitude des états financiers ainsi que des renseignements de nature financière communiqués au conseil communal et au public, et indiqué qu'une contre-révision était nécessaire.
- [7] En janvier 2007, les appelants ont intenté à M. Ferguson une action en diffamation dans laquelle ils alléguaient que ce dernier avait [TRADUCTION] « adopté une ligne de conduite systématique et soutenue qui visait à diffamer [les appelants] avec malveillance et témérité », tant au moyen de déclarations directes que d'insinuations,

qu'il savait ou aurait dû savoir qu'un grand nombre des déclarations qu'il faisait étaient fausses, que les déclarations en question voulaient dire que les demandeurs avaient été négligents dans l'exercice de leurs fonctions et essayaient de tromper les membres du conseil communal, les employés visés par le régime de retraite ainsi que le public et avaient été ainsi comprises et finalement que les paroles prononcées visaient délibérément à porter atteinte à la réputation et à l'honorabilité des appelants. Dans son exposé de la défense, M. Ferguson alléguait que les appelants n'avaient pas été diffamés par ses observations, n'ait avoir fait la plupart des déclarations qui lui étaient attribuées et invoquait finalement trois moyens de défense en réponse aux allégations précises que renfermait l'exposé de la demande, en plaidant la justification, l'immunité relative et le commentaire loyal.

[8] Après l'échange des affidavits des documents et des exposés des précisions entre les parties, M. Ferguson a présenté une motion en jugement sommaire dans laquelle il sollicitait le rejet des demandes des appelants sur le fondement de l'immunité relative. Comme je l'ai indiqué plus haut, le juge saisi de la motion a accueilli cette motion.

II. Analyse et décision

[9] Les principes régissant l'applicabilité de la défense d'immunité relative peuvent être énoncés de façon simple. L'immunité relative se rattache aux circonstances de la communication, et non à la communication elle-même ou aux parties. Si l'on établit qu'il y a immunité, le défendeur ne peut être tenu responsable d'avoir fait des déclarations qui peuvent être diffamatoires ou fausses au sujet du demandeur. Toutefois, toutes les déclarations faites dans des circonstances susceptibles de donner lieu à une immunité relative ne sont pas protégées par l'immunité. L'immunité n'est pas absolue et peut être levée ou perdue de deux façons. Premièrement, elle peut être levée si la déclaration est principalement motivée par la malveillance véritable. Ordinairement, la malveillance s'entend de la rancune ou de l'animosité envers quelqu'un, mais elle comprend également tout motif caché qui entre en conflit avec le sens du devoir ou

l'intérêt que l'occasion en question a créé. On peut également établir l'existence de la malveillance en démontrant que le défendeur a parlé avec malhonnêteté, ou au mépris indifférent de la vérité ou, en d'autres termes, qu'il savait qu'il ne disait pas la vérité ou ne se souciait pas de savoir si ses propos étaient faux ou non. Deuxièmement, l'immunité relative peut également cesser d'exister lorsqu'on a passé outre aux limites du devoir ou de l'intérêt parce que les renseignements communiqués n'étaient pas pertinents et raisonnablement appropriés pour les fins légitimes de l'occasion. Ces deux questions – l'existence d'une malveillance ou d'un abus de privilège – sont des questions de fait, et il appartient au demandeur de prouver l'existence de cette malveillance ou de cet abus de privilège, une fois que le défendeur a établi que les circonstances donnaient lieu à l'immunité relative (voir *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, [1995] A.C.S. n° 64 (QL), aux par. 143 à 146; et *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, [1995] A.C.S. n° 69 (QL), aux par. 78 à 80).

[10] En l'espèce, il ne fait aucun doute que les assemblées publiques du conseil communal de Saint John au cours desquelles M. Ferguson a fait les déclarations contestées, exception faite du commentaire publié dans le journal, étaient des circonstances donnant lieu à une immunité relative. Comme le juge saisi de la motion l'a conclu à bon droit dans sa décision (par. 16), [TRADUCTION] « M. Ferguson peut donc se prévaloir de la défense d'immunité relative dans la présente action ». Toutefois, il reste à déterminer si, dans les circonstances de la présente espèce, on a abusé de l'immunité ou si elle a été levée. Indéniablement, cette question était beaucoup plus complexe étant donné qu'elle aurait obligé le juge saisi de la motion à procéder à un examen méticuleux de la totalité des plaidoiries et des preuves présentées à la cour et à prendre en considération toutes les circonstances liées aux déclarations, ainsi que leur teneur, afin de déterminer si l'existence d'une malveillance véritable pouvait être déduite par inférence de ces circonstances ou de la teneur des déclarations.

[11] Les appelants ont fait valoir, à titre de moyen d'appel principal, que le juge saisi de la motion a commis une erreur [TRADUCTION] « en ne considérant pas que la défense d'immunité relative est inapplicable lorsqu'un défendeur parle avec

malhonnêteté, ou au mépris délibéré ou indifférent de la vérité, et lorsque les renseignements communiqués ne sont pas raisonnablement appropriés dans le contexte des circonstances qui existaient lorsque ces renseignements ont été donnés ».

[12] Sur la question de la malveillance, les appelants se sont fondés sur l'effet conjugué des différentes allégations énoncées aux par. 6, 17a) et 18 de leur exposé de la demande modifié. Au par. 6, ils allèguent que M. Ferguson les a diffamés avec malveillance et témérité au moyen de déclarations directes et d'insinuations. Cette allégation de malveillance vise les nombreuses déclarations contestées dont M. Ferguson était l'auteur sans préciser dans quelles circonstances précises elles ont été faites, mais je soulignerais que la règle 27.06(9) des *Règles de procédure* prévoit que « la malveillance [...] peu[t] être [plaidée] comme des faits sans invoquer les circonstances à l'appui ».

[13] Dans leur mémoire, les appelants ont fait référence, sur la question de la malveillance, à une déclaration que M. Ferguson a faite le 17 juillet 2006 à l'occasion d'un exposé au conseil communal, déclaration dans laquelle il a affirmé avoir eu une conversation avec « un très haut responsable qui siège au Conseil de retraite ». Les appelants ont qualifié cette déclaration [TRADUCTION] « d'atteinte des plus grave » à leur réputation. Pour faire comprendre toute la portée des propos qui ont été tenus, il convient de reproduire la déclaration que M. Ferguson aurait faite selon le par. 17a). Après avoir prétendu que les mesures prises par les appelants coûtaient 5 900 000 \$ de plus par année à la Ville de Saint John, M. Ferguson a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'ai soulevé cette question auprès d'un très haut responsable qui siège au Conseil de retraite. [...] J'ai son nom, son rang et son matricule. 5 900 000 \$ de plus par année. [...] Voilà le chiffre - ce chiffre est scandaleux. [...] Et j'ai dit à - « n'est-ce pas illégal? » [...] « Oui, ça l'est » a répondu cette personne, « mais il est aussi illégal de conduire en état d'ébriété et des gens le font tous les jours. » Remettons-nous ses propos en mémoire. La personne qui siège au Conseil de retraite a dit : « C'est comme conduire en état d'ébriété et des gens le font tous les jours ». Et cette personne se moque du conseil et se moque des

contribuables de Saint John. [...] Rappelez-vous, j'ai entendu cette personne et cette personne qui siège au Conseil de retraite rit de vous. [...] « C'est comme conduire en état d'ébriété et des gens le font tous les jours » [...] « C'est comme conduire en état d'ébriété et des gens le font tous les jours », comme me l'a dit un membre du Conseil de retraite.

[14] De plus, au par. 18 de leur exposé de la demande modifié, les appelants alléguaient que M. Ferguson savait ou aurait dû savoir qu'un grand nombre des déclarations qu'il faisait pendant ses exposés au conseil communal étaient fausses. Enfin, dans un exposé des précisions déposé auprès de la cour le 8 février 2007 en réponse à la demande de précisions déposée par M. Ferguson, les appelants affirment ce qui suit, relativement aux propos qu'aurait tenus un haut responsable du Conseil qui sont énoncés au par. 17a) : [TRADUCTION] « Les paroles qui viennent d'être énoncées n'ont jamais été prononcées par l'un quelconque des demandeurs. »

[15] En réponse, M. Ferguson a nié dans son exposé de la défense la plupart des allégations que renfermait l'exposé de la demande, et il a en outre nié avoir fait les déclarations qui lui étaient prêtées lors de son exposé au conseil communal du 17 juillet 2006, déclarations concernant la conversation qu'il aurait eue avec un haut responsable du Conseil de retraite et les commentaires qu'il avait attribués à ce membre dont il avait tu le nom, bien que son exposé ait été enregistré sur des bandes vidéo qui ont été déposées auprès de la cour et mises à la disposition du juge saisi de la motion. Cependant, pour gagner du temps et pour les seuls besoins de l'audition de la motion, M. Ferguson a reconnu avoir fait les déclarations contestées. En ce qui concerne ses déclarations du 17 juillet 2006, M. Ferguson a en outre plaidé les défenses de justification, d'immunité relative et de commentaire loyal. Finalement, dans l'affidavit qu'il a déposé auprès de la cour en application de la règle 22.02(2), qui prévoit que le défendeur doit déposer un affidavit « exposant les faits qui appuient son argument voulant que la demande, en tout ou en partie, ne soit pas fondée », M. Ferguson a déclaré qu'il s'était fondé [TRADUCTION] « sur les allégations énoncées dans l'exposé de la défense qui sont reprises dans le présent paragraphe à l'appui de [s]on argument voulant que la demande,

en tout ou en partie, ne soit pas fondée ». Cependant, comme je l'ai indiqué plus haut, M. Ferguson ne soulève aucune allégation de fait dans son exposé de la défense; il se contente simplement de nier les allégations des appelants et de plaider les trois moyens de défense. En fait, M. Ferguson s'est abstenu de déclarer sous serment qu'il avait connaissance personnelle des faits qui appuyaient son argument voulant que la demande soit sans fondement. Par exemple, il aurait pu donner le nom du haut responsable siégeant au Conseil de retraite auquel il attribuait les remarques désobligeantes au sujet de certaines décisions administratives du Conseil et de la duplicité des fiduciaires qui le composaient et déclarer qu'il croyait honnêtement que ces remarques étaient véridiques.

[16] En sa qualité d'auteur de la motion en jugement sommaire présentée en vertu de la règle 22.01(3), il incombe à M. Ferguson de produire une preuve établissant que l'action est sans fondement. Or, le dossier dont disposait le juge saisi de la motion était totalement dénué d'éléments de preuve relatifs aux déclarations du 17 juillet 2006 sur lesquels le juge saisi de la motion aurait pu se fonder pour déterminer si M. Ferguson s'était ou non acquitté du fardeau de prouver que l'action intentée par les appelants était sans fondement.

[17] Le dossier dont disposait le juge saisi de la motion indique clairement que les allégations de fait contradictoires soulèvent en l'espèce des questions litigieuses dont la résolution exige une instruction. En particulier, il reste à déterminer si l'immunité relative dont M. Ferguson bénéficiait à titre de conseiller municipal s'adressant à ses collègues lors de ses nombreux exposés au conseil communal a été levée par la malveillance dont il aurait fait preuve, ou s'il a par ailleurs abusé de cette immunité, de sorte qu'elle ne lui offre aucune protection contre ses déclarations contestées.

[18] Sur la question de la malveillance, des faits déterminants allégués dans les plaidoiries sont véritablement en litige et soulèvent peut-être entre les parties des questions réelles de crédibilité qui devront être évaluées et tranchées dans le cadre d'un procès. En résumé, les appelants ont allégué que la déclaration que M. Ferguson a faite le 17 juillet 2006, selon laquelle il a parlé avec un haut responsable siégeant au Conseil de

retraite dont il prétend avoir répété les paroles au profit de conseil communal, est fausse étant donné qu'il est allégué qu'aucun membre du Conseil de retraite n'a jamais tenu de tels propos à M. Ferguson. Il est en outre allégué que M. Ferguson savait que sa déclaration était fausse lorsqu'il l'a faite pendant son exposé au conseil communal, et qu'il savait donc qu'il ne disait pas la vérité. M. Ferguson nie ces allégations. Il incombe donc aux appelants de prouver lors d'une instruction qu'aucun des appelants, qui constituent l'ensemble du Conseil des fiduciaires, n'a prononcé les paroles que M. Ferguson a affirmé avoir entendues d'un membre de ce Conseil dans son exposé.

[19] Si l'allégation selon laquelle M. Ferguson a parlé avec malhonnêteté était prouvée, de sorte que son assertion serait considérée comme une fabrication délibérée, cette preuve constituerait une indication convaincante de malveillance dont on pourrait inférer qu'une véritable malveillance est le principal motif d'une déclaration aussi préjudiciable à la réputation et à l'honorabilité des appelants.

[20] Sur la question de l'abus de privilège, les allégations des appelants soulèvent encore une fois de véritables questions litigieuses. La question primordiale est de déterminer si la déclaration que M. Ferguson a faite au conseil communal le 17 juillet 2006, alors qu'il bénéficiait d'une immunité, était raisonnablement pertinente pour les fins légitimes de l'occasion. Dans le cas contraire, on aurait passé outre aux limites du devoir ou de l'intérêt qui créait l'immunité et l'immunité relative serait levée.

[21] Selon les allégations des appelants sur ce point, M. Ferguson les a diffamés sous prétexte d'exercer sa charge de membre du conseil communal. En sa qualité de conseiller qui s'adressait au conseil communal lors d'une assemblée publique, M. Ferguson avait indéniablement le droit de contester et d'étudier la gestion du régime de retraite. Cependant, il existe d'autres questions de fait à examiner et trancher, notamment celles de savoir s'il était nécessaire de diffamer les appelants en affirmant lors de ces débats qu'ils savaient que certaines de leurs décisions ou activités étaient illégales et qu'ils se moquaient des conseillers municipaux et des contribuables de Saint John, et finalement si ces références aux appelants qui risquaient d'être diffamatoires passaient

outre aux limites de son devoir de conseiller municipal et de l'intérêt des citoyens de Saint John.

[22] En l'espèce, après avoir passé en revue les plaidoiries et la preuve, je conclus que des faits déterminants sont véritablement en litige, de sorte que de réelles questions doivent être instruites pour déterminer si l'immunité relative de M. Ferguson a été levée en raison de sa malveillance ou d'un abus de privilège. À mon avis, comme la malveillance est une question de fait, il importe également que la crédibilité des témoins soit convenablement évaluée avant de conclure qu'il y a ou non malveillance. J'ajouterais à cet égard qu'étant donné que, dans la plupart des cas, la malveillance doit être inférée de l'ensemble des circonstances de la déclaration en cause ainsi que des termes employés et de sa teneur, je doute beaucoup qu'une instance dans laquelle un tribunal doit se prononcer sur l'existence d'une malveillance puisse jamais être tranchée dans le cadre d'une procédure en jugement sommaire.

[23] Dans sa décision, le juge saisi de la motion ne dit pas clairement quel est le raisonnement qui l'a amené à conclure que même si M. Ferguson pouvait opposer une défense d'immunité relative, il était [TRADUCTION] « clair [que l'action des appelants] est sans fondement ». Dans les circonstances de la présente affaire, ce moyen de défense ne peut s'appliquer que si la cour conclut que M. Ferguson n'a pas fait les déclarations en cause avec malveillance ou n'a pas abusé de l'immunité qui s'appliquait à ces situations. Rien dans la décision du juge saisi de la motion n'indique qu'il a examiné les plaidoiries et la preuve afin de déterminer si les allégations de fait plaidées étaient suffisantes pour soulever à bon droit les questions relatives à l'applicabilité de l'immunité relative et si les faits déterminants qui étayaient ces questions étaient ou non véritablement en litige. Pour ce qui est de la preuve, j'ai déjà indiqué que M. Ferguson avait omis de présenter dans son affidavit des preuves à l'appui de son argument voulant que l'action ne soit pas fondée, dont des preuves à l'appui de son affirmation selon laquelle la défense d'immunité relative s'appliquait en l'espèce et lui donnait une protection relativement à ses déclarations contestées. À moins d'arriver à la conclusion que l'immunité relative s'appliquait et qu'elle n'a donc pas été levée ou perdue à cause de la malveillance ou

d'un abus de privilège, il était impossible de conclure que l'action des appelants était sans fondement. Le juge saisi de la motion ne disposait pas du fondement factuel nécessaire pour rendre une telle décision en l'espèce. Il n'était donc pas approprié d'accorder un jugement sans tenir un procès.

[24] La jurisprudence de la province indique clairement quelle est la procédure à suivre ainsi que le critère qu'il convient d'appliquer dans une procédure en jugement sommaire. Dans l'arrêt *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121 (C.A.), [1998] A.N.-B. n^o 313 (QL), le juge d'appel Drapeau (maintenant juge en chef) a ainsi défini le critère qu'il convient d'appliquer, qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « critère très rigoureux », au par. 17 : [TRADUCTION] « Le libellé de la règle 22.04 établit une norme élevée. Cette règle dispose que la cour ne peut rendre jugement que si la défense ou la demande, ou une partie de celle-ci, sont sans fondement. »

[25] Bien que la formulation du critère ne prête pas à équivoque, le sage conseil que le juge en chef Stratton a donné dans *Ripulone c. Pontecorvo* (1989), 104 R.N.-B. (2^e) 56, [1989] A.N.-B. n^o 1138 (QL), à la p. 63, au sujet de la prudence dont il faut faire preuve avant de priver une partie de son droit à un procès, mérite d'être répété : [TRADUCTION] « La règle générale veut que le tribunal saisi d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire ne devrait pas chercher à trancher les questions de fait litigieuses. Un jugement sommaire ne devrait être accordé que lorsqu'il n'existe aucun motif de douter de ce que serait le jugement de la cour si l'action était instruite. L'auteur de la motion doit prouver sa demande de façon irréfutable. »

[26] En ce qui concerne la façon dont un tribunal doit procéder pour appliquer le critère, le juge Drapeau a écrit ce qui suit dans l'arrêt *Cannon* au par. 22 : [TRADUCTION] « [...] la cour doit certainement examiner en détail les plaidoiries et la preuve afin de déterminer s'il existe véritablement un fondement à l'action ou à la défense, ou à une partie de celles-ci. La capacité de la cour de le faire dépend nécessairement de la nature ou de la qualité des preuves que les parties peuvent déposer devant elle. »

[27] Finalement, pour ce qui est du fardeau imposé à l'auteur de la motion, il a ajouté ce qui suit au par. 24 : [TRADUCTION] « Il appartient à l'auteur de la motion de convaincre la cour qu'une apparente controverse quant aux faits ou un apparent conflit de crédibilité sont feints. Si des faits déterminants restent véritablement en litige après que la cour a attentivement examiné la preuve et les plaidoiries, il n'y a pas lieu d'accorder un jugement sommaire (voir *RCL Operators Ltd.*). De même, lorsqu'il subsiste un véritable conflit de crédibilité en ce qui concerne une question substantielle, il n'y a pas lieu d'accorder un jugement sommaire. »

[28] À mon avis, le juge saisi de la motion a omis en l'espèce d'examiner si la défense d'immunité relative était effectivement applicable, c'est-à-dire si l'immunité relative était levée ou non, et si les faits déterminants relatifs à ces questions étaient véritablement litigieux, de sorte qu'il restait de réelles questions à instruire. Je conclus donc qu'il a commis une erreur en statuant qu'il était [TRADUCTION] « clair que [l'action des appelants était] sans fondement ».

III. Dispositif

[29] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et j'annulerais la décision du juge saisi de la motion. Les appelants ont droit à des dépens de 3500 \$ afférents à la motion et à l'appel.