

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

55-13-CA

HAROLD GREW

(Defendant) APPELLANT

- and -

MILEMORE HOLDINGS LTD.

(Plaintiff) RESPONDENT

- and -

LARRY C. FULLERTON, RICHARD CARVER
and DOUGLAS STEWART

(Third Parties) RESPONDENTS

Grew v. Milemore Holdings, Fullerton et al., 2014
NBCA 33

CORAM:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBQB 158

Preliminary or incidental proceedings:

N/A

Appeal heard:
October 30, 2013

Judgment rendered:
May 29, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

HAROLD GREW

(défendeur) APPELANT

- et -

MILEMORE HOLDINGS LTD.

(demanderesse) INTIMÉE

- et -

LARRY C. FULLERTON, RICHARD CARVER et
DOUGLAS STEWART

(mis en cause) INTIMÉS

Grew c. Milemore Holdings, Fullerton et autres,
2014 NBCA 33

CORAM :
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 158

Procédures préliminaires ou accessoires :

s.o.

Appel entendu :
le 30 octobre 2013

Jugement rendu :
le 29 mai 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

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

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Ronald J. Ashfield, Q.C.

Pour l'appelant :
Ronald J. Ashfield, c.r.

For the respondent, Milemore Holdings Ltd.:
Randy G. Bishop

Pour l'intimée Milemore Holdings Ltd. :
Randy G. Bishop

For the respondents, Richard Carver and Douglas
Stewart:
Gregory E. Murphy, Q.C.

Pour les intimés Richard Carver et Douglas
Stewart :
Gregory E. Murphy, c.r.

No one appeared for the respondent, Larry C.
Fullerton.

Personne n'a comparu pour l'intimé Larry C.
Fullerton.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed, with costs.

L'appel est rejeté avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] In 1993, Harold Grew was retained by Larry Fullerton to provide legal services to Fullerton's company, Milemore Holdings Ltd. (Milemore), within the context of the acquisition by Milemore of an existing business. Some years later, Mr. Fullerton alleged there were problems associated with the work done by Mr. Grew which purportedly caused damages to Milemore. Milemore initiated an action against Grew, who maintains the action is proscribed by statute. In the proceeding under appeal, a judge of the Court of Queen's Bench, Trial Division, refused to grant Mr. Grew's motion for summary judgment pursuant to Rules 22.01(3) and 22.04(1) of the *Rules of Court*. With leave, Mr. Grew comes before this Court seeking reversal of that decision, and dismissal of the underlying action. For the reasons which follow, I would dismiss the appeal, with costs.

II. Background

[2] In the spring of 1993, the respondent Milemore sought to purchase a trailer park owned by Cymor Ltd. situate in the City of Miramichi. The respondent Fullerton was at all material times president of Milemore. Fullerton was having difficulty securing the financing necessary to make the desired purchase, and approached the respondents Carver and Stewart seeking their assistance.

[3] Richard Carver and Douglas Stewart, who were business brokers, agreed to involve themselves in the venture, and were successful in securing the financing for the acquisition of the trailer park. However, as a condition of the financing, Carver and Stewart were required to provide personal guarantees on the loan.

[4] While Carver and Stewart were willing to provide their personal guarantees on the financing, they in turn sought some level of protection from Milemore. The motion judge determined that in response to their request, Fullerton, on behalf of the company:

[...] agreed that Carver and Stewart would assume the management and operation of the trailer park for a period of one year to ensure its viability”.

It was also agreed that a numbered company, 054334 N.B. Ltd. would be incorporated to act as a holding company for the shares of Cymor that were to be purchased to effect the transfer of the trailer park. The funding to finance the purchase of Cymor’s shares was to include the sum of \$65,000.00 from Milemore, with the remainder coming from a loan from the lending institution secured by Carver and Stewart, which was the loan they had agreed to personally guarantee.

At about the same time during the month of June 1993, Milemore, through Mr. Fullerton, retained the services of solicitor Harold Grew [the appellant] to draft a Trust agreement that would allow Carver and Stewart to manage and operate the trailer park but at the same time protect Milemore’s beneficial interest in it. [paras. 4-6]

[5] The trust agreement referenced above is at the heart of the present dispute. Grew drafted the agreement, which was then forwarded to, and signed by, Carver and Stewart. When Grew subsequently presented the agreement to Fullerton for his signature, Fullerton refused to execute on the basis that it named him in his personal capacity as a party to the contract. Fullerton then directed Grew to modify the agreement by adding the words “in trust for Milemore Holdings Ltd.” thereby making Milemore the responsible party, and not Fullerton personally. With the changes having been made, Fullerton signed on behalf of his company.

[6] Given the narrow confines of this appeal, it is unnecessary to delve into great detail setting out the various problems which apparently beset this entire business venture. Suffice it to say the undertaking failed to unfold as intended, and Milemore

commenced proceedings against Carver and Stewart, alleging breaches of the Trust Agreement. For their part, Carver and Stewart had refused to be bound by the provisions of the agreement, maintaining there were “inconsistencies” between the version of the document they had signed, and that which was executed by Milemore. For this reason, they believed the agreement was unenforceable.

[7] Fullerton deposes he had questioned his lawyer Grew “multiple times,” asking what inconsistencies Carver and Stewart were talking about, and that “each time Grew claimed ignorance”. Grew eventually advised Fullerton that as Grew may be required to testify as a witness in any court proceedings, Fullerton would have to retain new counsel. At some point in time, Fullerton’s new counsel explained the nature of the inconsistencies complained of. It was subsequent to gaining this understanding of the situation that Milemore took action against Grew, alleging that Grew had breached his contract with, and fiduciary duty to, Milemore, and was negligent in providing advice to his client.

III. Issues

[8] The appellant alleges the motion judge:

1. misdirected himself and erred in law, by failing to direct his mind to the identity of those specific facts comprising material facts forming the basis of the plaintiff’s claim, coupled with the further objective determination as to when such material facts were actually known to the plaintiff, or ought, through the exercise of reasonable diligence, to have been known to the plaintiff;
2. misdirected himself and erred in law, by directing his enquiry to an irrelevant matter, namely the adequacy of those subjective reasons stated by the plaintiff concerning the plaintiff’s failure to commence its legal action within a period of 6 years from the plaintiff’s knowledge of those material facts forming the basis of the plaintiff’s claim therein;

3. erred in law, by failing to appreciate and determine, for the purposes of discovery of a cause of action, the distinction between knowledge of the material facts upon which a cause of action is based, as opposed to an awareness or realization that such facts may give rise to a good cause of action; and,
4. erred in law by purporting to apply a subjective test to the issue of when a particular plaintiff discovered a cause of action referenced in sections 7 and 9 of the *Limitation of Actions Act*.

IV. Law and Analysis

[9] With respect to the grounds of appeal outlined above, I am of the opinion they need not be subjected to individual scrutiny and analysis, in that this appeal stands to be determined on a much more straightforward basis: the application of the requisite standard of review to the decision of the motion judge.

A. *Standard of Review*

[10] Milemore cites and relies upon two decisions of this Court with respect to establishing the standard of review to be applied in cases such as this. The first is *The Beaverbrook Canadian Foundation v. Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, wherein Drapeau, C.J.N.B., writes:

[...] The impugned Order is quintessentially the product of an exercise of judicial discretion. Like any other discretionary judicial decision, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanogan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see The Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994) at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan*

Borough Council, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064). [para. 4]

[11] The second decision advanced by Milemore is *Burt v. Boyle* (2011), 382 N.B.R. (2d) 206, [2011] N.B.J. No. 471 (QL), per Richard J.A.:

I point out, however, that the standard of review of discretionary relief is one that is stamped with deference. As I have stated before, also in the context of leave to appeal a judge's refusal to adjourn a trial, the law is abundantly clear that the exercise of discretion "will not be interfered with on appeal unless it can be shown that the motion judge did not direct herself correctly in law and did not observe the applicable principles, or misapprehended the evidence to the point that an injustice would result": *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. A.R. et al.* (2007), 322 N.B.R. (2d) 372, [2007] N.B.J. No. 345 (C.A.) (QL), at para. 15.

[...]

In my view, a judge of the Court of Appeal should be reluctant to interfere with the process leading to a trial in the Court of Queen's Bench, and there are sound policy reasons for this. It is not the function of the Court of Appeal to supervise every step in the trial process. This is reflected by a standard of review of discretionary decisions that is, as I have stated, stamped with deference. [paras. 12-16]

B. *Key Findings by the Motion Judge*

[12] The critical findings underpinning the motion judge's decision are as follows:

It should be noted that the letter of February 22, 1999 from Carver and Stewart to Mr. Grew was received almost six years after the trust agreement had been modified and signed by Mr. Fullerton and it had been acted upon and implemented by the parties for that same period of time. Further, in their letter of February 22, 1999 Carver and

Stewart do not articulate the nature or details of the purported alterations they assert and also refer to two other unrelated areas of concern with the trust agreement and the parties' relationship upon which they appear to assert as being a basis for their not being bound to the terms of the agreement. In such circumstances, and without deciding the point, it is conceivable that Mr. Fullerton might not comprehend what Carver and Stewart were referring to when they raised the issue of the unspecified "alterations" to the agreement and was looking to Mr. Grew for some explanation which he says he sought and never received.

To this stage, Mr. Grew has not refuted or answered the evidence Mr. Fullerton is relying upon to maintain these assertions. More specifically, Mr. Grew has not asserted that he informed Mr. Fullerton of the nature of the alleged "alterations" or "inconsistencies" Carver and Stewart were referring to as their basis for asserting the unenforceability of the agreement. He did say he informed Mr. Fullerton that he might have to retain new counsel in relation to the dispute over the enforceability of the trust agreement and that he, Mr. Grew, may have to be a witness. [paras. 17-18]
[Emphasis added.]

The motion judge went on to conclude:

In these circumstances, and based on the record before me on this motion, and in the absence of a response by Grew to Milemore's assertions relating to the discoverability issue in this motion, I am satisfied that there remain material issues genuinely in dispute relating to the limitation period defence and the related discoverability issue. Accordingly, Mr. Grew's motion for summary judgment is dismissed.
[para. 24]

C. *Summary Judgment, Rule 22*

[13] Rule 22.01(3) of the *Rules of Court* sets out the parameters within which summary judgment is available to a defendant:

22.01(3) After he has filed and served his Statement of Defence and before the action is set down for trial, a defendant may apply	22.01(3) Après avoir déposé et signifié l'exposé de a défense, le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander
--	---

for summary judgment against the plaintiff on the ground that there is no merit to the action, or to one or more claims therein, or to part of any such claim.	un jugement sommaire contre le demandeur au motif que l'action est sans fondement ou qu'une ou plusieurs des demandes ne sont pas fondées ou encore qu'une partie d'une de ces demandes ne l'est pas.
--	---

[14] Rule 22.04(1) goes on to explain the appropriate disposition of a successful motion:

22.04(1) Where, on a motion for judgment, the applicant satisfies the court that	22.04(1) Si, sur une motion pour jugement, le requérant démontre de façon satisfaisante à la cour
--	---

(a) there is no defence or merit to a claim or part thereof, and	a) qu'il n'existe aucune défense ni fondement à la demande ou à une partie de la demande et
--	---

(b) the applicant is entitled to judgment, the court may grant judgment.	b) qu'il a le droit d'obtenir un jugement, la cour peut rendre jugement.
--	--

[15] The decision as to whether or not to grant summary judgment is without question at the discretion of the presiding judge, and is therefore entitled to the high degree of deference outlined in paragraphs 10 and 11 above. As stated by Drapeau J.A. (as he then was) in *Cannon v. Lange et al.* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (QL):

Manifestly, the court's discretion under Rule 22 extends far beyond the immediate disposition of an action, claim or defence: the rule confers a wide discretionary power, the judicious use of which will allow the court to move the action forward in a swift and focused fashion. This comprehensive discretion and the wording of Rule 22.04 have driven this Court to formulate and consistently adhere to a stringent test before the drastic remedy of summary judgment can be granted. [para. 16]

[Emphasis added.]

[16] *Cannon v. Lange* goes on to provide direction on the proper application of Rule 22:

In dealing with any motion for summary judgment, 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. In some cases, perhaps not this one, the evidentiary constraints imposed by Rules 22 and 39.01(4) will make a judgment without trial inappropriate.

Common sense should move the parties to put their best foot forward on a motion under Rule 22. Such a course of conduct is particularly wise for a respondent, since he or she has the most to lose. As stated by the Ontario Court of Appeal in 1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club (1995), 21 O.R. (3d) 547 at 557 in a vernacular expression, the respondent "must lead trump or risk losing." It will rarely be sufficient for the respondent to promise that evidence, which is admissible pursuant to Rule 39.01(4), will be produced at trial: absent a compelling explanation, the respondent is required to produce admissible evidence which will prevent a conclusion that the action or defence is bereft of merit. I have no doubt that, where the ends of justice require, the court will allow all appropriate accommodations including leave to file further affidavit evidence.

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. [paras. 22-24]

[17] In the case before us, the motion judge clearly considered the evidence presented, and did not find the appellant's arguments persuasive. The motion judge concluded that one or more "material facts remain genuinely in dispute" and ruled accordingly. The grounds of appeal advanced by the appellant fall short of meeting the threshold required by the deferential standard of review. I see no reversible error in the decision of the motion judge, and thus no scope for appellate intervention.

V. Disposition

[18] I would dismiss the appeal, and order the appellant to pay costs to the respondent Milemore in the amount of \$3,000, and one set of costs to the respondents Carver and Stewart in the amount of \$1,500. Parenthetically, I note that although Carver and Stewart took no position at the hearing before the motion judge, and adopted the same stance before this Court, they were nonetheless represented by counsel, who filed a brief written submission and appeared at this hearing. As the respondent Fullerton was unrepresented, and furthermore unable to appear on his own behalf owing to illness, no costs are payable to him.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] En 1993, les services de M^e Harold Grew ont été retenus par Larry Fullerton. M^e Grew était chargé de dispenser des services juridiques à la compagnie de M. Fullerton, Milemore Holdings Ltd. (Milemore), dans le contexte de l'acquisition par Milemore d'une entreprise existante. Après un certain nombre d'années, M. Fullerton a avancé que des problèmes liés au travail de Harold Grew s'étaient manifestés, problèmes qui avaient censément causé des dommages à Milemore. Milemore a intenté une action à M^e Grew, qui maintient que cette action est interdite par la loi. Dans la décision portée en appel, un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de première instance, a refusé d'accueillir la motion en jugement sommaire présentée par M^e Grew sur le fondement des règles 22.01(3) et 22.04(1) des *Règles de procédure*. L'autorisation d'appeler obtenue, M^e Grew prie notre Cour d'infirmar cette décision et de rejeter l'action d'origine. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel, avec dépens.

II. Le contexte

[2] Au printemps de 1993, l'intimée Milemore projetait d'acheter un parc de roulottes, situé à Miramichi, qui appartenait à Cymor Ltd. L'intimé Fullerton était, pendant toute la période pertinente, président de Milemore. Comme M. Fullerton avait de la difficulté à obtenir le financement nécessaire à l'achat contemplé, il a demandé l'aide des intimés Carver et Stewart.

[3] Richard Carver et Douglas Stewart, courtiers commerciaux, ont accepté de s'engager dans le projet, et ils ont réussi à obtenir le financement requis pour l'acquisition du parc de roulottes. Ils devaient cependant, pour condition du financement, garantir personnellement le prêt.

[4] MM. Carver et Stewart étaient disposés à donner leurs garanties personnelles pour l'obtention du financement, mais demandaient en retour une certaine protection de la part de Milemore. Le juge saisi de la motion a constaté qu'en réponse à leur demande, M. Fullerton, au nom de la compagnie, avait :

[TRADUCTION]

[...] convenu que Carver et Stewart assumeraient la gestion et l'exploitation du parc de roulottes pendant un an, afin de voir à sa viabilité.

Il a été convenu également qu'une société à dénomination numérique serait constituée, en l'occurrence 054334 N.B. Ltd., et deviendrait une société de portefeuille qui posséderait les actions de Cymor devant être achetées pour réaliser le transfert du parc de roulottes. Il était prévu que Milemore apporterait 65 000 \$ au financement de l'achat des actions de Cymor et que le reste proviendrait d'un prêt de l'établissement financier procuré par Carver et par Stewart, soit le prêt qu'ils avaient convenu de garantir personnellement.

À peu près à cette époque, en juin 1993, Milemore, en la personne de Fullerton, a retenu les services de M^e Harold Grew [l'appelant] et l'a chargé de rédiger une convention de fiducie qui permettrait à Carver et à Stewart de gérer et d'exploiter le parc de roulottes, mais qui protégerait l'intérêt bénéficiaire de Milemore dans le parc.
[Par. 4 à 6]

[5] La convention de fiducie susmentionnée est au centre du litige. Rédigée par M^e Grew, elle a été envoyée à MM. Carver et Stewart, qui l'ont signée. Prié ensuite par M^e Grew de la signer à son tour, M. Fullerton a refusé de passer la convention parce qu'elle le constituait partie au contrat à titre personnel. Il a demandé à M^e Grew de modifier la convention par l'ajout des mots [TRADUCTION] « en fiducie pour Milemore Holdings Ltd. », ce qui devait faire de Milemore, et non de M. Fullerton à titre personnel, la partie responsable. Les changements apportés, M. Fullerton a signé la convention au nom de sa compagnie.

[6] Vu la portée restreinte du présent appel, rien ne sert de relater en grand détail les diverses difficultés auxquelles semble s'être heurtée toute cette entreprise commerciale. Il suffira de dire que l'affaire n'a pas connu le déroulement escompté, et que Milemore a engagé des poursuites contre MM. Carver et Stewart pour violations de la convention de fiducie. Ils avaient refusé de se reconnaître obligés par les dispositions de la convention et maintenaient qu'il existait des [TRADUCTION] « incohérences » entre la version du document qu'ils avaient signée et celle que Milemore avait passée. Pour cette raison, ils estimaient la convention inexécutoire.

[7] M. Fullerton a témoigné qu'il avait demandé [TRADUCTION] « à de multiples reprises » à son avocat, Harold Grew, quelles étaient les [TRADUCTION] « incohérences » dont parlaient MM. Carver et Stewart, et qu'il avait toujours obtenu la même réponse : [TRADUCTION] « Grew a affirmé, à chaque fois, qu'il l'ignorait ». M^e Grew pouvait être appelé à témoigner si des poursuites étaient engagées, et il a fini par informer M. Fullerton que, pour cette raison, il devrait céder sa place à un nouvel avocat. Quelque temps après, le nouvel avocat de M. Fullerton lui a expliqué la nature des incohérences invoquées. Cette compréhension acquise de la situation, Milemore a actionné M^e Grew pour rupture de contrat, violation de son devoir fiduciaire envers elle et négligence dans les conseils qu'il lui avait dispensés.

III. Questions en litige

[8] L'appelant soutient que le juge saisi de la motion :

[TRADUCTION]

1. s'est mal dirigé en droit et a commis une erreur de droit en ne s'appliquant pas à reconnaître les faits précis, qui comprennent des faits importants, sur lesquels repose la demande, de même qu'à déterminer objectivement le moment auquel ces faits importants ont été réellement connus de la demanderesse, ou auraient dû, par l'exercice de diligence raisonnable, être connus d'elle;
2. s'est mal dirigé en droit et a commis une erreur de droit en orientant son analyse vers une considération non

pertinente, soit le caractère suffisant des raisons subjectives avancées par la demanderesse en ce qui a trait à son défaut d'introduire une action en justice dans les six ans de sa connaissance des faits importants sur lesquels repose la présente demande;

3. a commis une erreur de droit, du fait qu'il n'a pas saisi et n'a pas opéré la distinction qui s'impose, à l'égard de la découverte d'une cause d'action, entre connaître les faits importants sur lesquels repose une cause d'action et savoir, ou s'apercevoir, que ces faits peuvent donner lieu à une bonne cause d'action;
4. a commis une erreur de droit en prétendant appliquer un critère subjectif pour déterminer le moment auquel un demandeur a découvert une cause d'action visée aux art. 7 et 9 de la *Loi sur la prescription*.

IV. Droit et analyse

[9] J'estime qu'étudier et analyser un à un les moyens précités n'est pas nécessaire, en ce sens qu'il convient de statuer sur le présent appel sur un fondement beaucoup plus simple : l'application de la norme de contrôle requise à la décision du juge saisi de la motion.

A. *Norme de contrôle*

[10] Pour ce qui est de la norme de contrôle à appliquer dans un cas comme celui-ci, Milemore cite deux arrêts de notre Cour. Le premier est *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, où le juge en chef Drapeau écrit :

[...] L'ordonnance contestée découle essentiellement de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans

l'appréciation de la preuve (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, au par. 43) ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie (voir les propos de R.P. Kerans dans son ouvrage *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton : Juriliber Limited, 1994), aux pages 36 et 37, et ceux de lord Diplock dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (Ch. des lords), à la page 1064). [Par. 4]

[11] Le second arrêt invoqué par Milemore est *Burt c. Boyle et al.* (2011), 382 R.N.-B. (2^e) 206, [2011] A.N.-B. n^o 471 (QL), dont le juge d'appel Richard a rédigé les motifs :

Je souligne toutefois que la norme de contrôle applicable à une mesure réparatoire discrétionnaire est une norme marquée par la déférence. Comme je l'ai déjà dit, également dans le contexte d'une demande d'autorisation d'appeler du refus d'une juge d'ajourner un procès, il est très clair en droit qu'une telle décision « ne doit être modifiée en appel que s'il peut être démontré que la juge saisie de la motion s'est mal enquis du droit et n'a pas respecté les principes qui s'appliquaient, ou si son appréciation de la preuve est erronée au point de créer une injustice » : *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) c. A.R. et al.* (2007), 322 R.N.-B. (2^e) 372, [2007] A.N.-B. n^o 345 (C.A.) (QL), au par. 15.

[...]

À mon avis, un juge de la Cour d'appel devrait hésiter à s'immiscer dans un processus menant à un procès devant la Cour du Banc de la Reine et il y a de solides raisons de principe à cela. Il n'appartient pas à la Cour d'appel de superviser chaque étape du processus d'instruction. On en trouve la confirmation dans l'existence d'une norme de révision des décisions d'ordre discrétionnaire qui, comme je l'ai dit, est marquée par la déférence. [Par. 12 et 16]

B. *Les constatations-clés du juge saisi de la motion*

[12] Les constatations essentielles qui sous-tendent la décision du juge saisi de la motion sont les suivantes :

[TRADUCTION]

Il est à noter que la lettre du 22 février 1999 de Carver et de Stewart adressée à M^e Grew a été reçue près de six ans après que la convention de fiducie a été modifiée et signée par Fullerton et qu'elle avait été mise en œuvre par les parties au cours de cette période. En outre, dans leur lettre du 22 février 1999, Carver et Stewart ne précisent pas la nature des modifications qu'ils allèguent et ne les détaillent pas. Ils mentionnent deux autres sujets de préoccupation qui ne s'y rapportent pas, liés à la convention de fiducie et aux rapports des parties, sur lesquels ils semblent se fonder pour affirmer qu'ils ne sont pas liés par les clauses de la convention. Dans les circonstances, et cela dit sans statuer sur ce point, il est concevable que Fullerton puisse ne pas avoir saisi ce dont parlaient Carver et Stewart lorsqu'ils ont soulevé la question des [TRADUCTION] « modifications » indéterminées de la convention, et qu'il ait compté sur M^e Grew pour obtenir une explication qu'il affirme avoir demandée sans l'avoir jamais reçue.

Jusqu'ici, M^e Grew n'a ni réfuté ni contré la preuve sur laquelle Fullerton se fonde pour formuler ces assertions. Plus précisément, il n'a pas avancé qu'il avait informé son client de la nature des [TRADUCTION] « modifications » ou des [TRADUCTION] « incohérences » que Carver et Stewart invoquaient à l'appui de l'affirmation voulant que la convention ait été inexécutoire. Il a indiqué, en fait, qu'il avait informé Fullerton qu'il pourrait avoir à retenir les services d'un nouvel avocat en raison du différend portant sur la force exécutoire de la convention de fiducie, et que lui, Grew, pourrait avoir à témoigner. [Par. 17 et 18]

[Je souligne.]

Le juge saisi de la motion est arrivé, enfin, à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Dans les circonstances, vu le dossier de la motion, et en l'absence d'une réponse de M^e Grew aux assertions que

Milemore a avancées ici relativement au moment où le préjudice aurait pu être découvert, je suis convaincu que des questions déterminantes restent véritablement en litige pour ce qui est de la défense de prescription et pour ce qui est de la détermination connexe du moment où le préjudice aurait pu être découvert. La motion en jugement sommaire de M^e Grew est donc rejetée. [Par. 24]

C. *Jugement sommaire – règle 22*

[13] La règle 22.01(3) des *Règles de procédure* énonce les paramètres qui déterminent si un jugement sommaire s’offre à un défendeur :

22.01(3) After he has filed and served his Statement of Defence and before the action is set down for trial, a defendant may apply for summary judgment against the plaintiff on the ground that there is no merit to the action, or to one or more claims therein, or to part of any such claim.	22.01(3) Après avoir déposé et signifié l’exposé de sa défense, le défendeur peut, avant la mise au rôle de l’action, demander un jugement sommaire contre le demandeur au motif que l’action est sans fondement ou qu’une ou plusieurs des demandes ne sont pas fondées ou encore qu’une partie d’une de ces demandes ne l’est pas.
---	--

[14] La règle 22.04(1) explique ensuite quelle décision peut être rendue si la motion est accueillie :

22.04(1) Where, on a motion for judgment, the applicant satisfies the court that (a) there is no defence or merit to a claim or part thereof, and (b) the applicant is entitled to judgment, the court may grant judgment.	22.04(1) Si, sur une motion pour jugement, le requérant démontre de façon satisfaisante à la cour a) qu’il n’existe aucune défense ni fondement à la demande ou à une partie de la demande et b) qu’il a le droit d’obtenir un jugement, la cour peut rendre jugement.
---	--

[15] La décision de rendre ou non un jugement sommaire ressortit sans aucun doute au pouvoir discrétionnaire du juge-président et elle appelle, donc, à la haute déférence évoquée aux par. 10 et 11 ci-dessus. Comme l’a indiqué le juge d’appel

Drapeau (tel était alors son titre) dans *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121, [1998] A.N.-B. n^o 313 (QL) :

[TRADUCTION]

Manifestement, le pouvoir discrétionnaire que la règle 22 confère à la cour va bien au-delà du pouvoir de rendre une décision immédiate sur une action, une demande ou une défense : la règle lui confère un vaste pouvoir discrétionnaire et en l'utilisant d'une façon judicieuse, la cour est en mesure de faire avancer l'action avec célérité et précision. Ce pouvoir discrétionnaire étendu ainsi que le libellé de la règle 22.04 ont amené notre cour à formuler et à respecter sans exception un critère rigoureux régissant l'octroi du redressement draconien qu'est le jugement sommaire. [Par. 16]

[Je souligne.]

[16] *Cannon c. Lange* donne ensuite des indications sur l'application appropriée de la règle 22 :

[TRADUCTION]

Lorsqu'elle examine une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, 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. Dans certains cas, mais peut-être pas dans celui qui nous occupe ici, les contraintes qu'imposent les règles 22 et 39.01(4) en matière de preuve font en sorte qu'un jugement sans procès est contre-indiqué.

Le bon sens devrait inciter les parties à faire de leur mieux dans le cadre d'une motion déposée conformément à la règle 22. Une telle attitude est particulièrement sage dans le cas de la partie intimée, puisque c'est elle qui a le plus à perdre. Comme l'a dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club et al.* (1995), 21 O.R. (3d) 547 (C.A.), à la page 557, en employant une expression imagée, l'intimé « doit jouer atout ou risquer de perdre ». Il suffit rarement que l'intimé promette que des éléments de preuve admissibles en vertu

de la règle 39.01(4) seront produits au procès : en l'absence d'une explication convaincante, l'intimé est tenu de produire des éléments de preuve admissibles qui empêcheront le tribunal de conclure que l'action ou la défense est dénuée de tout fondement. Il ne fait aucun doute à mes yeux que lorsque les fins de la justice l'exigent, la Cour autorisera les compromis nécessaires, y compris la permission de déposer d'autres preuves par affidavit.

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. [Par. 22 à 24]

[17] En l'espèce, le juge saisi de la motion a manifestement examiné la preuve présentée, et les arguments de l'appelant ne lui ont pas paru persuasifs. Le juge a conclu qu'un ou plusieurs [TRADUCTION] « faits déterminants rest[aient] véritablement en litige » et il a statué en conséquence. Les moyens avancés par l'appelant ne satisfont pas au critère préliminaire imposé par la norme de contrôle applicable, qui est empreinte de déférence. Il m'apparaît que la décision du juge saisi de la motion ne trahit aucune erreur justifiant son infirmation et que, par conséquent, rien n'autorise l'intervention de la juridiction d'appel.

V. Dispositif

[18] Je suis d'avis de rejeter l'appel, et d'ordonner que l'appelant verse des dépens de 3 000 \$ à l'intimée Milemore et des dépens de 1 500 \$, en une seule masse, aux intimés Carver et Stewart. Par parenthèse, je signale que MM. Carver et Stewart, bien qu'ils ne se soient pas engagés dans le débat devant le juge saisi de la motion et qu'ils aient fait de même devant notre Cour, étaient néanmoins représentés par un avocat, qui a déposé un bref mémoire et qui a comparu lors de l'audience. Étant donné que l'intimé

Fullerton n'était pas représenté, et qu'en outre il ne pouvait comparaître en son propre nom en raison de maladie, l'appelant n'aura pas à lui verser de dépens.