

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

6-13-CA

NEW BRUNSWICK REAL ESTATE
ASSOCIATION

ASSOCIATION DES AGENTS IMMOBILIERS
DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

LARRY ESTABROOKS

LARRY ESTABROOKS

RESPONDENT

INTIMÉ

New Brunswick Real Estate Association v.
Estabrooks, 2014 NBCA 48

Association des agents immobiliers du Nouveau-
Brunswick c. Estabrooks, 2014 NBCA 48

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
December 18, 2012

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 18 décembre 2012

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2012 NBQB 407

Décision frappée d'appel :
2012 NBBR 407

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
September 24, 2013

Appel entendu :
le 24 septembre 2013

Judgment rendered:
July 17, 2014

Jugement rendu :
le 17 juillet 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson

Souscrit aux motifs :
l'honorable juge Robertson

Dissenting reasons by:
The Honourable Justice Bell

Motifs dissidents :
l'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
John D. Townsend, Q.C. and
Trisha E.M. Gallant LeBlanc

Pour l'appelante :
John D. Townsend, c.r., et
Trisha E.M. Gallant LeBlanc

For the respondent:
G. Robert Basque, Q.C.

Pour l'intimé :
G. Robert Basque, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs.

L'appel est accueilli avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] This is an appeal from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench, dated December 18, 2012, in which he determined that the appellant, the New Brunswick Real Estate Association (NBREA), had maliciously prosecuted the respondent, Larry Estabrooks, with respect to a written complaint. In appealing the finding of liability for the quasi-criminal tort of malicious prosecution against Mr. Estabrooks, the NBREA relied on a number of grounds of appeal. I find it necessary to deal with only one of those grounds: that which questions whether the trial judge made an error of law in applying the requisite legal test for malicious prosecution and the larger issue of whether a claim for malicious prosecution should be permitted against a provincial self-regulating governing body such as the NBREA.

[2] For the following reasons, I am of the view that the appeal should be allowed. First, in my opinion, the discipline committees of self-regulating provincial professional associations cannot be sued by way of - and cannot be found liable for - the tort of malicious prosecution. Second, even if the tort were available in such circumstances, on the present facts, the case has not been made out.

I. The Context

[3] The allegation of the tort of malicious prosecution arose on January 14, 2002, when the former NBREA Registrar/Executive Director, Louise McSheffrey, received a written complaint from a member of the Board of Directors of the NBREA against Mr. Estabrooks, dated January 11, 2002.

[4] At the time of the complaint, Mr. Estabrooks was the president of NBREA, and the complaint lodged by the Board member was that Mr. Estabrooks allegedly breached his fiduciary duties by disclosing on his personal website confidential

information relating to the NBREA, which he had learned in his capacity as president, and by refusing to comply with a Board motion directing him to provide a letter of apology to a fellow Board member.

[5] The complaint and discipline process of the NBREA is set out in *The New Brunswick Real Estate Association Act*, S.N.B. 1994, c. 115 (the *Act*). The Complaints Committee, established in s. 20(1), is comprised of three members: a member of the Board, appointed by the Board, who serves as Chairperson; a member of the NBREA, appointed by the Board; and a non-member of the NBREA, appointed by the Minister of Justice and Consumer Affairs.

[6] Under s. 21(1) of the *Act*, upon receipt of a written complaint filed with the Registrar, the Complaints Committee must first ensure that the member against whom the complaint has been made receives a copy of the complaint and has an opportunity to respond. Then it is required to consider and investigate the conduct or competence of the member. Its task is to consider whether there is sufficient information to reasonably support a complaint of professional misconduct or incompetence. I reject the notion the NBREA put forward in its submission that this is akin to a criminal preliminary hearing because, according to s. 21(2) of the *Act*, it is not required to hold a hearing or give a member an opportunity to make oral submissions before making a decision.

[7] In this case, the Registrar provided Mr. Estabrooks with a copy of the complaint and gave him at least two weeks to respond to it. As a result of potential conflicts of interest, the Complaints Committee chairperson, another member and the alternate member were replaced. On September 25, 2002, the newly constituted Complaints Committee met and decided to send the complaint to the Discipline Committee, as it was empowered to do pursuant to s. 21(3)(a) of the *Act*. On November 21, 2002, in a revised decision, the Complaints Committee confirmed that it was only the second part of the complaint that was being forwarded to the Discipline Committee: the refusal on the part of Mr. Estabrooks to write a letter of apology. The Complaints Committee did not consider the first part of the complaint to be within its jurisdiction.

[8] The Discipline Committee, created under s. 22 of the *Act*, consists of five members, four members of the NBREA appointed by the Board and one person, not a member of the NBREA, appointed by the Minister. When directed by the Complaints Committee, it is obligated to hear and determine the allegation of professional misconduct or incompetence against a member (s. 23(1)(a) of the *Act*).

[9] On January 14, 2003, the Discipline Committee held a hearing and found Mr. Estabrooks had engaged in professional misconduct. Mr. Estabrooks appealed this decision to the Court of Queen's Bench pursuant to s. 25(1) of the *Act*, and a judge of the Court allowed the appeal, finding that the complaint was one relating to governance and, therefore, the Discipline Committee did not have jurisdiction to hear it.

[10] On January 12, 2009, Mr. Estabrooks sued the NBREA for malicious prosecution. The trial lasted three days. Mr. Estabrooks and a Board member testified on his behalf. The NBREA called the Registrar.

[11] The judge rendered a 44 page, 167 paragraph decision concluding that the NBREA was liable for the quasi-criminal tort of malicious prosecution against Mr. Estabrooks. One hundred and five paragraphs of the decision were direct reproductions (cut and pasted) from the Pre-Trial and Post-Trial Briefs submitted by the parties, the vast majority being from the respondent. Of the remaining 62 paragraphs, 23 dealt with contentious issues.

II. Grounds of Appeal

[12] The NBREA relies on three grounds of appeal:

1. That the trial judge's recital of the written submissions as his reasons for judgment is cogent evidence that a reasonable person, apprised of all the relevant circumstances would conclude that he failed to come to grips with the issues and decide them impartially and

independently, which necessitates a new trial; and, alternatively;

2. That the trial judge made errors of law relating to the law of vicarious liability, whether the requisite legal test for malicious prosecution had been met and in interpreting those provisions of the *Act* relating to the role of the Registrar in relation to complaints; and
3. That the trial judge made various palpable and overriding errors of fact and mixed law and fact when drawing an adverse inference of malice or improper purpose against the Registrar.

III. The Issue

[13] The appellant argues that the trial judge was induced into making three serious errors in law because he made the procedural error of cutting and pasting large parts of the respondent's written submissions (the NBREA goes so far as to argue that because of this we cannot rely on any part of this decision). For the purposes of this appeal, I do not find it necessary to engage in an analysis of the structure of the trial judge's decision. In my opinion, that issue is of secondary importance. The more significant issue is that the trial judge erred in law in his determination of the extent to which the tort of malicious prosecution in civil proceedings applies to provincial self-regulating disciplinary committees, and that he erred in law and in mixed law and fact in applying the test to the particular facts of this case.

[14] With respect to the appellant's first ground of appeal, I will limit my comments to the following: trial judges should be aware that it is desirable that they express their conclusions in their own words. If they decide to cut and paste large portions of parties' submissions they will be scrutinized in accordance with the Supreme Court of Canada's decision of *Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] S.C.J. No. 30 (QL), to determine if the incorporation is such that a reasonable person would conclude that the judge did not put his or her mind to the issues and decide them independently and impartially. If so, the

judgment can be set aside: “[t]he onus is on the person challenging the judgment to rebut the presumption with cogent evidence showing that a reasonable person apprised of all the relevant circumstances would conclude that the judge failed to come to grips with the issues and decide them impartially and independently” (para. 22). As noted by McLachlin C.J. for a unanimous Court, extensive copying is to be discouraged, but lack of originality does not, in and of itself, rebut the presumption of judicial impartiality and integrity (para. 36).

[15] The approach that I take in this appeal is to zero in on the tort of malicious prosecution: does it apply in these circumstances, and, if so, has the test been met? More specifically, was the four-part test in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, [1989] S.C.J. No. 86 (QL) met in interpreting those provisions of the *Act* relating to the role of the Registrar in relation to complaints?

IV. Standard of Review

[16] In *Godin v. Star-Key Enterprises and Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 N.B.R. (2d) 180, this Court stated that the starting point of any appellate analysis is always the identification of the standard of review applicable to each question raised on appeal:

[...] As Drapeau, C.J.N.B. pointed out in *Roy v. Doucet* (2005), 288 N.B.R. (2d) 12, 2005 NBCA 84 at para. 13, “[t]he merits of the appellant’s appeal stand to be assessed through the prism of the particular standard that governs the review on appeal of each question raised.” [para. 7]

The standard of review is determined on the basis of the type of question that must be resolved on appeal. For pure questions of law, the basic rule with respect to the review of a trial judge’s findings is that an appellate court is free to replace the opinion of the trial judge with its own, i.e. the standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8. Questions of mixed fact and law involve applying a legal standard to a set of facts. With respect to standard of review, such matters lie along a

spectrum (para. 36). Where, for instance, an error with respect to a finding can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law and will also be subject to a standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, at para 36; *Doiron v. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 N.B.R. (2d) 79, at para. 70, per Richard J.A.; and *LeBlanc v. Fundy Drywall Ltd. and Allain*, 2014 NBCA 2, 414 N.B.R.(2d) 339, at para. 12, per Quigg J.A.

V. Analysis and Decision

[17] At the outset it must be noted Mr. Estabrooks did not plead vicarious liability. Nor did he join individuals in the malicious prosecution action. Neither the complainant, the lawyer who handled the complaint, nor the Registrar, is named as a party, so in the case at bar, the allegation of malicious prosecution was made solely against the NBREA. This raises the question of whether the NBREA can be found guilty of the quasi-criminal tort of malicious prosecution for things it did as a corporation. Is there direct tort liability against a corporation, or must it be established through the corporate actor by way of the vicarious liability mechanism? I will address this issue when discussing the particular application of the *Nelles* test to the case at bar.

[18] The tort of malicious prosecution has existed for centuries. As Lord Sumption explains in *Crawford Adjusters and others v. Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17, [2013] 4 All ER 8, a Privy Council Appeal from the Cayman Islands Court of Appeal, it arose for a particular purpose:

[The tort] arose out of the peculiarity of English legal history that until the creation in the 1830s of the first public police forces with prosecuting powers, almost all prosecutions were private prosecutions. They were brought by private individuals, generally the victims, or occasionally by public officers in their personal capacity. The private prosecutor nevertheless brought his indictment in the name of the Crown, and performed an essentially public function. The fact that the state's coercive powers

were invoked by a private individual, who controlled both the initiation and conduct of the proceedings, gave rise to frequent abuse, which was a constant preoccupation of the law from the thirteenth to the nineteenth centuries. It led to the early development of the tort of conspiracy, one of the first torts to be recognised in English law. Originally statutory, but subsequently developed by the common law in the course of the fourteenth and fifteenth centuries, the essential features of the early tort of conspiracy was the combination of two or more persons falsely and maliciously to indict or appeal another person of treason or felony: see Holdsworth, *A History of English Law*, 2nd ed, viii (1937), 378-379, 385, and the citation from *March's Actions for Slander* at p 385n⁵. It was not available for the malicious prosecution of civil actions. [para. 136]

[19] John G. Fleming, in *The Law of Torts*, 9th ed. (New South Wales: The Law Book Company Ltd., 1998) describes the tort of malicious prosecution in this way:

1. Malicious prosecution

The tort of malicious prosecution is dominated by the problem of balancing two countervailing interests of high social importance: safeguarding the individual from being harassed by unjustifiable litigation and encouraging citizens to aid in law enforcement. On one side, it needs no emphasis that the launching of scandalous charges is apt to expose the accused to serious injury, involving his honour and self-respect as well as his reputation and credit in the community. Malicious prosecution, therefore, bears close resemblance to defamation, both being infringements of essentially the same complex of interests on the part of the plaintiff. On the other side, however, is the competing interest of society in the efficient enforcement of the criminal law, which requires that private persons who cooperate in bringing would-be offenders to justice, no less than prosecutors, should be adequately protected against the prejudice which is likely to ensue from termination of the prosecution in favour of the accused. Moreover, there exist other sanctions against misconducting informants. So much weight has been attached to this consideration that the action for malicious prosecution is held on tighter rein than any other in the law of torts. [...] Thus, malicious prosecution has remained a distinct cause of action which

in several particulars, notably in the allocation of the burden of proof and the functions between judge and jury, affords greater protection to private persons who initiate criminal proceedings than is accorded by conditional privileges to publish defamation. [pages 673-674]
[Emphasis added.]

[20] At common law, the Crown was wholly immune from civil liability, including actions for malicious prosecution. This state of affairs endured until the mid-twentieth century, when Canadian governments began to adopt Crown liability legislation. These statutes gave rise to a divergence of opinion over whether the immunity from civil liability historically afforded Crown prosecutors should continue: *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 43. The Supreme Court of Canada resolved the debate in *Nelles*. In that landmark decision, it determined that Attorneys General and Crown Attorneys would no longer enjoy absolute immunity from suits for malicious prosecution and set out the requisite standard for Crown liability under the pre-existing four-part test (*Miazga*, at para. 4).

[21] In *Nelles*, a nurse had been charged with the murder of four infants and was discharged on all counts at the conclusion of the preliminary inquiry. She then brought an action against the Crown in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, and several police officers, alleging that the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, counselled, aided and abetted the police in charging and prosecuting her and that the Attorney General and the Crown Attorneys were actuated by malice. Lamer J. (as he then was), noted how difficult it would be for a plaintiff to succeed in a malicious prosecution claim against an Attorney General or Crown Attorney, but concluded that public trust and confidence in the impartiality of prosecutors, and the principle of equality under the law, favoured the abolition of the absolute immunity (paras. 45-56). Justice L'Heureux-Dubé, in dissent, upheld the immunity claim. She based that opinion on authority and the public good, holding that strong policy reasons existed for granting Attorneys General and Crown Attorneys immunity from prosecution for actions taken in the proper exercise of their powers (para. 95). However, the message from the Court is

loud and clear. Despite the absence of an absolute immunity, it will be very difficult to succeed in a malicious prosecution claim against an Attorney General or Crown Attorney.

[22] In *Nelles*, the Supreme Court defines and circumscribes the action of malicious prosecution in this manner:

There are four necessary elements which must be proved for a plaintiff to succeed in an action for malicious prosecution:

- a) the proceedings must have been initiated by the defendant;
- b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;
- c) the absence of reasonable and probable cause;
- d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect. [para. 42]

For an application of the test, the reader is referred to *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9 and *Miazga*.

[23] It is the last two requirements that have posed the greatest difficulties. The third element requires the defendant to prove a negative, the absence of reasonable and probable grounds for initiating the proceedings. The fourth, proof of malice or an improper purpose, is in my view the most difficult requirement, and I will focus on it in my analysis of the application of the test to the case at bar. As defined by Lamer J., the plaintiff must establish that the Attorney General or Crown Attorney “perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so ... perverted or abused his office and the process of criminal justice” (para. 45). In *Proulx*, Iacobucci and Binnie JJ., speaking for the majority, noted that a suit for malicious prosecution must be based on “more than recklessness or gross negligence ... [I]t requires evidence that reveals a willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the

criminal justice system” (para. 35). In *Miazga*, the Supreme Court’s latest pronouncement on malicious prosecution, the Court noted that the tort will provide a remedy when a Crown prosecutor’s actions are “so egregious that they take the prosecutor outside his or her proper role as minister of justice” (para. 51). Put this way, it is easy to understand why public policy does not require immunity for such conduct and to see that it is unlikely that claims for malicious prosecution will be successful.

[24] The tort of malicious prosecution also requires proof that the plaintiff suffered damage as a result of the prosecution itself. Actual injury is required: Fleming, at page 686. Thus, the action is confined to those types of prosecutions which rob the plaintiff of her or his liberty or damage her or his reputation or pecuniary interests: *Lee v. Hopedain International Holdings Inc.*, [1997] B.C.J. No. 1633 (S.C.) (QL) at para. 94, citing *Butterfield v. Butterfield*, [1993] B.C.J. No. 2770 (S.C.) (QL).

[25] While the availability of the tort of malicious prosecution was somewhat expanded by *Nelles*, it remains largely restricted to cases involving criminal prosecutions. Fleming notes that efforts to extend the action to wrongful civil proceedings have encountered “anything but enthusiastic response” (page 675). The remarks of Lander J. in *Norman v. Soule*, [1991] B.C.J. No. 2061 (S.C.) (QL), serve as an example of this judicial reluctance:

Courts in both Canada and the U.K. have cast doubt upon the sustainability of actions in malicious prosecution arising out of a civil action. [...] The Courts should be just as reluctant to countenance reliance [on] malicious prosecution in civil suits as they are to permit its use in criminal matters.

[...] Public policy favours this approach. [P]laintiffs might be discouraged from pursuing their legal rights if they were to believe that failing to prove their case could give rise to liability in malicious prosecution. This chilling effect on prosecutions is the main argument for routinely denying its use to individuals who are acquitted in criminal law prosecutions (save in exceptional cases, e.g. the Susan Nelles case). Furthermore, since many defendants are

disgruntled at being sued, the Courts might be expected to be deluged with claims of this sort, thereby interfering with their handling of more urgent matters.

For these and other reasons the Courts have required defendants who have been unfairly harmed to come within the protection of the law of defamation instead.

[...]

To summarize, malicious prosecution exists almost exclusively in the realm of the wrongful bringing of criminal charges where the motivation to do so is malicious. A like cause of action in civil proceedings is extremely rare. The Courts are more prone to view vindication in a civil proceeding as the antidote to the poison of an unsubstantiated claim or to see a wronged defendant's remedy in slander.

[Emphasis added.]

[26] Lewis N. Klar, in *Tort Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2012), writes that malicious prosecution is intended to provide a remedy for damages suffered by a person as a result of having been unjustifiably prosecuted. It is not, he says, intended that “every unsuccessful legal action instituted against a person should result in a malicious prosecution claim merely because the defence of the action caused the person sued inconvenience or expense” (page 68). He further notes that whether an action for malicious prosecution can be brought in cases of ordinary civil proceedings is still somewhat of an “open question”, but “the weight of authority seems to be against it” and Canadian authorities have generally adopted a restrictive approach (page 69).

[27] Generally, statutory professional organizations have been held not liable for damages for the erroneous exercise of judgment in *quasi*-judicial matters, providing they have acted *bona fide* and without malice: James T. Casey, *The Regulation of Professions in Canada*, loose-leaf, (Toronto: Carswell, 1994), at 11-32. Not long after *Nelles*, however, courts were invited to extend the scope of malicious prosecution even further, from criminal prosecutions to “civil” prosecutions in the context of professional disciplinary proceedings: *Stoffman v. Ontario Veterinary Association*, [1990] O.J. No.

1151 (H. Ct. J.) (QL)). Based on that decision, some Canadian courts have been willing to allow actions for malicious prosecution in such circumstances, though the onus on the plaintiff remains high. The Supreme Court has not yet had the occasion to clarify whether there is an absolute privilege for participants in a professional discipline process (Casey, at 11-36).

[28] In the case at bar, Mr. Estabrooks suggests that the NBREA can be held liable for malicious prosecution for the acts committed by those involved in its professional discipline process. The NBREA submits that the existing legal test for malicious prosecution, as expressed by the Supreme Court in *Nelles* in a prosecutorial context, is difficult to apply to provincial self-regulating professional associations that have statutory complaints and discipline processes.

[29] The trial judge framed the question as: Is a claim for malicious prosecution admissible against a self-regulating body such as the NBREA? He answered in one short paragraph:

Case law in Canada supports the view that actions in malicious prosecution can be taken against self-regulating professions such as NBREA. [para. 28]

[30] He goes on to explain that:

Disciplinary proceedings are quasi-criminal and self-regulating bodies have authority to impose sanctions up to and including exclusion from their practicing bodies. Therefore proceedings undertaken under false pretences, or maliciously, are actionable. [para. 29]

[31] As this is a case of first impression for this Court, a review of the existing authorities is in order. The trial judge finds support for this proposition in *Benalcazar v. Tahtadjian*, [1997] O.J. No. 4498 (Ct. J.) (QL), which was a six paragraph endorsement by a judge of the Ontario Court of Justice, General Division, affirming a trial judge's decision in which the patient of a dentist made a complaint of professional misconduct

against him shortly after the dentist sued the patient for unpaid professional services in a small claims action. The dentist sued the patient in nuisance. The Court found in the endorsement the tort was that of malicious prosecution, not nuisance, and that such an action could be based on proceedings before a disciplinary body. In that case the judge states:

I rely on *Stoffman v. Ontario Veterinary Association* (1990), 73 O.R. (2d) 737 (Div. Ct.) as authority for the proposition that an action for malicious prosecution does not have to be based on a prior criminal prosecution but may also be based on proceedings before a disciplinary body. I also rely on that case for the proposition that in such an action the plaintiff can recover the cost of defending himself in the disciplinary proceedings. [para. 5]

[32] In *Stoffman*, a preliminary motion was made seeking dismissal of a malicious prosecution action against a professional association on the basis that it enjoyed absolute immunity from such a suit on policy grounds. Stoffman was a veterinary surgeon and a member of the Ontario Veterinary Association. A complaint was lodged against Stoffman with the Association after a dog which was being boarded with his animal hospital was lost while being taken for a walk and subsequently found dead. The Association decided not to refer the matter to the Council of the Association for a disciplinary hearing, but after the dog's owners laid a second complaint, the matter was reviewed by the Executive Committee, which met with the owners in the absence of Stoffman and decided to proceed with a disciplinary hearing. Stoffman was charged with unprofessional conduct. He was found not guilty after a full disciplinary hearing and sued the Association for damages for malicious prosecution. The trial judge held there were policy reasons why such an action should not lie against a self-regulating professional association for disciplinary proceedings against one of its members. The action was dismissed. Stoffman appealed, and the appeal was allowed.

[33] To my knowledge, the only prior authority on point was *McCarthy v. Barter* (1895), 15 C.L.T. 198 (N.W.T. S.C.), a judgment of the Supreme Court for the Northern Alberta Judicial District. The *Stoffman* Court's ultimate rationale was that in

view of the decision of the Supreme Court of Canada in *Nelles*, if an action for malicious prosecution can lie even against the Attorney General and his agents, there cannot be any policy reason why a professional disciplinary body should have absolute immunity from such suits. The Divisional Court further found that for an action for malicious prosecution to lie, it is not necessary for the “prosecution” to have been a criminal one. A complaint which tended to slander Stoffman’s professional and personal character constituted the type of prosecution that could support an action for malicious prosecution. Further, Stoffman was put to the expense, aggravation and disturbance of retaining counsel and defending himself against having his professional career adversely affected.

[34] Similarly in *Griffin v. Summerside (City)*, 2008 PESCAD 14, [2008] P.E.I.J. No. 46 (QL), a case in which charges were laid for breach of regulations in relation to the conduct of police officers, the majority comments:

It is now well settled that professional disciplinary bodies and individuals with the authority to initiate proceedings before such bodies do not have immunity from suits for malicious prosecution. See: *Stoffman v. Ontario Veterinary Association* [...]. The charges that were initiated and continued against Griffin by Arsenault for breach of the regulations in relation to the conduct of its police officers are, in effect, charges relating to discipline. [para. 12]

[35] In *Khanna v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1999] O.J. No. 2311 (Sup. Ct. J.) (QL), allegations of professional misconduct on the part of the plaintiff dentist were referred to the defendant College’s Discipline Committee for a hearing and disposition. One of the defendants, B, was the lawyer retained by the College to represent its interests in the disciplinary proceedings. After a hearing, the Discipline Committee terminated the disciplinary proceeding. The plaintiff brought an action against the College and B, among others, alleging breach of the duty of fairness and the rules of natural justice, negligence, malicious prosecution, conspiracy, interference with economic relations, abuse of process and violations of his rights under the Canadian Charter of Rights and Freedoms. B brought a motion to strike out the statement of claim against him as disclosing no reasonable cause of action. His motion was granted. The

Court found s. 38 of the *Regulated Health Professions Act*, 1991, S.O. 1991, c. 18 provides that no action for damages shall be instituted against the College or an agent of the College for an act done in good faith in the performance or intended performance of a duty or in the exercise or the intended exercise of a power under a health profession *Act*, or for any neglect or default in the performance or exercise in good faith of the duty or power. B was an “agent” of the College within the meaning of s. 38 in respect of all his contact with the plaintiff. There was no allegation in the statement of claim that B did something outside of the prosecutorial process. Section 38 provided immunity to B from any liability arising from the College’s prosecution unless the plaintiff could prove that B acted maliciously or in bad faith. Although the statement of claim contained several allegations of bad faith or malice, mere allegations in the statement of claim were insufficient. Specific facts had to be alleged to support the claim. The claim did not plead facts which, if true, would satisfy a necessary element of the cause of action advanced to the extent that it was based upon alleged bad faith or malice.

[36] In the event the plaintiff did plead facts supporting his allegations of malice against B, he also had to plead some tortious conduct of B to support a claim for damages. There is no action in law for damages for breach of the duty of fairness or breach of the rules of natural justice. Since negligence implies an absence of intent, s. 38 of the *Act* was applicable to provide immunity against the plaintiff’s claim for damages for negligence. The necessary elements of the torts of conspiracy, malicious prosecution, interference with economic relations and abuse of process were not pleaded as against B. The *Charter* did not apply to B as he was not a government actor. The statement of claim disclosed no reasonable cause of action against B.

[37] On appeal, *Khanna v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [2000] O.J. No. 946 (C.A.) (QL), leave to appeal to SCC refused, [2000] S.C.C.A. No. 244, in an endorsement, the Court stated that although the case against the defendant [B] is framed in malicious prosecution, it was a novel case because it is brought against a solicitor who did not institute the disciplinary proceedings against the plaintiff but took over the prosecution and conducted it thereafter on behalf of the Royal College of Dental

Surgeons until its unsuccessful termination. However, novelty is not a bar to an action at the pleading stage. In the majority's view, the pleadings, if they can be proven, could constitute a case of malicious prosecution. It is not clear if this matter ever actually went to trial.

[38] In *Alevizos v. Manitoba Chiropractors Assn.*, 2009 MBQB 116, [2009] M.J. No. 154 (QL), several allegations of professional misconduct on the part of a chiropractor were made to the Manitoba Chiropractors Association (MCA). An Inquiry Committee found that he had breached his professional obligations, but was not guilty of professional misconduct and dismissed the charges against him. The MCA appealed to the Court of Queen's Bench, which found, based on the factual findings of the Inquiry Committee, Alevizos must have been guilty of professional misconduct. The Court of Appeal restored the finding of the Inquiry Committee on jurisdictional grounds. Alevizos then launched an action against the MCA and its members for negligence, misfeasance in public office, civil conspiracy and malicious prosecution. The Court noted that "[t]here have been a number of cases where actions for malicious prosecution have been upheld against professional regulators similar to the MCA", citing *Stoffman, Khanna, and Bainard v. Toronto Police Services Board*, [2002] O.J. No. 2765 (Sup. Ct. J.) (QL) (para. 64). It applied the test in *Nelles*, but determined, on the facts, there was no malicious prosecution. The defendants had an honest belief that the proceedings needed to take place and, given the plaintiff's apparent behaviour, had reasonable and probable grounds to proceed.

[39] As noted by the Supreme Court in *Nelles*, the burden on the plaintiff in a claim for malicious prosecution is "onerous and strict" (para. 52). Though some courts are willing to allow that an action for malicious prosecution with respect to professional discipline hearings is permissible, proving such claims on the facts can be difficult: *Alevizos; Bainard; Roach v. Long*, [2000] O.J. No. 3588 (Sup. Ct. J.) (QL); and *Symington v. Halifax (Regional Municipality)*, 2011 NSSC 474, [2011] N.S.J. No. 702 (QL).

[40] What precedential value do these cases have? I am not convinced that the law in Canada is now settled such that professional disciplinary bodies and individuals who initiate proceedings before such bodies do not have immunity from suits for malicious prosecution. The majority of the cases cited in support of this proposition cite *Stoffman*, a single case of the former High Court of Justice, now the Supreme Court of Ontario, as authority. The proposition has received appellate consideration in only two other jurisdictions, Nova Scotia and Prince Edward Island. Of course even these views, though informative, are not binding on this court. Remember, also, that in this case the proceeding was commenced by a written complaint to the Registrar by another Association member and it is the NBREA itself that is sued without vicarious liability having been pled. Indeed, one must question whether an action for vicarious liability can be sustained having regard to the fact the pleadings did not name individuals upon whom primary liability could have been sustained. So, while I agree that the provincial self-regulating disciplinary bodies, like Crown prosecutors, should not be given an absolute immunity from tortious liability for misuse of their power, that tortious liability should not be framed in malicious prosecution. I am persuaded in this opinion by two English authorities.

[41] These English cases were not cited to us, and do not appear to have been considered by Canadian courts, but they are informative of the state of the law in this area. In *Gregory v. Portsmouth City Council*, [2000] UKHL 3, [2000] 1 AC 419, the question arose whether the tort of malicious prosecution is in law capable of extending to the malicious institution of domestic disciplinary proceedings by a local authority against a counsellor. Lord Steyn, in concluding that the tort of malicious prosecution does not extend to disciplinary proceedings, considered other torts, namely defamation, malicious falsehood, conspiracy, and misfeasance in public office, which offer protection for the interests of an individual damaged by disciplinary hearings mounted without justification and maliciously. He also points out:

In English law the tort of malicious prosecution has never been held to be available beyond the limits of criminal proceedings and special instances of abuse of civil legal

process. Specifically, it has never been extended to disciplinary proceedings of any kind. On the contrary, it has been stated by the House of Lords that this tort does not extend to disciplinary proceedings.

[...]

Given that the tort has never in England been held to extend beyond legal proceedings the proposed development would be a radical reform. Moreover, it is significant that, counsel have been unable to find any decided cases in Australia, Canada, and New Zealand which extend the tort to disciplinary proceedings. While the modern tort books published in these countries almost universally criticise the rule, or apparent rule, precluding actions for malicious prosecution in civil proceeding, there is no hint of any development of the boundaries of the tort beyond legal proceedings, or any call for such a development: see Fleming, *The Law of Torts* 9th ed., (1998), pp. 673-688; Balkin, *Law of Torts*, 2nd ed. (1996), pp. 709-723 (Australia); Klar, *Tort Law*, 2nd ed., (1996), pp. 55-61 (Canada); Todd, *The Law of Torts in New Zealand*, (1997), pp. 980-1002. The absence of such authority in Commonwealth countries with legal systems more akin to ours than the United States system may justify an initial scepticism as to the need and feasibility of such a reform.

[42]

Lord Steyn concludes:

So far I have looked at the matter from the point of view of Mr. Gregory's allegations. But a broader approach is required. One must consider the generality of cases of groundless disciplinary proceedings. For my part the existence of closely related torts, which protect individuals subjected to unwarranted and malicious [...] disciplinary proceedings, destroys the simplistic case that there is no alternative remedy. Indeed, it makes it unnecessary and undesirable to make the extension of the tort malicious prosecution advocated by counsel. If the existing protection afforded to such victims by other torts is shown by the experience of the courts to be inadequate a better solution may be the development of other torts, such as the Court of Appeal undertook in *Khodaparast v. Shad*. For these reasons I would hold that the tort of malicious prosecution does not extend to disciplinary proceedings.

[...]

I am not persuaded that the general extension of the tort to civil proceedings has been shown to be necessary if one takes into account the protection afforded by other related torts. I am tolerably confident that any manifest injustices arising from groundless and damaging civil proceedings are either already adequately protected under other torts or are capable of being addressed by any necessary and desirable extensions of other torts. Instead of embarking on a radical extension of the tort of malicious prosecution I would rely on the capacity of our tort law for pragmatic growth in response to true necessities demonstrated by experience.

[43] In *Crawford*, a 2013 Privy Council case, the issue was whether the scope of the tort of malicious prosecution should be extended to civil proceedings. In 2005, hurricane Ivan made landfall on the Cayman Islands and caused severe damage to property, including a development of 35 residential units in six two-story blocks on the shore, insured by the respondent, Sagicor General Insurance. Mr. Paterson was a chartered surveyor resident of the Cayman Islands and was the local adjustor for Sagicor. Frank Delessio was its senior vice president. It is clear he wanted to ruin Mr. Paterson: in July 2005 he said he intended to drive Mr. Paterson out of business and destroy him financially. He set about his mission in a determined fashion, engaging lawyers, having private investigators carry out surveillance of his intended victim, meeting a senior police officer about possible criminal activity on Mr. Paterson's part and issuing proceedings against him alleging fraud and conspiracy. Delessio also caused an immensely damaging article concerning the allegations made against Mr. Paterson in the proceedings to be published in the local press.

[44] It was not in dispute that the action brought by Sagicor and the publication of the article caused enormous damage to Mr. Paterson's professional reputation and that his business suffered hugely. Days before the trial, the plaintiffs discontinued and Mr. Paterson was allowed to amend his counterclaim against Sagicor for malicious prosecution and/or abuse of process. The trial judge dismissed the action on the basis the present state of the law did not allow extension of the tort to civil proceedings. He fixed

the amount of professional losses suffered by Mr. Paterson at CI \$1.3m. He also found if Mr. Paterson had been able to maintain an action for abuse of process or malicious prosecution, damages of CI \$35,000 would have been awarded for the distress, hurt and humiliation that he suffered. His decision was confirmed on appeal. On appeal to the Privy Council, for the majority, Lord Wilson, in granting the relief sought, summarized the conclusions he drew with respect to malicious civil prosecutions:

(a) For my part, I am convinced that the common law originally recognised that the tort of malicious prosecution extended as much to that of civil as to that of criminal proceedings.

(b) But the early availability of an order for costs in favour of a successful defendant of civil proceedings often disabled him from proving the damage required by the tort, which for that reason, as well as for others, became – in practice – mainly focussed on criminal proceedings.

[...]

(e) Insofar as the rationale for the tort of malicious prosecution is the inability of a successful defendant to sue a claimant for defamation in respect of allegations made maliciously in legal proceedings, it applies as much to civil as to criminal proceedings.

(f) In that (as Lord Steyn suggested in the Gregory case: see para 37 (b) above) a distinctive feature of the tort is that the defendant has abused the coercive powers of the state, it applies as much to civil as to criminal proceedings. There is no principle behind a redefinition of the distinctive feature as being an abuse of the coercive powers of the state only in criminal proceedings: that would be to generate a delineation of the contours of the tort in line only with what the draftsman of the redefinition subjectively preferred.

(g) Irrespective of the malice which may prompt assertions made in a defence and of the damage which may thereby be done to another person, it may be that defendants, like witnesses, cannot be said to be abusing the coercive powers of the state. They may therefore be beyond reach of the tort and their immunity may remain absolute. But I would leave

this point open, as, albeit with a different emphasis, does Lord Kerr at paras 111-113.

(h) If no tort other than malicious prosecution is available to remedy the sort of wrong done to Mr. Paterson, Lord Steyn's observations in the Gregory case form no impediment to its recognition. On the contrary, they encourage it.

(i) A tort of malicious prosecution of civil proceedings should enable a claimant to recover damages for foreseeable economic loss beyond out-of-pocket expenses.

(j) The arguments of policy against restoration of a general tort of malicious prosecution of civil proceedings are worthy of respect but they are insufficiently strong to override the rule which has first claim. Perhaps also they fail to allow for the height of the hurdles which, as Lord Kerr explains in paras 109 and 110, confront a claimant in establishing, or even mounting an arguable case, not only that the defendant's action lacked reasonable cause but that he prosecuted it maliciously.

(k) It might be possible to limit the ambit of the tort of malicious prosecution to civil proceedings of which the basis was an allegation which might have been the subject of a criminal charge. [...] But, provisionally, I would oppose the introduction of that potentially troublesome distinction and would deprecate, as illogical, the denial of a remedy for damage done to the victim of a malicious prosecution, brought without reasonable cause, of any action irrespective of its basis.

(l) In that, as Lady Hale points out at para 84, control of abuse of legal proceedings is particularly well-suited to development in judge-made law, courts in future will need to monitor whether today's reinstatement of a remedy for abuse of civil proceedings by their malicious prosecution is itself productive of abuse and, if so, to make any necessary adjustments to its effect. [para. 78]

[45] The majority in *Crawford* are all of the view that when it can be demonstrated that where the court's procedures do not provide an adequate remedy (as was the case for Mr. Paterson) there can be no logic in preventing the person who

suffered the harm from using this tort to recover. Lady Hale concluded that bringing a civil claim which is known to be “bad” and results in damage to the defendant’s reputation, person, liberty, property or finances, comes within the scope of the tort of malicious prosecution (para. 90). While this rationale appears to be perfectly logical and acceptable for certain exceptional commercial cases, surely, except for the occasional rare case, other torts, not grounded in the criminal law, are more apt. Torts such as abuse of process or defamation may be more appropriate. However, for the purposes of this appeal I do not have to analyze their applicability because the question here is whether the tort of malicious prosecution has any application to disciplinary proceedings by provincial self-regulating professional associations.

[46] The dissenting opinion of Lord Sumption in *Crawford* offers a way of analyzing the issue in question. It should be noted that the test our Supreme Court sets out in *Nelles* is almost identical to that of the English jurisprudence (except for the second element). The English test is described in *Clerk & Lindsell on Torts*, 20th ed. (UK: Sweet & Maxwell Ltd., 2010), as follows:

In an action for malicious prosecution the claimant must show first that he was prosecuted by the defendant, that is to say that the law was set in motion against him by the defendant on a criminal charge; secondly, that the prosecution was determined in his favour; thirdly that it was without reasonable and probable cause; fourthly, that it was malicious. [para. 16-09]

[47] Lord Sumption makes four points I find convincing: (1) malicious prosecution is an anomalous tort intended to constrain the arbitrary exercise of the powers of public prosecuting authorities or private persons exercising corresponding functions and makes no sense in cases where no such public function is involved; (2) the law is settled in this area and there is no good reason to extend the scope of the tort; (3) the precise ambit of the tort, if extended to civil proceedings of a private nature would be both uncertain and potentially very wide; and (4) there are real concerns about the practical consequences of any extension of the law in this area which would offer

litigants an occasion for prolonging disputes by way of secondary litigation. Lord Sumption explains:

First, and fundamentally, the distinction between civil proceedings and criminal prosecutions is neither arbitrary nor unsatisfactory. Malicious prosecution is in modern conditions an anomalous tort. It was devised to meet a particular social problem, associated with the private prosecution of crime, which hardly exists today. It would be eccentric to enlarge the anomaly by extending liability to civil proceedings to which it has never previously applied. The tort is an exception to two well-established principles of English law, namely the principle that things done and said in the course of legal proceedings are absolutely immune from civil liability, and the principle that malice does not make an otherwise lawful act tortious. These exceptional features of the tort of malicious prosecution are justifiable only because the tort of malicious prosecution is a form of misfeasance in public office. It is a tool for constraining the arbitrary exercise of the powers of public prosecuting authorities or private persons exercising corresponding functions. A malice-based tort makes no sense in the context of private litigation where the plaintiff is not exercising any public function. Nor is there any justification in that context for making a further substantial inroad into the immunity from civil liability for things said and done in the course of legal proceedings.

Secondly, within the last few years, the House of Lords has held in *Gregory v Portsmouth City Council* [2000] AC 419 that the tort of malicious prosecution does not (with immaterial exceptions) extend beyond the abuse of criminal proceedings, and has declined to expand its scope. The House's refusal to expand the scope of the tort so as to embrace civil proceedings other than disciplinary proceedings was obiter. However, there are dicta and dicta. The application of the tort to the abuse of civil proceedings was decided in *Gregory* because it was important to settle it: see Lord Steyn at p 432F-G. It had been fully argued both in the Court of Appeal and in the House, and the answer given at both levels was as carefully considered as any ratio *decidendi*. Schiemann LJ's dissenting judgment in the Court of Appeal, which raised all of the points which are now urged upon the Board, was rejected. Nothing has

changed since 2000 to undermine the authority of the Committee's statement of the law. No considerations have been urged upon the Board to suggest that the common law of the Cayman Islands on this point should differ from that which applies in England and will continue to apply in England, at least until the point reaches the Supreme Court. There are no features of the present case which distinguish it from Gregory except that one is bound to have more sympathy for Mr. Paterson. The conduct of Mr. Delessio, for which the respondent is vicariously liable, was appalling. But the respondent was nevertheless entitled to defend the counterclaim on the basis of the common law as the House of Lords had so recently declared it, and Henderson J and the Court of Appeal were both entitled and bound to apply it. Litigants are entitled to a measure of stability and predictability in this relatively well-trodden area of law.

Third, the precise ambit of the tort, if it extends to civil proceedings of a private nature will be both uncertain and potentially very wide. The Board would have created a new malice-based tort the gist of which is the malicious initiation of baseless proceedings in a manner which damages the reputation of the victim. But if that is to be the essence of the tort, then it ought in principle to apply to the malicious abuse of disciplinary proceedings, the very proposition which the House of Lords was not prepared to accept in Gregory. Logically, it would also apply to any factual case advanced in civil proceedings which maliciously and baselessly discredited another party, including a case advanced by a defendant or a third party. Logically it would extend to cases where the action was not maliciously brought but the plaintiff gave malicious evidence, or indeed to a case where a witness who was neither the plaintiff nor the directing mind and will of the plaintiff gave malicious evidence. In the case presently before the Board, the particular abuse consisted in the introduction of a baseless allegation of fraud. But if the tort is extended to the conduct of civil proceedings, there is nothing in logic to suggest that liability can be limited to such cases.

Finally, there are real concerns about the practical consequences of any extension of the law in this area which would offer litigants an occasion for prolonging disputes by way of secondary litigation. It is no answer to these

concerns to say that the bar can be set so high that few will succeed. Malice is far more often alleged than proved. The vice of secondary litigation is in the attempt. Litigation generates obsession and provokes resentment. It sharpens men's natural conviction of their own rightness and their suspicion of other men's motives. It turns indifference into antagonism and contempt. Whatever principle may be formulated for allowing secondary litigation in some circumstances, for every case in which an injustice is successfully corrected in subsequent proceedings, there will be many more which fail only after prolonged, disruptive, wasteful and ultimately unsuccessful attempts. [paras. 145-148]

[Emphasis added].

[48] In New Brunswick, the tort of malicious prosecution has always been treated in a restrictive fashion. Rule 46.01 of the *Rules of Court*, which permits civil trial by jury, sandwiches malicious prosecution between the torts of malicious arrest and false imprisonment, a grouping that surely has overtones of criminality. If we accept Lord Sumption's statement that the tort of malicious prosecution is an anomalous tort, devised to meet a particular social problem, if it is to have any application to a situation like the one at bar, the test set out in *Nelles* will have to be redefined. This is because the process begins in a disciplinary procedure before a provincial self-regulating professional body by the receipt of a written complaint by a member of the Association or a member of the public – not a Crown actor. In *Miazga*, the Supreme Court adopted a cautionary approach to extending the scope of malicious prosecution:

Given that the tort of malicious prosecution predates the development of our contemporary system of public prosecutions, courts must take care not to simply transpose the principles established in suits between private parties to cases involving Crown defendants without necessary modification. While the elements of the four-part test for malicious prosecution are identical no matter the parties, the contours of the tort in an action against the Attorney General or his agents must be informed by the core constitutional principles governing that office. [para. 44]

I would adopt a similar attitude with respect to expanding the scope of the tort to the disciplinary proceedings of provincial self-regulating professional associations. The policy concerns I have are: the resulting prolongation in litigation which cannot benefit any association or its members, the fact that malice is easy to allege but difficult to prove in this context, and, finally, and more practically, these complaint and disciplinary committees are frequently made up of volunteer members who give their time *pro bono* to the associations. How willing would they be to act if they knew they might have to defend themselves against a malicious prosecution suit?

VI. Application to this Case

A. *Primary and Vicarious Liability*

[49] The existing jurisprudence is inconsistent with respect to whether natural persons and/or an association or other body corporate were specifically named as parties or whether vicarious liability was explicitly plead. For example, in *Stoffman*, the veterinarian sued the Association directly – no individuals were named, and the Association was held liable. There was no mention of vicarious liability. In *Griffin*, both natural persons and the *City of Summerside* were sued. One of the natural persons was held directly liable, and the city was held vicariously liable for his actions. In *Khanna*, natural persons and the Royal College of Dental Surgeons were named. The defendant B, the lawyer retained by the College for the purpose of prosecuting Khanna, was described as an “agent” of the college. Neither of the *Khanna* decisions mentions vicarious liability. In *Alevizos*, the Association and several natural persons were named. On the facts, none were found liable, but the natural persons were described as “the instruments or individuals involved in instituting the proceedings against *Alevizos* on behalf of the MCA”. Vicarious liability was not specifically mentioned.

[50] In the case at bar, Mr. Estabrooks did not join individuals in the malicious prosecution action; he failed to identify and join one or more "actors" for whom the NBREA could have been held vicariously liable. Neither the complainant nor the lawyer

who handled the complaint is named as a party. The Registrar does not fit the bill as she had no say in the prosecution of the complaint against Mr. Estabrooks. This leaves only one possibility: a general conspiracy perpetrated by those involved in the processing and adjudication of the complaint. In brief, the failure to identify one or more tortfeasors was fatal to the action, irrespective of the fact that vicarious liability was not pled.

[51] If individuals had been named they would have been shielded, if they had acted in good faith, by the statutory framework set out in s. 32 of the *Act*, which provides:

No action lies against members, officers or directors of the Association, the Board, or any committees of the Association for anything done in good faith pursuant to the provisions of this *Act* or the by-laws or the *Real Estate Agents Act* or delegated or assigned by the Minister to the Association pursuant to the *Real Estate Agents Act*.

If, however, any of these parties acted maliciously, they would lose the protection of s. 32, and the Association could, consequently, be open to a claim of vicarious liability.

[52] This Court has repeatedly emphasized the importance of pleadings, which formally define the issues at play and the parties' respective positions. The point was most recently reiterated by Drapeau, C.J.N.B. and Deschênes, J.A., in *Gay et al. v. Regional Health Authority 7 and Dr. Menon*, 2014 NBCA 10, [2014] N.B.J. No. 117 (QL) at para. 25, citing *Local 772 of the United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada v. The United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada and the United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada*, *Local 325 and Hughes and Wood*, 2013 NBCA 33, 404 N.B.R. (2d) 332.

[53] Pleadings must also contain some degree of specificity. In *Craig Manufacturing Ltd. v. Davidson*, 2009 NBCA 42, 345 N.B.R. (2d) 359, Deschênes J.A.

summarizes the importance of Rule 27.06(10) (Rules of Pleading – Applicable to All Pleadings, Claim for Relief) to which this Court gives a strict interpretation:

Our Court has dealt with the importance of Rule 27.06(10) on a few occasions in recent times and, as expected, its dictates have been followed in the courts below. In *McLaughlin v. Levesque* (2008), 337 N.B.R. (2d) 283, [2008] N.B.J. No. 386 (QL), 2008 NBQB 329, Lavigne J. provides a succinct enunciation of the key principles that inform the interpretation and application of that Rule:

Rule 27.06(10) of the New Brunswick *Rules of Court* reads as follows:

Where a pleading contains a claim for relief, the nature of the relief claimed shall be specified. Particulars of damages need only be pleaded to the extent that they are known at the date of the pleading, but further particulars shall be filed and served forthwith after they become available and, in any event, not later than the date of entry for trial.

It is trite law to suggest that pleadings govern the issues between the parties, and as such, are designed to prevent surprise at trial and avoid “trial by ambush”. Each party must give his opponent all information that is necessary to prevent surprise at trial. This ensures that the parties know the case to be met.

Courts in New Brunswick seem to apply Rule 27.06(10) strictly. In the case of *Smith v. Agnew* (2001), 240 N.B.R. (2d) 63; 622 A.P.R. 63; 2001 NBCA 83, our Court of Appeal discussed Rule 27.06(10). Drapeau J.A. (as he then was) stated at paragraph 5:

As a general rule, special damages will not be awarded at trial unless particulars have been pleaded or provided in a Statement of Particulars. Rule 27.06(10) of the Rules of Court provides that particulars of damages must be pleaded to the extent that they are known. It also enjoins the party seeking relief to file and serve particulars of damages forthwith after they

become known and, in any event, no later than the date of entry for trial. See *Myshrall v. Vu* (1994), 156 N.B.R. (2d) 241 (Q.B., Stevenson, J.), at para. 39. (...)

Pleadings are crucial to the determination of the issues in a case as well as the determination of the relief to be given to the litigant. As was noted by Robichaud J. in *Delphinium Ltée et al. v. 512842 N.B. Inc. et al.* (2006), 307 N.B.R. (2d) 284; 795 A.P.R. 284; 2006 NBQB 346, at paragraph 243:

Our Court of Appeal strongly recommends and urges trial judges to insist on compliance with the *Rules of Court*. In *Smith v. Human Rights Commission (N.B.) et al.* (1999), 217 N.B.R. (2d) 336, Drapeau, J.A. (as he then was) frames this recommendation as follows at paragraph 19:

Experience has shown that respect for the jurisdictional framework created by the Rules of Court and compliance with its procedural dictates serve the best interests of justice. Indeed, conformity with the *Rules of Court* invariably produces a winnowing of the chaff from the grain and, in turn, helpful clarity is brought to the questions submitted to the court for resolution. Focused and insightful decisions invariably follow. The end product is better justice for all.

However, very recently, Chief Justice Drapeau in *Chiasson v. Chiasson* (2008), 326 N.B.R. (2d) 282; 838 A.P.R. 282; 2008 NBCA 11, at paragraph 33, stated the following:

Particulars of special damages must be provided in the Statement of Claim or in a Statement of Particulars (see Rule 27.06(10) of the *Rules of Court*; *Desjardins v. Theriault* (1970), 3 N.B.R. (2d) 260, [1970] N.B.J. No. 130 and *Michaud v. J. Clark And Sons Ltd.* (1980), 31 N.B.R. (2d) 98 (Q.B.), [1980] N.B.J. No. 160). The respondent did not comply with this pleading requirement,

but his pre-trial brief contains particulars of his claim for past loss of earning capacity and the appellant did not object to the production of evidence on this issue at trial. It follows that compensation for this loss was not precluded (see *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444 (C.A.), [1971] N.B.J. No. 28, and *Smith v. Agnew*, para. 5).

In the present case, the defendant did not object to the production of evidence for the special damages that were claimed and detailed in the plaintiff's pre-trial brief even though particulars, as required by Rule 27.06(10), had not been provided. However, the disputed items were not claimed or detailed in the pre-trial brief and the defendant did object to the production of evidence related to these disputed items at trial.

When the importance of the rules of pleading is discussed, the statement of Drapeau J.A. (as he then was) in *Parlee v. McFarlane* (1999), 210 N.B.R. (2d) 284; 536 A.P.R. 284 (C.A.), at paragraph 33, is often relied upon:

It is commonplace that trial by ambush has no place in our modern system of justice. The rules of pleading enunciated in rule 27 of the Rules of Court are designed to ensure that the relevant issues are raised, and that no party is taken by surprise. The importance of pleadings cannot be underemphasized. They define the issues not only for the parties, but for the judge as well. Indeed, I cannot fathom a situation where a trial judge could properly decide the case before him or her on a basis not raised in the pleadings or at trial.

The underlying reasons for being specific in one's pleadings are no longer matters for debate (see *Desjardins et al. v. Côté et al.*, [2006] N.B.J. No. 328; 304 N.B.R. (2d) 40; 788 A.P.R. 40 (C.A.)). A case such as the present one highlights the importance of Rule 27.06(10). Had the particulars

been provided on the day the case was entered for trial, or even when specifically requested in July 2008, we would not be in this predicament. (paras. 21-28) [para. 14]

[54] In the present case, the trial judge acknowledged that the Plaintiff's Statement of Claim does not identify specific people whose actions would have engaged the defendant's liability (para. 72). He is, therefore, left with a vague and non-specific allegation. The original Statement of Claim features the following allegation: "The Plaintiff's claim against the defendant is for damages suffered by the Plaintiff as a result of the Defendant's malicious prosecution of the Plaintiff".

[55] The trial judge relied on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, [1992] S.C.J. No. 84 (QL), for the proposition that Mr. Estabrooks did not have to plead vicarious liability because it is in fact the NBREA that prosecuted Mr. Estabrooks, and it is the NBREA that is answerable for the treatment of Mr. Estabrooks by the NBREA's employees and volunteers. I am of the view that *London Drugs* does not stand for that proposition: in it, the employees were named as parties and vicarious liability was pled. It was a case dealing with a tort claim arising in a contract situation, and, while La Forest J., in dissent, examined extensively the law with respect to the vicarious liability regime, I am not convinced that case has any application to the case at bar. However, the trial judge concluded it was not necessary to plead vicarious liability, nor to name the individuals for whose actions the NBREA may have been responsible. He states:

The Executive-Director, the Registrar or the Complaints and Discipline Committees are all offices or bodies created by statute. The people occupying those functions act not as individuals, but as extensions of the NBREA. [para. 24]

The trial judge further pointed out that the failure to plead vicarious liability could have been resolved by the NBREA seeking particulars. I disagree. How can a question of law be resolved by saying the NBREA can ask for particulars, and how can the NBREA be found liable on the basis of vicarious liability which the trial judge says does not have to

be pled? The problem with this approach is that without naming individuals who can be found primarily responsible and then without pleading vicarious liability it is almost impossible to attribute malice to the NBREA or establish that it had an improper purpose through the actions of the Registrar. In this case, there is no bridge or link between the actions of the Registrar and those of the NBREA. And, a prejudice accrues to the NBREA in trying to defend the action because of the failure to name individuals and to plead vicarious liability.

[56] In *Gay et al.*, a doctor and a hospital were named defendants in a class action suit involving systemic negligence. Among the representative plaintiffs' claims was a plea of vicarious liability. Though the pleadings were "far from a model of clarity", the majority was willing to infer, by a generous reading of the Amended Statement of Claim, that the particulars of the claim against the doctor provided a basis for the hospital's vicarious liability (para. 74). I agree that pleadings should be read generously, but generosity has its limits. Unlike *Gay et al.*, the plaintiff in this case did not plead vicarious liability poorly – he did not plead it at all. And, because Mr. Estabrooks chose not to name any individuals as parties, it is not possible to draw any inferences from the particulars of the claims against those involved in the professional disciplinary process (the Executive-Director/Registrar, or the members of the Complaints and Discipline Committees) to support a claim of primary responsibility for the tort of malicious prosecution and by extension vicarious liability against the NBREA.

[57] I conclude, putting aside the issue of vicarious liability, Mr. Estabrooks had to name the individuals who allegedly acted with malice in order to make out the specific malice requirement of the tort of malicious prosecution in the action against the NBREA. In failing to do so, the action should have failed, and the resulting appeal should be allowed.

B. *The test in Nelles*

[58] As stated above, it is my view that an action for malicious prosecution cannot lie against a provincial self-regulating disciplinary body for the actions taken by members of its disciplinary committee in the course of their duties. However, should I be in error on that point, I offer the following analysis of the trial judge's application of the test in *Nelles*. It is my view that, though he may have selected the correct test, he applied it incorrectly.

[59] Let me focus on the first and fourth of the elements of the test, which is where I am of the view the trial judge is in error. Recall that the first element requires that the plaintiff demonstrate that the pleadings were initiated by the defendant. This element identifies the proper target of the suit, as only those who are "actively instrumental" in setting the prosecution in motion should be held accountable for any resulting damage: *Miazga*, at para. 53. The trial judge began his analysis by saying that the first two elements are not in dispute. He clearly misunderstood the position of the NBREA because, throughout the trial, and in its pre- and post-trial briefs, it put in issue the argument that the first element had not been met: it focused on who initiated the complaint. Its position was the NBREA did not initiate the process, an individual member did by letter of complaint. Any member of the public at large (including a fellow Association member) is permitted by statute to make a written complaint against a realtor for misconduct or incompetence. Further, the NBREA's position was that there are a number of players involved in the process, and, once the process begins, no player has much discretion. In accordance with s. 21(1) of the *Act*, once in receipt of a complaint, the Registrar is duty bound to bring the complaint to the Complaints Committee. That Committee decides whether to direct the Discipline Committee to hear and determine the complaint. There is no analysis by the trial judge of the first element, and it clearly was in dispute. This is an error in law.

[60] The complaint was not initiated by the NBREA, but by an Association member in a written complaint. From a plain and ordinary reading of s. 21(1) it is clear

that the Registrar, receiving a written complaint has no discretion to dismiss the complaint:

21(1) Upon receipt of

21(1) En cas de réception

(a) a complaint in writing filed with the Registrar,

(a) soit d'une plainte écrite déposée auprès du registraire

[...]

[...]

the Committee shall consider and investigate the conduct or competence of any member of the Association, but no action shall be taken by the Committee under subsection (3) unless

Le comité des plaintes examine la conduite ou la compétence d'un membre de l'Association en fait enquête a ce sujet. Il ne peut prendre de mesures en vertu du paragraphe (3) que si les conditions suivantes sont remplies :

(d) the member whose conduct or competence is being investigated has been given a copy of the complaint or resolution, or the substance of the matter being investigated, and given at least two weeks in which to submit in writing to the Committee any explanations or representations the member may wish to make concerning the matter; and

(d) le membre dont la conduite ou la compétence donne lieu à l'enquête a reçu une copie de la plainte ou de la résolution ou des éléments essentiels de la question faisant de l'enquête demandée et a disposé d'un délai de deux semaines au moins pour fournir par écrit au comité les explications ou observations qu'il désire lui communiquer à cet égard;

(e) the Committee has examined or has made every reasonable effort to examine available records and other documents relating to the complaint or matter under investigation.

(e) le comité a examiné ou a déployé tous les efforts raisonnables pour examiner les documents disponibles concernant la plainte ou l'objet de l'enquête.

[61] In rejecting the appellant's submission that the Registrar of Complaints has no discretion and must automatically send a written complaint to the Complaints Committee the trial judge stated:

This Court refuses to accept the above Defendant's submissions as, if accepted, it could cause many unjustified and abusive, not to say ridiculous use of a disciplinary process that is in place for obviously good reasons and is a process that shall not be allowed to be turned into a parody and shall maintain a credibility before the public at large,

with the Realtors and with the volunteers that serve on its committees. [para. 40]

Regardless of the trial judge's view concerning the discretion of the Registrar to forward the complaint, because it might result in too many frivolous complaints being brought forward, she was duty bound to follow the statute. The complaint had to be forwarded to the Complaints Committee for consideration and investigation. She did not initiate the complaint and had no power to reject it at that stage. (The Registrar did admit on a question from the Court that she would not forward an absolutely frivolous complaint such as, "my husband works too hard".) And, the fact that a judge of the Court of Queen's Bench, on appeal from the Discipline Committee, later found the Discipline Committee had no jurisdiction to hear the complaint does not negate the fact that there was a written complaint that triggered the process. It was the role of the Complaints Committee to stop it in its tracks if it had no merit rather than to forward it to the Disciplinary Committee. Thus, the first element has not been established. This failure to meet the first part of the test is, in and of itself, sufficient for the appeal to be allowed.

[62] I turn now to the fourth and most crucial element of the test: malice. This element requires that the plaintiff demonstrate that there was malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect. The burden of proving malice lies on the person alleging it: in this case, Mr. Estabrooks. He had to establish that the NBREA acted for an improper purpose. To iterate what Lamer J. stated in *Nelles*:

The required element of malice is for all intents, the equivalent of "improper purpose". It has according to Fleming, a "wider meaning than spite, ill-will or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage" (Fleming, *op. cit.*, at p. 609). To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of "minister of justice". [page194] In my view this burden on

the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct [...] [para. 45].

[63] In *Griffin*, Jenkins C.J.P.E.I. (in dissent) explains further:

In Proulx, L'Heureux-Dubé J. stated (in her dissent at para. 217) that the standard of deliberate and malicious use of one's office is a high and clear one that calls for proof of subjective intent to act out of malice or with an improper purpose by perverting the power of the office, and that courts must avoid any interpretation that leaves any room for uncertainty in application of the standard. Although her comments appear within a dissenting judgment, on reading the majority judgment it can be inferred that all the majority reasons also subscribe to that general direction. [para. 141]

[64] Although there were a number of players in this discipline process, the trial judge focused his attention on the Registrar/Executive Director of the NBREA, who was not named as party in this dispute. The trial judge stated he had “no difficulty in making and does make an inference of improper purpose by the NBREA via the actions of its Executive-Director” (para. 139). He takes exception to the fact that she made the decision to forward the complaint to the Complaints Committee; that she was called as a witness at the hearing before the Disciplinary Committee (*Quaere*: Who else would have been called?); that she involved the Association lawyer in the entire process; and that she chose her friend as a member of the Complaints Committee. In sum, he states that two of the key players, the Registrar and the complainant in this matter, “had ulterior motives, or improper purpose to have Mr. Estabrooks found guilty of something” (para. 145) (emphasis is mine).

[65] The trial judge inferred malice on the part of the Registrar in the following way:

The Court is satisfied that [the Registrar] was anything but neutral and objective when she: Made the referral of the Wood letter to the Complaints Committee; Chose Ms. Tomlinson for the Complaints Committee; Took an active role in the Complaints Committee's decision and; Involved solicitor Mr. Norman to the fullest when she had assured the Plaintiff she would not do so.

Both decisions of the Complaints and the Disciplinary Committees were tainted by [the Registrar's] constant presence and bias which bias was actually and unreasonably assisted by some non independent [and] erroneous legal opinion, about Mr. Estabrooks having committed a professional misconduct. [paras. 147-148]

[66] While I acknowledge the trial judge had the right to draw reasonable inferences from the evidence before him (*Housen v. Nikolaisen*, at para. 25), a review of the evidence shows that various changes to the Complaints Committee were made: the lawyer did not participate at the complaint level to comply with Mr. Estabrook's request, and the Chair and a member were replaced. Only the second part of the complaint was directed to the Discipline Committee, which had no discretion to decline – it was required by the *Act* to hear and determine the allegation of professional misconduct. The Discipline Committee's decision was that Mr. Estabrooks' refusal to write the letter of apology constituted professional misconduct. As a result, he was assessed costs of \$2,000, a fine of \$2,500 and publication of the hearing results in the NBREA newsletter.

[67] The Discipline Committee's decision was ultimately overturned on a judicial review application to a judge of the Court of Queen's Bench who found the complaint related to corporate governance and not to a real estate transaction, and as such, the Discipline Committee did not have the jurisdiction to hear it. This decision was not appealed, but this does not mean that other judges would have decided that professional misconduct must arise out of a real estate transaction. Above all, the fact that a judge of the Court of Queens's Bench ruled in Mr. Estabrooks' favour on this issue is not evidence of malice.

[68] The trial judge failed at this stage to identify an improper purpose on behalf of the Registrar that can be attributed to the NBREA against Mr. Estabrooks: was it financial ruin, expulsion from the Association, removal as president of the Association, or anything more serious? After finding the NBREA to be liable for the tort of malicious prosecution the trial judge awarded special damages of \$17,691.46, which was the amount of legal fees Mr. Estabrooks incurred to defend the complaint before the Discipline Committee and to appeal that decision to the Court of Queen’s Bench. He commented Mr. Estabrooks had not led any evidence to support a claim for damage to reputation as a result of the “prosecution” by the NBREA. In fact, Mr. Estabrooks was re-elected to the Board shortly after his “conviction”. In addition, Mr. Estabrooks did not adduce any “objective” evidence of mental distress. The trial judge therefore awarded nominal general damages of \$3,000.

[69] The trial judge concludes that Mr. Estabrooks was prosecuted on an alleged professional misconduct as a realtor simply because of conflicting relationships he had with certain other directors or employees involved in the governance of the NBREA. He summarizes:

All the above events and actions opposing the NBREA to Mr. Estabrooks, when taken individually may not necessarily constitute proof of malice, but when considered cumulatively surely demonstrate to this Court’s satisfaction that the NBREA has *maliciously prosecuted the Plaintiff in prosecuting him for a primary purpose other than that of carrying the law into effect.* [para. 150]

[Emphasis in original.]

That, in my view, is an improper formulation and application of the test of malice and improper purpose. This test cannot be satisfied by spiteful or vengeful behavior.

[70] In *Griffin*, Jenkins, C.J.P.E.I. explains:

Malice involves a primary purpose other than carrying the law into effect. It has a wider meaning than spite, ill-will, or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose (Fleming, at pp. 685-686). In an action for

malicious prosecution, the malice which must be proved is not malice in law but malice in fact. It is a long established principle that neither gross negligence nor recklessness per se constitutes malice

.... A suit for malicious prosecution must be based on more than recklessness or gross negligence. Rather, it requires evidence that reveals a willful and intentional effort on the Crown's [part] to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. [*Proulx*, at paras. 34-35, *Dix* at para. 495]

The hasty formation of a belief in the guilt of a plaintiff based on unreasonably insufficient grounds does not ordinarily suffice to warrant an inference of malice (Fleming, at p. 686). [para. 138]

[71] Based on this test, even if the trial judge found that the Registrar had a conflicting relationship with Mr. Estabrooks, and even if Mr. Estabrooks was “an irritant to a good many members of the Board” (para. 132), the trial judge’s conclusions fall far short of malice, and, in any event, they cannot be attributed to the NBREA. The facts permit other inferences to be drawn: the Registrar had no discretion when she referred the letter of complaint to the Complaints Committee; her constant presence was indicative of the pivotal role the Registrar plays in fulfilling her duties under the *Act*; one could infer that she would not have been able to determine whether the legal advice from a senior lawyer was erroneous, nor should she be the one to decide whether the complaint was one of governance or professional conduct.

[72] To summarize, if one looks at the context, this was a relatively minor complaint that dealt with one act of alleged misconduct: Mr. Estabrooks failed to write a letter of apology. The caselaw speaks of who initiated the prosecution: there was no prosecution here; the process was begun by the receipt by the Registrar of a written complaint from an individual member. The Registrar then had to act within the statutory framework and refer the complaint to the Complaints Committee. The Complaints Committee here, again in accordance with the *Act*, is not required to hold a hearing or give anybody the right to make oral submissions but to make a preliminary evaluation, to

consider and investigate the conduct or competence of a member. This was not a quasi-criminal inquiry; it was an inquiry by the Discipline Committee into the conduct of a member. No improper purpose has been identified and malice has not been proved. In any case, there is no evidence that Mr. Estabrooks suffered any actual damage. The failure of Mr. Estabrooks to plead vicarious liability and the errors the trial judge made with respect to the application of the *Nelles* test all lead me to the conclusion that even if the tort of malicious prosecution can be said to apply to professional disciplinary proceedings, liability has not been established on the facts: no tortious conduct can be attributed to the NBREA.

[73]

For these reasons I would allow the appeal and order costs of \$2,500.

The dissenting reasons of

BELL, J.A.

I. Introduction

[74] I have read the reasons of my colleagues. I respectfully disagree with the majority's conclusion that the tort of malicious prosecution does not extend to afford protection to those who are maliciously prosecuted by their self-regulating disciplinary bodies. As will become evident, I prefer the Canadian approach as expressed in *Stoffman v. Ontario Veterinary Association*, [1990] O.J. No. 1151 (H. Ct. J.) (QL) and the majority view in *Crawford Adjusters and others v. Sagikor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17, [2013] 4 All ER 8. Furthermore, I respectfully disagree with my colleagues when they conclude that, in the circumstances, vicarious liability must be specifically pleaded in order to establish the tort of malicious prosecution. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[75] In addition to the factual background set out by the majority, I make the following observations based upon the facts as determined by the trial judge. The respondent (Mr. Estabrooks) is a member of the appellant New Brunswick Real Estate Association (the Association). Mr. Estabrooks served as a member of the Board of the Association from 1999 to 2003 and as its President from 2001 to 2003. During his service on the Board, Mr. Estabrooks had "some disagreements and disputes" with board member Ron Wood and the Executive Director, Louise McSheffrey. The disagreements related to governance of the Association and not Mr. Estabrooks' professional conduct. Shortly after he became President, Mr. Estabrooks, aware that the Association did not publish a newsletter, began posting information for the attention of Association members on his personal website. On July 24, 2000 and August 14, 2000, Mr. Wood, a member of the Association and Chair of its finance committee sent an e-mail to Mr. Estabrooks

“demanding” that he remove Association financial information from his website. Mr. Wood forwarded copies of his e-mails to Ms. McSheffrey and finance committee member, Marjorie Tomlinson. On August 17, 2000, Mr. Wood complained to Ms. McSheffrey about Mr. Estabrooks’ website and advised her, in her capacity as Executive Director, that Mr. Estabrooks should be “severely reprimanded”. Ms. McSheffrey, in her capacity as Registrar of Complaints, did not refer that complaint to the Association’s Complaints Committee. Mr. Estabrooks’ response to Mr. Wood’s interventions was that his website was not accessible to the public. The finance committee, with Mr. Wood as Chairperson, sought the Board’s intervention, who in turn sought a legal opinion. Counsel to the Association opined that Mr. Estabrooks was in violation of his fiduciary duty by posting the financial information on his website. The dispute about publication of the financial information and whether Mr. Estabrooks was in breach of his fiduciary duty resulted in the engagement of legal counsel by both Mr. Estabrooks and the Association. The trial judge referred to the exchanges between their respective counsel as a “debate”. In any event, as a result of the lawyers’ “debate”, Mr. Estabrooks ceased publishing the information on his website.

[76] On February 14, 2001, shortly after becoming President of the Association, Mr. Estabrooks became concerned about a potential conflict of interest of one of the Board members. Mr. Estabrooks requested the member provide a written conflict of interest disclosure. Although the Board member provided the requested disclosure, he was, according to the trial judge, “manifestly insulted” by the request and so informed the Board on April 19, 2001. The following day, at the urging of Mr. Wood, the Board directed Mr. Estabrooks to provide a letter of apology to the Board member. Mr. Estabrooks never provided such a letter.

[77] On August 15, 2001, Mr. Estabrooks, in his capacity as President of the Association, traveled from Moncton to Fredericton to attend a meeting. On that date, Ms. McSheffrey requested Mr. Estabrooks sign two cheques for mileage reimbursement for Mr. Wood and one other member. Subsequently, Mr. Estabrooks learned that Mr. Wood and that member travelled to the meeting in the same vehicle. Mr. Estabrooks, as

described by the trial judge, “believed these payments for two vehicle travel expenses, when only one vehicle was actually used were ‘fraudulent’ in nature”. Mr. Estabrooks voiced his concern to Ms. McSheffrey and the Secretary-Treasurer, both of whom informed him that such payments were Association policy. A subsequent legal opinion confirmed Mr. Estabrooks’ opinion that such payments were, according to the trial judge, “not appropriate”. Although the Association amended its expense form to provide for confirmation by the claimant that all information is “complete and accurate”, Mr. Estabrooks was not satisfied. On January 8, 2002, he sent an e-mail to the Association’s accountant in which he expressed concern about the double expense claim for the August 15th meeting and Ms. McSheffrey’s failure to more fully deal with the matter, and he requested Ms. McSheffrey’s travel expense claims be reviewed to ensure they had been properly approved.

[78] On January 10, 2002, Mr. Estabrooks submitted his annual President’s report to Ms. McSheffrey. That report was to be distributed to all members of the Association in advance of the Annual General Meeting which was to be held on February 19, 2002. In that report Mr. Estabrooks referred to the “disclosure of an irregularity” in August, 2001, regarding the double mileage claims and stated that “Expense accounts must be closely scrutinized by the Executive Director and Secretary-Treasurer before approval”. On January 11, 2002, immediately following receipt by Ms. McSheffrey of the President’s Report, Mr. Wood wrote a letter to the Association in which he complained about Mr. Estabrooks’ failure to provide a letter of apology as requested approximately 15 months earlier on April 20, 2001, and his “breach of confidentiality” related to the postings on the website, which, of course, had been dealt with by the lawyers some 18 months earlier. The timing of the complaint by Mr. Wood, one day after delivery of Mr. Estabrooks’ report to Ms. McSheffrey, did not go unnoticed by the trial judge. Ms. McSheffrey considered Mr. Wood’s letter to be a complaint about Mr. Estabrooks’ conduct and referred it to the Complaints Committee of the Association. It was not lost on the trial judge that Ms. McSheffrey’s approach to the January 11, 2002, letter from Mr. Wood regarding Mr. Estabrooks was much different than her approach to the August 17, 2000, letter referred to in paragraph 75 in which Mr. Wood called for Mr. Estabrooks

to be reprimanded. While Ms. McSheffrey did not consider the earlier letter a complaint under the *Act*, approximately 15 months later, she considered a similar letter just that. Hence, the beginning of the disciplinary procedure, which, according to Mr. Estabrooks, constituted malicious prosecution by his Association.

[79] On January 14, 2003, the Association's Discipline Committee held a hearing to address the complaint filed by Mr. Wood against Mr. Estabrooks. On January 17, 2003, the Discipline Committee found Mr. Estabrooks guilty of professional misconduct. Mr. Estabrooks appealed that finding to the Court of Queen's Bench where it was eventually quashed by an application judge: *Estabrooks v. The New Brunswick Real Estate Association*, 2003 NBQB 142, 261 N.B.R. (2d) 260. Following the quashing of the Discipline Committee decision, Mr. Estabrooks successfully launched the court action which is now under appeal.

[80] Ms. McSheffrey participated at both the Complaints Committee and the Discipline Committee meetings which dealt with the so-called conduct complaint. She is not a member of either and had no reason to be present. Furthermore, her briefing notes to the Complaints Committee "went missing".

III. Analysis

A. *Is the tort of malicious prosecution available in these circumstances?*

[81] As outlined by my colleagues, at least three Canadian courts clothed with appellate jurisdiction have concluded that the tort of malicious prosecution is available to those who find themselves maliciously prosecuted by self-regulatory disciplinary bodies: *Stoffman; Khanna v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [2000] O.J. No. 946 (C.A.) (QL), leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] S.C.C.A. No. 244; and, *Griffin v. Summerside (City)*, 2008 PESCAD 14, [2008] P.E.I.J. No. 46 (QL), leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] S.C.C.A. No. 45. In addition to those appellate jurisdictions, as noted by the majority, superior courts of first instance in Manitoba, Ontario, Nova Scotia

and the Northwest Territories have acknowledged the possibility of a claim in malicious prosecution in such cases. I find that approach embraces the view of a legal system that is responsive to the changing realities of our society, that refuses to pigeon-hole remedies and procedures available to the public, and that responds with appropriate caution to the invitation by the Court in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, [1989] S.C.J. No. 86 (QL) for increased access to justice through more accessible tort relief.

[82] The majority suggests that the possibility of an action in malicious prosecution would function as an impediment to those otherwise willing to serve on self-regulating disciplinary committees. I disagree for two reasons: first, plaintiffs are required to meet a high threshold in order to establish a claim of malicious prosecution, and, second, other torts, some of which were referred to by my colleagues as reasonable alternatives to a claim in malicious prosecution, are more easily proven. Those alternative torts would, with respect, also pose an impediment to the performance of one's civic duty.

[83] Finally, I would observe that if the state is prepared to grant a legislative mandate to professional bodies to discipline their members, up to and including prohibiting them from practicing in their field, those bodies should be expected to always act in good faith with proper motives and to refrain from maliciously prosecuting one of their own. The tort of malicious prosecution is but one tool available to ensure the disciplinary police are themselves policed. Unlike my colleagues, I am of the view the benefits of the availability of that tool exceed any impediments that might arise.

B. *Is there direct tort liability against a corporation, or must it be established, as stated by the majority, "by way of the vicarious liability mechanism"?*

[84] I agree with the majority when they conclude tort liability against a corporation must be established by way of vicarious liability. The principle of corporate tort liability is founded upon the premise that the corporation is vicariously responsible for the actions of its employees and agents:

Since a corporation is only able to act through its agents and employees, its tort liability for their actions is governed by the same rules that determine the liability of any other principal or employers. Accordingly, a corporation is liable for torts committed by its agents acting within their authority and by its employees acting in the course of their employment. [...] [Lewis Klar et al., contributors, Leanne Berry, ed., *Remedies in Tort*, loose-leaf, vol. 4 (Toronto: Carswell, 1998), at 28-115]

In this case, the trial judge found the Association liable based upon principles of vicarious liability: the corporation being liable for the actions of its Registrar of Complaints (Executive Director), the Complaints Committee and the Discipline Committee.

[85] I respectfully disagree with my colleagues when, at paragraph 57, they conclude Mr. Estabrooks was required to name individuals in order to establish the malice requirement of the tort. Essentially the majority is challenging the adequacy of the pleadings. Something not raised by the defendant.

[86] The purpose of pleadings is to ensure the opposite party has fair notice of the basis of the claim made and the facts which support that claim. The claim was made in the intentional tort of malicious prosecution. Sufficient facts were pleaded to permit the appellant to file a Statement of Defence, participate in a discovery and identify the issues in a pre-trial brief. As pointed out by the trial judge, the appellant did not seek any particulars. The appellant knew precisely the nature of the case it had to meet at trial and responded appropriately. The appellant was represented by experienced counsel. It did not raise the issue of vicarious liability in its pleadings or in its pre-trial brief, or, for that matter, at all. The trial judge, on his own motion, raised the issue.

[87] In these circumstances, I am of the view the failure to specifically plead vicarious liability and the failure to name another defendant did not negatively impact the conduct of the trial or the decision reached. Corporations may be found directly liable for intentional torts: see *Swift Current (City) v. Saskatchewan Power Corp.* 2007 SKCA 27,

[2007] S.J. No. 117 (QL), where the corporation was held liable for the tort of unlawful interference with economic relations. Failure to name individual defendants was not an impediment to a finding of corporate liability for intentional torts in the following cases: *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, [2007] O.J. No. 1664 (QL); *Fraser v. Westminster Canada Ltd.*, 2003 NSCA 76, [2003] N.S.J. No. 266 (QL); *Georgian Glen Development Ltd. v. Barrie (City)*, [2005] O.J. No. 3765 (Sup. Ct. J.) (QL); *1515545 Ontario Ltd. v. Niagara Falls (City)*, [2006] O.J. No. 70 (C.A.) (QL).

[88] While the majority raise the spectre, in the absence of a pleading of vicarious liability, of some ill-defined conspiracy, that conclusion is inconsistent with the facts as pled, argued and determined by the trial judge. It is evident the trial judge concluded Ms. McSheffrey acted with malice toward Mr. Estabrooks and that the Association is responsible for that malice. The evidence the trial judge used to infer malice included, but was not limited to, the facts set out in paragraphs 75 to 80 herein. Counsel for the Association was not taken by surprise by any of those allegations and had full opportunity to respond.

[89] At paragraph 55 my colleagues make the following observation with respect to the necessity of pleading vicarious liability:

The trial judge further pointed out that the failure to plead vicarious liability could have been resolved by the NBREA seeking particulars. I disagree. How can a question of law be resolved by saying the NBREA can ask for particulars [...].

[90] Presuming, without deciding, that the issue of vicarious liability is a question of law, and not one of mixed fact and law in the circumstances, I would note the following. The Statement of Claim sets out Mr. Estabrooks' claim in a forthright manner that appears to have been understood by the Association. If the Association wished to raise the legal issue referred to by my colleagues, it could have engaged Rule 27.06. That Rule permits a party to "raise any point of law" in its pleadings. Furthermore, Rule 27.07,

which governs pleadings in statements of defence, reads in part, that a defendant shall “plead every matter upon which he intends to rely to defeat the claim [...]”. It is apparent the Association failed to respect that Rule of pleading. In my view, the majority decision holds Mr. Estabrooks to a higher standard in relation to pleading than is expected from the Association.

[91] Based upon all of the above, I respectfully disagree with my colleagues when they conclude that, in the circumstances of this case, the respondent (plaintiff) was required to specifically plead vicarious liability and/or name other parties.

IV. Conclusion

[92] Having concluded the tort of malicious prosecution is available to Mr. Estabrooks, that he did not need to name other parties and that the failure to specifically plead vicarious liability is not fatal in the circumstances of this case, I now turn to whether the test for malicious prosecution has been met. The majority, as did the trial judge, properly set out the four-part test formulated in *Nelles*. The trial judge did not misdirect himself in relation to the law. Furthermore, I am not persuaded he made any palpable and overriding error in his findings of fact or the inferences he made. It was open to him to conclude that all four elements of the *Nelles* test had been met. The inference of malice was reasonable in the circumstances and based upon the evidence. It would be a rare case indeed where a party, individual or corporate, admitted to having acted maliciously.

[93] I would dismiss the appeal with costs of \$5,000.

LA JUGE LARLEE

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine datée du 18 décembre 2012 dans laquelle il a déterminé que l'appelante, l'Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick (l'AAINB), avait intenté une poursuite malveillante à l'intimé, Larry Estabrooks, relativement à une plainte écrite. En interjetant appel de la conclusion selon laquelle elle aurait commis le délit civil quasi criminel de poursuite malveillante contre M. Estabrooks, l'AAINB s'est fondée sur un certain nombre de moyens d'appel. Je juge nécessaire de ne traiter que d'un seul de ces moyens : celui qui porte sur la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en appliquant le critère juridique requis pour déterminer l'existence d'une poursuite malveillante et sur la question plus large consistant à déterminer s'il est possible d'intenter une action pour poursuite malveillante contre un organe directeur provincial autonome comme l'AAINB.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel devrait être accueilli. Premièrement, selon moi, les comités de discipline des associations professionnelles provinciales autonomes ne peuvent être poursuivis pour le délit civil de poursuite malveillante et ne sauraient donc être tenues responsables d'un tel délit. Deuxièmement, même si une action fondée sur ce délit civil pouvait être intentée dans ces circonstances, selon les faits de la présente instance, la preuve de ce délit n'a pas été apportée.

I. Le contexte

[3] L'origine de l'allégation du délit civil de poursuite malveillante remonte au 14 janvier 2002, lorsque l'ancienne registraire/directrice exécutive de l'AAINB, Louise McSheffrey, a reçu d'un membre du conseil d'administration de l'AAINB une plainte écrite datée du 11 janvier 2002 contre M. Estabrooks.

[4] Au moment de la plainte, M. Estabrooks était le président de l'AAINB, et dans sa plainte, le membre du conseil alléguait que M. Estabrooks avait manqué à ses devoirs fiduciaux en divulguant sur son site Web personnel des renseignements confidentiels au sujet de l'AAINB, renseignements dont il avait eu connaissance en sa qualité de président, et en refusant d'obtempérer à une résolution du conseil qui lui enjoignait d'envoyer une lettre d'excuses à un collègue membre du conseil d'administration.

[5] Les mécanismes relatifs à l'acheminement des plaintes et aux mesures disciplinaires de l'AAINB sont énoncés dans la *Loi constituant l'Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1994, ch. 115 (la *Loi*). Le comité des plaintes, qui est créé par le par. 20(1), se compose de trois membres : un membre du conseil, nommé par celui-ci, qui préside le comité; un membre de l'AAINB nommé par le conseil et une personne ne faisant pas partie de l'AAINB, nommée par le ministre de la Justice et des Services à la consommation.

[6] Aux termes du par. 21(1) de la *Loi*, sur réception d'une plainte écrite déposée auprès du registraire, le comité des plaintes doit, dans un premier temps, s'assurer que le membre contre lequel la plainte a été portée a reçu une copie de la plainte et a eu la possibilité d'y répondre. Il est ensuite tenu d'examiner la conduite ou la compétence du membre et de faire enquête à ce sujet. Son travail consiste à déterminer s'il existe suffisamment d'éléments d'information pour fonder raisonnablement une plainte de faute professionnelle ou d'incompétence. Je rejette la notion que l'AAINB a mise de l'avant dans ses observations, selon laquelle cette procédure est analogue à une enquête préliminaire en matière pénale étant donné qu'en vertu du par. 21(2) de la *Loi*, le comité n'est pas obligé de tenir une audience ni d'offrir à un membre l'occasion de formuler oralement des observations avant de prendre une décision.

[7] Dans la présente instance, la registraire a remis à M. Estabrooks une copie de la plainte et lui a donné au moins deux semaines pour y répondre. Devant le risque d'éventuels conflits d'intérêts, le président du comité des plaintes, un autre membre et le

membre suppléant ont été remplacés. Le 25 septembre 2002, le comité des plaintes nouvellement constitué s'est réuni et a décidé de renvoyer la plainte devant le comité de discipline, comme il était habilité à le faire en vertu de l'al. 21(3)a) de la *Loi*. Le 21 novembre 2002, dans une décision révisée, le comité des plaintes a confirmé que seule la seconde partie de la plainte faisait l'objet d'un renvoi au comité de discipline : le refus de M. Estabrooks de rédiger une lettre d'excuses. Le comité des plaintes n'a pas considéré que la première partie de la plainte était de sa compétence.

[8] Le comité de discipline, créé par l'art. 22 de la *Loi*, se compose de cinq membres, quatre membres de l'AAINB nommés par le conseil et une personne qui ne fait pas partie de l'AAINB, nommée par le Ministre. Lorsque le comité des plaintes le lui ordonne, il est tenu d'entendre l'allégation de faute professionnelle ou d'incompétence formulée contre un membre et de statuer sur celle-ci (par. 23(1)a) de la *Loi*).

[9] Le 14 janvier 2003, le comité de discipline a tenu une audience et conclu que M. Estabrooks avait commis une faute professionnelle. M. Estabrooks a interjeté appel de cette décision devant la Cour du Banc de la Reine conformément au par. 25(1) de la *Loi*, et un juge de la Cour a accueilli l'appel, concluant que la plainte avait trait à une question de gouvernance et que par conséquent, le comité de discipline n'avait pas compétence pour l'entendre.

[10] Le 12 janvier 2009, M. Estabrooks a intenté une action à l'AAINB pour poursuite malveillante. Le procès a duré trois jours. M. Estabrooks a témoigné pour son compte et un membre du conseil a fait une déposition en sa faveur. L'AAINB a appelé la registraire à la barre.

[11] Le juge a rendu une décision de 44 pages comptant 167 paragraphes dans laquelle il a conclu que l'AAINB était coupable du délit civil quasi criminel de poursuite malveillante envers M. Estabrooks. Cent cinq paragraphes de la décision étaient des reproductions directes (copier-coller) des mémoires préalables et postérieurs au procès

présentés par les parties, la très grande majorité émanant de l'intimé. Sur les 62 paragraphes restants, 23 traitaient des questions en litige.

II. Les moyens d'appel

[12] L'AAINB se fonde sur les trois moyens d'appel suivants :

1. le fait que le juge du procès a assimilé les extraits des observations écrites qu'il a cités à ses motifs de jugement constitue une preuve forte qu'une personne raisonnable, bien informée de toutes les circonstances pertinentes, conclurait qu'il a omis de s'attaquer aux questions en litige et de les trancher de façon impartiale et indépendante, d'où la nécessité d'un nouveau procès; et à titre subsidiaire,
2. le juge du procès a commis des erreurs relativement au droit de la responsabilité du fait d'autrui, à la question de savoir si le critère juridique requis en matière de poursuite malveillante avait été rempli et à l'interprétation qu'il a faite des dispositions de la *Loi* qui précisent le rôle du registraire en cas de dépôt d'une plainte; et
3. le juge du procès a commis différentes erreurs de fait ainsi que des erreurs mixtes de fait et de droit à la fois manifestes et dominantes en tirant contre la registraire une inférence défavorable de malveillance ou de fin illégitime.

III. La question en litige

[13] L'appelante affirme que le juge du procès a été amené à commettre trois graves erreurs de droit en raison d'un vice de procédure consistant à copier et coller de larges extraits des observations écrites de l'intimé (l'AAINB va même jusqu'à soutenir que, de ce fait, nous ne pouvons aucunement nous fonder sur quelque partie que ce soit de sa décision). Aux fins du présent appel, je ne juge pas nécessaire de me lancer dans

une analyse de la structure de la décision du juge du procès. À mon avis, cette question revêt une importance secondaire. La question la plus importante, c'est que le juge du procès a commis, d'une part, une erreur de droit en déterminant dans quelle mesure le délit civil de poursuite malveillante dans des procédures civiles s'applique aux comités de discipline provinciaux autonomes et, d'autre part, une erreur de droit et une erreur mixte de droit et de fait en appliquant le critère aux faits particuliers de la présente instance.

[14] En ce qui concerne le premier moyen d'appel de l'appelante, je limiterai mes observations au point suivant : les juges de première instance devraient savoir qu'il est souhaitable qu'ils expriment leurs conclusions dans leurs propres mots. S'ils décident de copier-coller de larges extraits des observations des parties, leurs motifs seront examinés en fonction de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *Cojocarú c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] A.C.S. n° 30 (QL), afin de déterminer si l'incorporation de ces extraits est telle qu'elle amènerait une personne raisonnable à conclure que le juge n'a pas porté son attention sur les questions en litige et que sa décision à leur égard n'a pas été rendue de façon indépendante et impartiale. Si tel est le cas, le jugement peut être annulé : « Il incombe à la personne qui conteste le jugement de réfuter la présomption au moyen d'une preuve convaincante démontrant qu'une personne raisonnable informée de toutes les circonstances pertinentes conclurait que le juge ne s'est pas formé une opinion sur les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon impartiale et indépendante » (par. 22). Comme l'a fait observer la juge en chef McLachlin, qui a rendu la décision unanime de la Cour, la reproduction de larges extraits d'autres textes constitue une pratique déconseillée, mais le défaut de produire un texte original, en soi, ne réfute pas la présomption d'impartialité et d'intégrité judiciaires (par. 36).

[15] En l'espèce, j'entends centrer ma démarche sur le délit civil de poursuite malveillante : est-il applicable dans les présentes circonstances et, si tel est le cas, le critère a-t-il été rempli? Plus particulièrement, le juge du procès a-t-il satisfait au critère en quatre parties énoncé dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, [1989]

A.C.S. n° 86 (QL), lorsqu'il a interprété les dispositions de la *Loi* qui visent le rôle du registraire en cas de dépôt d'une plainte?

IV. Norme de contrôle

[16] Dans l'arrêt *Godin c. Star-Key Enterprises and Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 R.N.-B. (2^e) 180, notre Cour a déclaré que toute analyse par la Cour d'appel a comme point de départ la détermination de la norme de contrôle applicable à chaque question soulevée en appel :

[...] Comme l'a souligné le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *Roy c. Doucet* (2005), 288 R.N.-B. (2^e) 12, 2005 NBCA 84, au paragraphe 13, « [l]e bien-fondé de l'appel de l'appelante doit être évalué à la lumière de la norme précise qui régit l'examen en appel de chaque question soulevée ». [Par. 7]

La norme de contrôle est déterminée sur la base du type de question qui doit être tranchée en appel. Dans le cas des pures questions de droit, la règle fondamentale applicable en matière de contrôle des conclusions du juge du procès est que les cours d'appel ont toute latitude pour substituer leur opinion à celle des juges de procès, et c'est donc la norme de la décision correcte qui est applicable : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au par. 8. Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. En ce qui concerne la norme de contrôle, ces questions s'étalent le long d'un spectre (par. 36). Lorsque, par exemple, la conclusion est entachée d'une erreur imputable à l'application d'une norme incorrecte, à l'omission de tenir compte d'un élément essentiel d'un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d'erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, au par. 36; *Doiron c. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 R.N.-B. (2^e) 79, au par. 70, motifs du juge d'appel Richard; et *LeBlanc c. Fundy Drywall Ltd. et Allain*, 2014 NBCA 2, 414 R.N.-B. (2^e) 339, au par. 12, motifs de la juge d'appel Quigg.

V. Analyse et décision

[17] Il convient de noter d'emblée que M. Estabrooks n'a pas plaidé la responsabilité du fait d'autrui. Il n'a pas non plus joint d'autres personnes à son action pour poursuite malveillante. Ni l'auteur de la plainte, ni l'avocat qui a traité de la plainte, ni la registraire ne sont nommés comme parties, de sorte qu'en l'espèce, l'allégation de poursuite malveillante visait uniquement l'AAINB. Cela soulève la question de savoir si l'AAINB peut être déclarée coupable du délit civil quasi criminel de poursuite malveillante pour des mesures qu'elle a prises en sa qualité de société. La responsabilité délictuelle d'une société peut-elle être directement engagée ou doit-elle être établie par le truchement d'une partie impliquée dans les affaires de la société grâce au mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui? Je traiterai de cette question lorsque je discuterai de l'application particulière du critère de l'arrêt *Nelles* à la présente instance.

[18] Le délit civil de poursuite malveillante existe depuis des siècles. Comme lord Sumption l'explique dans l'arrêt *Crawford Adjusters and others c. Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17, [2013] 4 All ER 8, un appel d'une décision de la Cour d'appel des îles Caïmans devant le Conseil privé, il visait à répondre à un besoin particulier :

[TRADUCTION]

[Le délit civil] tire son origine d'une particularité de l'histoire juridique de l'Angleterre où, jusqu'à la création, dans les années 1830, des premières forces policières publiques dotées de pouvoirs en matière de poursuites, presque toutes les poursuites étaient des poursuites privées. Elles étaient intentées par des particuliers, généralement les victimes, ou à l'occasion par des fonctionnaires publics à titre personnel. Le poursuivant privé procédait néanmoins à la mise en accusation au nom de la Couronne, et il remplissait une fonction essentiellement publique. Le fait que les pouvoirs de coercition de l'État étaient invoqués par une personne privée qui contrôlait à la fois l'introduction et la conduite de la procédure donnait souvent lieu à des abus, ce qui a été une préoccupation constante du droit du treizième au dix-neuvième siècle. Cela a marqué les débuts

du délit civil de complot, l'un des tout premiers délits civils reconnus en droit anglais. À l'origine de nature législative avant d'être ensuite développée par la common law au cours des quatorzième et quinzième siècles, la toute première version du délit civil de complot était essentiellement caractérisée par l'association de deux personnes ou plus qui accusaient faussement et avec malveillance une autre personne de trahison ou de félonie : voir Holdsworth, *A History of English Law*, 2^e éd, viii (1937), 378, 379, 385, et la citation de *March's Actions for Slander* à la p. 385n⁵. Il était impossible de s'en prévaloir pour la poursuite malveillante d'actions civiles. [Par. 136]

[19] Dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts*, 9^e éd. (New South Wales: The Law Book Company Ltd., 1998), John G. Fleming décrit le délit civil de poursuite malveillante en ces termes :

1. Poursuite malveillante

Le délit civil de poursuite malveillante est dominé par le problème qui consiste à trouver un équilibre entre deux intérêts opposés revêtant une importance sociale élevée : soustraire l'individu au harcèlement causé par une poursuite injustifiée et encourager les citoyens à apporter leur soutien à l'application de la loi. D'un côté, il est inutile de souligner que le fait de porter des accusations scandaleuses est de nature à faire subir à l'accusé un grave préjudice à son honneur et à sa dignité ainsi qu'à sa réputation et à son crédit au sein de la communauté. Par conséquent, la poursuite malveillante ressemble beaucoup à la diffamation, car il s'agit dans les deux cas de violations, par le demandeur, d'un éventail d'intérêts qui sont essentiellement les mêmes. D'un autre côté, on trouve par contre l'intérêt concurrent de la société dans la mise en application efficace du droit criminel, ce qui exige que les particuliers qui contribuent à ce que les présumés contrevenants soient traduits en justice, pas moins que les poursuivants, soient convenablement protégés contre le préjudice qu'ils subiraient tout probablement si le prévenu obtenait gain de cause à l'issue de la poursuite. De plus, il existe d'autres sanctions contre les dénonciateurs qui se rendent coupables d'inconduite. On a accordé tellement d'importance à cette considération que l'action pour

poursuite malveillante est soumise à un contrôle bien plus serré que n'importe quelle autre en droit des délits civils. [...] Ainsi, la poursuite malveillante est restée une cause d'action distincte qui, à plusieurs égards, notamment dans l'attribution du fardeau de la preuve et le partage des fonctions entre le juge et le jury, accorde aux particuliers qui engagent des poursuites criminelles une protection bien supérieure à celle que confèrent les immunités conditionnelles en cas de publication de propos diffamatoires. [Page 673]

[C'est moi qui souligne.]

[20] En common law, la Couronne bénéficiait d'une immunité totale contre la responsabilité civile, dont les actions pour poursuite malveillante. Cet état de chose a duré jusqu'au milieu du vingtième siècle, lorsque le gouvernement du Canada a commencé à légiférer sur la responsabilité de l'État. Ces textes législatifs ont donné lieu à une divergence d'opinion quant à savoir s'il fallait continuer de reconnaître au ministère public l'immunité absolue contre la responsabilité civile dont il avait joui jusqu'alors : *Miazga c. Kvello Estate*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, au par. 43. La Cour suprême du Canada a tranché le débat dans l'arrêt *Nelles*. Dans cet arrêt de principe, elle a déterminé que l'immunité absolue du procureur général et du ministère public contre les actions pour poursuite malveillante était chose du passé, et elle a défini la norme applicable à la responsabilité du ministère public en fonction du critère à quatre volets déjà existant (*Miazga*, au par. 4).

[21] Dans l'arrêt *Nelles*, une infirmière accusée du meurtre de quatre enfants en bas âge a été acquittée relativement à chacun des chefs d'accusation à l'issue de l'enquête préliminaire. Elle a alors intenté une action contre la Couronne du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario ainsi que plusieurs policiers, alléguant que le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, avaient conseillé à la police de porter des accusations et d'engager des poursuites contre elle et l'avaient aidée et encouragée à le faire, et que le procureur général et les procureurs de la Couronne avaient agi avec malveillance. Le juge Lamer (tel était alors son titre) a observé à quel point il serait difficile pour un demandeur d'avoir gain de cause dans une action pour poursuite

malveillante intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, mais il est arrivé à la conclusion que la confiance du public dans l'impartialité des poursuivants et le principe de l'égalité devant la loi militaient en faveur de l'abolition de l'immunité absolue (par. 45 à 56). La juge L'Heureux-Dubé, dans une opinion dissidente, aurait maintenu le droit à l'immunité. Elle a fondé son opinion sur le pouvoir conféré et le bien du public, concluant qu'il existe de sérieuses raisons de principe qui militent en faveur de l'immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne à l'encontre de poursuites pour des actes commis dans le bon exercice de leurs fonctions (par. 95). Toutefois, le message de la Cour est clair, net et précis. Malgré l'absence d'une immunité absolue, il demeure extrêmement difficile d'obtenir gain de cause dans une action pour poursuite malveillante contre un procureur général ou son substitut.

[22] Dans l'arrêt *Nelles*, la Cour suprême définit et encadre l'action pour poursuite malveillante comme suit :

Le demandeur doit prouver quatre éléments pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives :

- a) les procédures ont été engagées par le défendeur;
- b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;
- c) l'absence de motif raisonnable et probable;
- d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi. [Par. 42]

En ce qui concerne l'application du critère, le lecteur est invité à se référer aux arrêts *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9 et *Miazga*.

[23] Ce sont les deux dernières exigences qui ont posé le plus de difficultés. Le troisième élément impose au défendeur l'obligation de prouver l'inexistence de quelque chose, l'absence de motifs raisonnables et probables pour entamer les poursuites. Le quatrième, la preuve d'une intention malveillante ou d'un but illégitime, est selon moi

l'exigence la plus difficile à remplir et je me concentrerai sur cet élément dans mon analyse de l'application du critère en l'espèce. Comme l'a précisé le juge Lamer, le demandeur doit établir que le procureur général ou son substitut a « commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il [a] abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle » (par. 45). Dans l'arrêt *Proulx*, les juges Iacobucci et Binnie, dans un jugement majoritaire, ont fait observer qu'une action pour poursuite malveillante doit reposer sur « plus que l'insouciance ou la négligence grave. [Elle] exige plutôt des éléments de preuve révélant un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale » (par. 35). Dans l'arrêt *Miazga*, l'arrêt le plus récent de la Cour suprême sur la poursuite malveillante, la Cour a noté que ce délit civil offre une voie de recours lorsque la conduite du substitut du procureur général est « si inacceptable qu'elle ne ressortit plus à son rôle de représentant de la justice » (par. 51). Sous cet angle, il est facile de comprendre pourquoi l'ordre public n'exige pas l'immunité pour une telle conduite et de voir qu'il est peu probable d'obtenir gain de cause dans des actions pour poursuite malveillante.

[24] Le délit civil de poursuite malveillante exige également la preuve que le demandeur a subi un préjudice découlant de la poursuite même. Un préjudice réel est exigé : Fleming, à la page 686. Ainsi, l'action se limite aux types de poursuites qui privent le demandeur ou la demanderesse de sa liberté ou portent atteinte à sa réputation ou à ses intérêts pécuniaires : *Lee c. Hopedgain International Holdings Inc.*, [1997] B.C.J. No. 1633 (C.S.) (QL) au par. 94, citant *Butterfield c. Butterfield*, [1993] B.C.J. No. 2770 (C.S.) (QL).

[25] Bien que la possibilité de se prévaloir du délit civil de poursuite malveillante ait été quelque peu étendue par l'arrêt *Nelles*, ce délit reste essentiellement restreint aux affaires comportant des poursuites criminelles. Fleming note que les efforts visant à étendre cette action aux poursuites civiles ont reçu [TRADUCTION] « un accueil qui a été tout sauf enthousiaste » (page 675). Les remarques que le juge Lander a

faites dans l'arrêt *Norman c. Soule*, [1991] B.C.J. No. 2061 (C.S.) (QL), constituent un exemple de cette réticence du pouvoir judiciaire :

[TRADUCTION]

Les tribunaux, tant au Canada qu'au Royaume-Uni, ont mis en doute la possibilité d'obtenir gain de cause dans des actions pour poursuite malveillante découlant d'une action civile. [...] Les tribunaux devraient être tout aussi réticents à favoriser le recours aux actions pour poursuite malveillante dans des poursuites civiles qu'ils sont disposés à autoriser leur utilisation dans des affaires criminelles.

[...] L'ordre public favorise cette attitude. [L]es demandeurs pourraient être dissuadés de défendre leurs droits s'ils avaient la conviction que s'ils n'arrivaient pas à faire la preuve de leurs prétentions, leur responsabilité pourrait être engagée dans le cadre d'une action pour poursuite malveillante. Cet effet paralysant sur les poursuites est le principal argument invoqué pour priver systématiquement de ce recours les personnes qui sont acquittées de poursuites criminelles (sauf dans des cas exceptionnels, par ex. celui de Susan Nelles). De plus, comme de nombreux défendeurs sont mécontents de faire l'objet de poursuites, on pourrait s'attendre à ce que les tribunaux soient inondés de demandes de ce type, ce qui les empêcherait de s'occuper de choses plus urgentes.

C'est pour ces raisons, entre autres, que les tribunaux ont exigé des défendeurs qui ont été injustement lésés qu'ils se prévalent plutôt de la protection qu'offre le droit de la diffamation.

[...]

En résumé, le droit d'intenter une action pour poursuite malveillante est presque uniquement réservé aux cas dans lesquels des accusations criminelles ont été portées à tort, à condition qu'elles l'aient été par malveillance. Une cause d'action de ce genre dans une instance civile est extrêmement rare. Les tribunaux sont plus portés à considérer la réparation obtenue dans le cadre d'une instance civile comme l'antidote au poison d'une demande non fondée ou à voir dans une demande pour diffamation verbale un recours dont le défendeur lésé peut se prévaloir.

[C'est moi qui souligne.]

[26] Dans son ouvrage intitulé *Tort Law*, 5^e éd. (Toronto: Carswell, 2012), Lewis N. Klar écrit que les actions pour poursuite malveillante ont pour objet de permettre l'indemnisation du préjudice subi par une personne qui a été victime d'une poursuite injustifiée. Il ajoute qu'il n'est pas question que [TRADUCTION] « chaque action en justice rejetée donne lieu à une demande pour poursuite malveillante simplement parce que la personne poursuivie a été obligée d'opposer une défense, ce qui lui a causé des désagréments ou lui a coûté de l'argent » (page 68). Il fait également observer que la question de savoir s'il est possible d'intenter une action pour poursuite malveillante dans des cas d'actions civiles ordinaires reste, dans une certaine mesure, encore [TRADUCTION] « ouverte », mais que [TRADUCTION] « la jurisprudence semble s'y opposer » et que les précédents canadiens ont généralement adopté une attitude restrictive (page 69).

[27] Généralement, les organes professionnels d'origine législative n'ont pas été tenus responsables des préjudices découlant de l'exercice erroné de leur jugement dans des affaires de nature quasi judiciaire, à condition qu'ils aient agi de bonne foi et sans malveillance : James T. Casey, *The Regulation of Professions in Canada*, édition à feuilles mobiles (Toronto: Carswell, 1994), aux pages 11 à 32. Peu de temps après le prononcé de l'arrêt *Nelles*, toutefois, les tribunaux ont été invités à étendre encore plus la portée du délit de poursuite malveillante, de sorte qu'il ne serait plus limité aux poursuites criminelles mais pourrait être invoqué dans les poursuites « civiles » dans le contexte de la procédure disciplinaire engagée par des organes professionnels : *Stoffman c. Ontario Veterinary Association*, [1990] O.J. No. 1151 (H. Ct. J.) (QL)). Sur le fondement de cette décision, certains tribunaux canadiens se sont montrés disposés à permettre que des actions pour poursuite malveillante soient intentées dans de telles circonstances, même si le fardeau dont doit s'acquitter le demandeur reste lourd. La Cour suprême n'a pas encore eu l'occasion de préciser si les parties associées à un processus disciplinaire de nature professionnelle bénéficient d'un privilège absolu (Casey, 11-36).

[28] En l'espèce, M. Estabrooks laisse entendre que l'AAINB peut être tenue responsable de poursuite malveillante pour les actes des personnes qui ont été associées

au processus disciplinaire de cet organe professionnel. L'AAINB soutient pour sa part que le critère juridique en vigueur pour des poursuites malveillantes, que la Cour suprême a énoncé dans l'arrêt *Nelles* dans le contexte d'une poursuite au criminel, est difficile à appliquer à des associations professionnelles provinciales autonomes qui disposent de mécanismes prévus par la loi relativement à l'infliction de sanctions disciplinaires et au traitement des plaintes.

[29] Le juge du procès a formulé la question en ces termes : Une action pour poursuite malveillante peut-elle être intentée contre un organe autonome comme l'AAINB? Il a répondu dans un court paragraphe :

[TRADUCTION]

La jurisprudence canadienne appuie la thèse selon laquelle des actions pour poursuite malveillante peuvent être intentées contre des associations professionnelles autonomes comme l'AAINB. [Par. 28]

[30] Il explique ensuite ce qui suit :

[TRADUCTION]

La procédure disciplinaire est de nature quasi criminelle et les organes autonomes ont le pouvoir d'infliger des sanctions qui peuvent notamment aller jusqu'à exclure un membre de l'organe qui règlemente sa profession. Il en découle que la procédure engagée sous de faux semblants, ou par malveillance, donne matière à poursuites. [Par. 29]

[31] Étant donné qu'il s'agit en l'espèce d'une question que notre Cour n'a jamais examinée, il convient de passer en revue la jurisprudence existante. Le juge du procès fonde cette prémisse sur l'affaire *Benalcazar c. Tahtadjian*, [1997] O.J. No. 4498 (C.J.) (QL), un jugement de six paragraphes dans lequel un juge de la Division générale de la Cour de justice de l'Ontario avalisait une décision rendue par un juge de première instance dans laquelle le patient d'un dentiste avait déposé contre ce dernier une plainte pour conduite indigne d'un professionnel peu après que le dentiste eut intenté à ce patient une poursuite en recouvrement d'une petite créance au titre de services professionnels impayés. Le dentiste avait intenté au patient une action en nuisance. Dans son jugement,

la Cour est arrivée à la conclusion que le délit dont il était question était celui de poursuite malveillante, et non celui de nuisance, et que la procédure engagée devant une instance disciplinaire pouvait donner lieu à une telle action. Dans cette affaire, le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je me fonde sur l'affaire *Stoffman c. Ontario Veterinary Association* (1990), 73 O.R. (2d) 737 (Cour divisionnaire) comme précédent à l'appui de la proposition selon laquelle une action pour poursuite malveillante ne doit pas nécessairement être basée sur une poursuite criminelle antérieure mais peut également être fondée sur une procédure qui s'est déroulée devant une instance disciplinaire. Je me fonde également sur cette affaire à l'appui de la proposition voulant que dans une telle action, le demandeur puisse recouvrer les frais qu'il a engagés pour assurer sa défense dans la procédure disciplinaire.
[Par. 5]

[32] Dans *Stoffman*, une motion préliminaire avait été introduite pour solliciter le rejet d'une action pour poursuite malveillante intentée à une association professionnelle au motif que cette dernière jouissait d'une immunité absolue contre une telle action pour des motifs d'ordre public. Stoffman était un chirurgien vétérinaire membre de l'Ontario Veterinary Association. Une plainte contre Stoffman avait été déposée auprès de l'Association après qu'un chien séjournant dans son hôpital vétérinaire eut été perdu pendant sa promenade avant d'être retrouvé mort. L'Association avait décidé de ne pas renvoyer l'affaire au Conseil de l'Association pour la tenue d'une audience disciplinaire, mais après que les propriétaires du chien eurent déposé une seconde plainte, l'affaire avait été examinée par le comité exécutif qui avait alors décidé de rencontrer les propriétaires en l'absence de Stoffman et de tenir une audience disciplinaire. Stoffman avait été accusé de conduite indigne d'un professionnel. Il a été déclaré non coupable à l'issue d'une audience disciplinaire en règle et a intenté à l'Association une action en dommages-intérêts pour poursuite malveillante. Le juge du procès a conclu que des raisons de principe justifiaient qu'une telle action ne puisse être intentée contre une association professionnelle autonome relativement à une procédure

disciplinaire engagée contre l'un de ses membres. L'action a été rejetée. Stoffman a interjeté appel et a obtenu gain de cause.

[33] À ma connaissance, le seul précédent sur cette question était l'arrêt *McCarthy c. Barter* (1895), 15 C.L.T. 198 (C.S.T.N.-O.), une décision de la Cour suprême pour le district judiciaire du Nord de l'Alberta. Dans l'affaire *Stoffman*, la Cour a conclu en bout de ligne que compte tenu de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nelles*, si une action pour poursuite malveillante peut même être intentée au procureur général et ses représentants, aucune raison de principe ne saurait justifier qu'un organe disciplinaire professionnel jouisse d'une immunité absolue contre de telles poursuites. La Cour divisionnaire est en outre arrivée à la conclusion que pour qu'une action pour poursuite malveillante soit recevable, il n'est pas nécessaire que la « poursuite » ait été de nature criminelle. Une plainte ayant pour but de diffamer Stoffman en mettant en doute sa réputation professionnelle et personnelle constituait le type de poursuite susceptible d'appuyer une action pour poursuite malveillante. De plus, Stoffman avait dû retenir les services d'un avocat et se défendre contre l'atteinte portée à sa carrière professionnelle, ce qui lui avait coûté de l'argent et avait constitué une source de contrariété et de perturbation.

[34] De la même façon, dans l'arrêt *Griffin c. Summerside (City)*, 2008 PESCAD 14, [2008] P.E.I.J. No. 46 (QL), une cause dans laquelle des accusations avaient été portées pour manquement à des règlements par suite du comportement d'agents de police, les juges majoritaires ont fait les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Il est aujourd'hui bien établi que les organes disciplinaires professionnels ainsi que les personnes qui sont habilitées à entamer une procédure devant de tels organes ne jouissent pas d'une immunité contre les actions pour poursuite malveillante. Voir : *Stoffman c. Ontario Veterinary Association* [...]. Les accusations qu'Arsenault a portées et poursuivies contre Griffin pour infraction aux règlements par suite du comportement de ses agents de police sont en fait des accusations de nature disciplinaire. [Par. 12]

[35] Dans l'affaire *Khanna c. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1999] O.J. No. 2311 (C. sup. Ont.) (QL), des allégations d'inconduite professionnelle de la part du dentiste demandeur avaient été renvoyées devant le comité de discipline du College défendeur pour qu'il entende et tranche la question. L'un des défendeurs, B, était l'avocat que le College avait retenu pour défendre ses intérêts dans la procédure disciplinaire. Après avoir tenu une audience, le comité de discipline avait mis fin à la procédure disciplinaire. Le demandeur a alors intenté au College et à B, entre autres, une action dans laquelle il alléguait avoir été victime de manquement à l'obligation d'équité et aux règles de justice naturelle, de négligence, de poursuite malveillante, de complot, d'atteinte aux relations économiques, d'abus de procédure et de violation des droits que lui conférait la *Charte canadienne des droits et libertés*. B a alors présenté une motion en radiation de l'exposé de la demande déposé dans l'action intentée contre lui au motif qu'il ne révélait aucune cause d'action fondée. Sa motion a été accueillie. La Cour a conclu que l'art. 38 de la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, 1991, L.O. 1991, ch. 18, ne prévoit aucunement la possibilité d'intenter contre l'ordre ou un mandataire de l'ordre une action en dommages-intérêts à l'égard d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'un pouvoir que lui confère une loi sur une profession de la santé, ou à l'égard de toute négligence ou omission commise dans l'exercice de bonne foi de la fonction ou du pouvoir conféré ou de ce pouvoir. B était un « mandataire » de l'ordre au sens de l'art. 38 en ce qui concernait tous ses contacts avec le demandeur. L'exposé de la demande ne renfermait aucune allégation que B avait fait quoi que ce soit en dehors du processus de la poursuite. L'article 38 exonérait B de toute responsabilité découlant de la poursuite entamée par l'ordre à moins que le demandeur ne soit en mesure de prouver que B avait agi avec malveillance ou de mauvaise foi. Certes, l'exposé de la demande renfermait plusieurs allégations de mauvaise foi ou de malveillance, mais de simples allégations de cette nature étaient insuffisantes. Il fallait alléguer l'existence de faits précis pour étayer la demande. La demande ne plaidait pas des faits qui, s'ils étaient avérés, auraient permis de satisfaire à un critère nécessaire de la cause d'action en question dans la mesure où elle était fondée sur des allégations de mauvaise foi ou de malveillance.

[36] Advenant que le demandeur ait bel et bien plaidé l'existence de faits précis à l'appui de ses allégations de malveillance contre B, il était également tenu de plaider que B avait eu une conduite délictueuse pour étayer sa demande de dommages-intérêts. Il n'existe en droit aucune action permettant d'obtenir des dommages-intérêts pour manquement à l'obligation d'équité ou aux règles de justice naturelle. Étant donné que la négligence suppose une absence d'intention, l'art. 38 de la *Loi* était applicable et offrait une immunité contre l'action en dommages-intérêts pour négligence intentée par le demandeur. Les éléments nécessaires des délits civils de complot, de poursuite malveillante, d'atteinte aux relations économiques et d'abus de procédure n'avaient pas été plaidés contre B. La *Charte* ne s'appliquait pas à B car il n'était pas un intervenant gouvernemental. L'exposé de la demande ne révélait aucune cause d'action fondée contre B.

[37] En appel, dans l'arrêt *Khanna c. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [2000] O.J. No. 946 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi devant la CSC refusée, [2000] C.S.C.R. n° 244, dans un jugement favorable à l'appelant, la Cour a déclaré que même si l'action intentée au défendeur [B] était fondée sur le délit civil de poursuite malveillante, il s'agissait d'un cas inédit étant donné que l'action en question visait un avocat qui n'avait pas engagé la procédure disciplinaire contre le demandeur, mais avait pris la direction de la poursuite et l'avait ensuite menée pour le compte du Royal College of Dental Surgeons jusqu'à ce qu'elle soit finalement rejetée. Toutefois, la nouveauté ne saurait constituer un obstacle à une action au stade des plaidoiries. De l'avis des juges majoritaires, les plaidoiries, si elles peuvent être prouvées, pourraient fonder une action pour poursuite malveillante. On ne sait pas très bien si cette affaire a finalement été instruite.

[38] Dans l'affaire *Alevizos c. Manitoba Chiropractors Assn.*, 2009 MBQB 116, [2009] M.J. No. 154 (QL), plusieurs allégations d'inconduite professionnelle de la part d'un chiropraticien avaient été présentées à l'Association des chiropraticiens du Manitoba. Un comité d'enquête avait conclu qu'il avait effectivement manqué à ses obligations professionnelles mais qu'il n'était pas coupable d'inconduite professionnelle,

et avait donc rejeté les accusations portées contre lui. L'Association avait alors interjeté appel devant la Cour du Banc de la Reine qui, sur la base des conclusions de fait tirées par le comité d'enquête, avait conclu qu'Alevizos était bel et bien coupable d'inconduite professionnelle. La Cour d'appel a ensuite rétabli la décision du comité d'enquête pour des raisons de compétence. Alevizos a alors intenté une action à l'Association et à ses membres en les accusant de négligence, d'exécution irrégulière d'une charge publique, de complot civil et de poursuite malveillante. La Cour a dit : [TRADUCTION] « Il y a eu un certain nombre de causes dans lesquelles des actions pour poursuite malveillante intentées à des organes de réglementation professionnelle semblables à l'Association des chiropraticiens du Manitoba ont été déclarées fondées », en citant *Stoffman, Khanna et Bainard c. Toronto Police Services Board*, [2002] O.J. No. 2765 (C. sup. Ont.) (QL) (par. 64). La Cour a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Nelles*, mais elle a déterminé, sur le fondement des faits, qu'il n'y avait pas eu de poursuite malveillante. Les défendeurs croyaient sincèrement que la procédure devait être engagée et, compte tenu du comportement apparent du demandeur, elle avait des motifs raisonnables et probables d'aller de l'avant.

[39] Comme la Cour suprême l'a noté dans l'arrêt *Nelles*, dans une action pour poursuite malveillante, la charge de preuve incombant au demandeur est « lourde et stricte » (par. 52). Bien que certains tribunaux soient disposés à déclarer recevables des actions pour poursuite malveillante relatives à des audiences disciplinaires, il reste qu'il peut être difficile d'en établir la preuve sur la base des faits : *Alevizos; Bainard; Roach c. Long*, [2000] O.J. No. 3588 (C. sup. Ont.) (QL); et *Symington c. Halifax (Regional Municipality)*, 2011 NSSC 474, [2011] N.S.J. No. 702 (QL).

[40] Quelle est la valeur de précédent de toutes ces causes? Je ne suis pas persuadée que l'état du droit au Canada soit maintenant tel que les organes de réglementation des professions et les particuliers qui entament une procédure auprès de ces organes ne jouissent pas d'une immunité contre les actions pour poursuite malveillante. La majorité des décisions citées à l'appui de cette proposition invoquent comme précédent l'affaire *Stoffman*, un seul et unique arrêt de l'ancienne Haute Cour de

justice qui est maintenant la Cour suprême de l'Ontario. La proposition a fait l'objet d'un examen en appel dans seulement deux autres ressorts, la Nouvelle-Écosse et l'Île-du-Prince-Édouard. Il va de soi que ces opinions, si instructives soient-elles, ne sauraient lier notre Cour. Il ne faut pas oublier non plus qu'en l'espèce, la procédure a été entamée au moyen d'une plainte écrite envoyée à la registraire par un autre membre de l'Association et que c'est l'AAINB elle-même qui est poursuivie sans que la responsabilité du fait d'autrui ait été plaidée. De fait, il faut se demander si une action fondée sur la responsabilité du fait d'autrui est recevable étant donné que les plaidoiries ne faisaient pas état des noms des personnes dont la responsabilité principale aurait pu être engagée. Par conséquent, bien que je convienne que les organes disciplinaires provinciaux autonomes, tout comme les substituts du procureur général, ne devraient pas bénéficier d'une immunité absolue en matière de responsabilité délictuelle s'ils commettent un abus de pouvoir, cette responsabilité délictuelle ne devrait pas être fondée sur le délit de poursuite malveillante. Deux précédents anglais me confortent dans mon opinion.

[41] Ces deux décisions anglaises n'ont pas été invoquées devant nous et elles ne semblent pas non plus avoir été examinées par les tribunaux canadiens, mais elles sont instructives quant à l'état du droit dans ce domaine. Dans l'arrêt *Gregory c. Portsmouth City Council*, [2000] UKHL 3, [2000] 1 AC 419, il s'agissait de déterminer si, en droit, le délit civil de poursuite malveillante peut s'étendre à l'introduction malveillante d'une procédure disciplinaire interne par une administration locale contre un conseiller. Lord Steyn, après avoir conclu que le délit civil de poursuite malveillante ne peut s'étendre à une procédure disciplinaire, a examiné d'autres délits civils, à savoir la diffamation, le mensonge malveillant, le complot et l'exécution irrégulière d'une charge publique, qui protègent les intérêts d'une personne à laquelle des audiences disciplinaires tenues sans justification et avec malveillance ont causé un préjudice. Il souligne également ce qui suit :

[TRADUCTION]

En droit anglais, il n'a jamais été possible de se prévaloir du délit civil de poursuite malveillante au-delà des limites

des poursuites criminelles et des cas exceptionnels d'abus de procédure dans des instances civiles. Plus particulièrement, il n'a jamais été étendu aux mesures disciplinaires, quelles qu'elles soient. Bien au contraire, la Chambre des lords a déclaré que ce délit civil ne s'étend pas à la procédure disciplinaire.

[...]

Étant donné qu'il n'a jamais été établi en Angleterre que ce délit civil pouvait s'étendre au-delà des actions judiciaires, l'évolution proposée constituerait une réforme radicale. De plus, il est important de souligner que les avocats ont été incapables de trouver, dans la jurisprudence de l'Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande, des précédents dans lesquels le délit civil a été étendu à la procédure disciplinaire. Bien que les ouvrages modernes traitant des délits civils publiés dans ces pays critiquent presque universellement la règle, ou la règle apparente, qui interdit d'intenter des actions pour poursuite malveillante dans une instance civile, on n'y trouve aucune indication d'un élargissement des limites de ce délit civil au-delà des actions judiciaires, ni aucune préconisation d'une telle évolution : voir Fleming, *The Law of Torts* 9^e éd., (1998), p. 673 à 688; Balkin, *Law of Torts*, 2^e éd. (1996), p. 709 à 723 (Australie); Klar, *Tort Law*, 2^e éd., (1996), p. 55 à 61 (Canada); Todd, *The Law of Torts in New Zealand*, (1997), p. 980 à 1002. L'absence de précédents allant dans ce sens dans des pays du Commonwealth dont les systèmes de droit sont plus semblables au nôtre que celui des États-Unis peut justifier que l'on soit sceptique, dans un premier temps, au sujet de la nécessité et de la faisabilité d'une telle réforme.

[42]

Lord Steyn conclut en ces termes :

[TRADUCTION] Jusqu'à maintenant, j'ai examiné l'affaire sous l'angle des allégations de M. Gregory. Toutefois, il faut aborder la question de façon plus large. On doit en effet prendre en considération la majorité des causes faisant état de mesures disciplinaires non fondées. Pour ma part, l'existence de délits civils étroitement liés, qui protègent les particuliers qui sont victimes de mesures disciplinaires injustifiées et malveillantes, détruit l'argument simpliste voulant qu'il n'existe pas d'autre recours. De fait, il en découle que l'extension du délit de

poursuite malveillante préconisée par les avocats n'est ni nécessaire, ni souhaitable. Si l'expérience des tribunaux montre que la protection actuellement offerte à ces victimes par d'autres délits est insuffisante, une meilleure solution consisterait peut-être à étendre le champ d'application d'autres délits civils, comme la Cour d'appel l'a fait dans l'arrêt *Khodaparast c. Shad*. Pour ces motifs, je conclurais que le délit civil de poursuite malveillante ne s'étend pas à la procédure disciplinaire.

[...]

Je ne suis pas persuadé que la nécessité d'une extension générale du délit aux instances civiles ait été démontrée compte tenu de la protection offerte par d'autres délits civils connexes. Je suis raisonnablement certain que les éventuelles injustices manifestes qui pourraient résulter de poursuites civiles sans fondement et pénalisantes sont soit déjà convenablement protégées par d'autres délits civils, soit susceptibles d'être réparées par des extensions d'autres délits civils qui pourraient se révéler nécessaires et souhaitables. Au lieu de me lancer dans une extension radicale du délit de poursuite malveillante, je m'en remettrais plutôt à la capacité de notre droit de la responsabilité délictuelle de se développer de façon pragmatique pour répondre aux vraies nécessités dont l'expérience a démontré l'existence.

[43] Dans l'arrêt *Crawford*, une décision de 2013 du Conseil privé, il s'agissait de déterminer si la portée du délit civil de poursuite malveillante devrait être étendue aux poursuites civiles. En 2005, l'ouragan Ivan s'était abattu sur les îles Caïmans et avait causé d'énormes dégâts matériels, notamment dans un lotissement de 35 unités résidentielles réparties dans six bâtiments de deux étages qui étaient situés sur le rivage et assurés par l'intimée, la Sagicor General Insurance. M. Paterson, un géomètre-expert résidant aux îles Caïmans, était l'expert local de la Sagicor. Frank Delessio en était le vice-président principal. Il est clair qu'il voulait ruiner M. Paterson : en juillet 2005, il avait déclaré qu'il voulait pousser M. Paterson à la faillite et le détruire sur le plan financier. Il avait entrepris de remplir sa mission avec détermination, engageant des avocats, faisant surveiller la victime visée par des enquêteurs privés, rencontrant un agent de police supérieur pour discuter de la possibilité que M. Paterson mène des activités

criminelles et intentant contre ce dernier des poursuites judiciaires dans lesquelles il l'accusait de fraude et de complot. Delissio avait également fait publier dans la presse locale un article extrêmement accablant au sujet des allégations qui étaient soulevées dans les poursuites engagées contre M. Paterson.

[44] Il était incontesté que l'action intentée par la Sagicor et la publication de l'article avaient causé un énorme préjudice à la réputation professionnelle de M. Paterson et que son entreprise avait beaucoup souffert. Quelques jours avant le procès, les demandeurs se sont désistés et M. Paterson a été autorisé à modifier sa demande reconventionnelle contre Sagicor de façon à ajouter la poursuite malveillante et/ou l'abus de procédure. Le juge du procès a rejeté l'action au motif que l'état actuel du droit ne permettait pas d'étendre le délit à une procédure civile. Il a fixé le montant des pertes professionnelles subies par M. Paterson à 1,3 million de dollars des îles Caïmans. Il a également conclu que si M. Paterson avait pu intenter une action pour abus de procédure ou pour poursuite malveillante, il aurait obtenu 35 000 dollars des îles Caïmans en dommages-intérêts au titre de la souffrance morale, du préjudice et de l'humiliation qu'il avait subis. Sa décision a été confirmée en appel. En appel devant le Conseil privé, lord Wilson, au nom des juges majoritaires, a accordé le redressement sollicité après avoir résumé les conclusions qu'il avait tirées au sujet des poursuites civiles malveillantes :

[TRADUCTION]

a) Pour ma part, j'ai la conviction qu'à l'origine, la common law reconnaissait que le délit civil de poursuite malveillante s'étendait aussi bien à des instances civiles qu'à des instances criminelles.

b) Toutefois, le fait que, à l'origine, il était possible au défendeur qui avait eu gain de cause dans une procédure civile d'obtenir une ordonnance d'adjudication des dépens l'empêchait souvent de prouver le préjudice exigé par le délit civil, et c'est entre autres pour cette raison qu'on en est venu – en pratique – à utiliser surtout ce délit dans des instances criminelles.

[...]

e) Dans la mesure où la raison d'être du délit civil de poursuite malveillante est l'incapacité d'un défendeur qui a eu gain de cause de poursuivre un demandeur en diffamation relativement à des allégations malveillantes soulevées dans une action judiciaire, ce délit s'applique tout autant aux instances civiles qu'aux instances criminelles.

f) Étant donné (comme lord Steyn l'a laissé entendre dans l'affaire *Gregory* : voir 37b) ci-dessus) qu'une particularité du délit réside dans le fait que le défendeur a abusé des pouvoirs de coercition de l'État, il s'applique aussi bien en matière civile que criminelle. La redéfinition de cette particularité de façon à limiter l'abus des pouvoirs de coercition de l'État aux seules procédures criminelles n'obéit à aucun principe : cela reviendrait à délimiter uniquement le champ d'application du délit civil en fonction des préférences subjectives de l'auteur de la redéfinition.

g) Indépendamment de la malveillance qui peut inciter à faire des assertions dans une défense et du préjudice qui peut être causé de ce fait à une autre personne, il se pourrait que l'on ne puisse pas dire des défendeurs, comme des témoins, qu'ils abusent des pouvoirs de coercition de l'État. Ils pourraient donc se trouver hors de portée du délit et leur immunité pourrait rester absolue. Cependant, je laisserais cette question ouverte, tout comme le fait lord Kerr aux par. 111 à 113, même s'il met l'accent sur des éléments différents.

h) Si l'on ne peut se prévaloir d'aucun autre délit civil que celui de poursuite malveillante pour réparer le type de préjudice qu'a subi M. Paterson, les observations de lord Steyn dans l'affaire *Gregory* ne constituent nullement un obstacle à sa reconnaissance par les tribunaux. Bien au contraire, elles l'encouragent.

i) Un délit civil de poursuite malveillante dans le contexte d'une instance civile devrait permettre à un demandeur de recouvrer des dommages-intérêts au titre de la perte économique prévisible en plus de ses débours.

j) Les arguments de principe invoqués pour s'opposer au rétablissement d'un délit général de poursuite malveillante dans le contexte d'une instance civile sont dignes de

respect, mais ils ne sont pas suffisamment solides pour déroger à la règle qui a priorité. Également, ils ne tiennent peut-être pas compte de la difficulté de l'obstacle que, comme l'explique lord Kerr aux par. 109 et 110, le demandeur doit affronter pour démontrer non seulement que le défendeur a intenté son action sans motif valable mais également qu'il a agi avec malveillance, ou même pour établir une cause défendable.

k) Il serait peut-être possible de limiter la portée du délit civil de poursuite malveillante aux poursuites civiles fondées sur une allégation qui aurait pu faire l'objet d'une accusation au criminel. [...] Toutefois, je m'opposerais provisoirement à l'introduction de cette distinction potentiellement problématique et je désavouerais comme illogique le refus d'accorder réparation d'un préjudice causé à la victime d'une poursuite malveillante d'une action, quel qu'en soit le fondement, intentée sans motif raisonnable.

l) Du fait, comme lady Hale le souligne au par. 84, que le contrôle du recours abusif aux actions judiciaires se prête particulièrement bien au développement du droit prétorien, il faudra à l'avenir que les tribunaux veillent à ce que le rétablissement actuel d'un recours en cas d'abus de procédures civiles introduites par malveillance ne soit pas lui-même une source d'abus et, si tel est le cas, qu'ils procèdent aux changements voulus à cet effet. [Par. 78]

[45] Dans l'arrêt *Crawford*, les juges majoritaires étaient tous d'avis que lorsqu'il peut être démontré que les procédures de la Cour n'offrent pas une réparation appropriée (comme c'était le cas pour M. Paterson), il n'y a aucune logique à ce que la personne qui a été lésée soit empêchée d'invoquer ce délit civil pour obtenir réparation. Lady Hale a conclu que si quelqu'un introduit une poursuite civile qu'il sait [TRADUCTION] « déraisonnable » et qui a pour résultat de porter atteinte à la réputation, à la personne, à la liberté, aux biens ou aux finances du défendeur, cela relève du délit civil de poursuite malveillante (par. 90). Bien que cette explication semble parfaitement logique et acceptable pour certaines affaires commerciales exceptionnelles, assurément, sauf en de rares occasions, d'autres délits civils, qui ne prennent pas appui sur le droit criminel, sont plus appropriés. Des délits civils comme l'abus de procédure ou

la diffamation conviennent peut-être mieux. Toutefois, aux fins du présent appel, je ne suis pas tenue d'analyser leur applicabilité parce qu'il s'agit en l'espèce de déterminer si le délit de poursuite malveillante s'applique de quelque façon à la procédure disciplinaire engagée par des associations professionnelles provinciales autonomes.

[46] L'opinion dissidente de lord Sumption dans l'arrêt *Crawford* nous donne un moyen d'analyser la question en cause. Il faut noter que le critère que notre Cour suprême a énoncé dans l'arrêt *Nelles* est presque identique à celui qui se dégage de la jurisprudence anglaise (exception faite du deuxième élément). Le critère anglais est décrit en ces termes dans *Clerk & Lindsell On Torts*, 20^e éd. (UK: Sweet & Maxwell Ltd., 2010) :

[TRADUCTION]

Dans une action pour poursuite malveillante, le demandeur doit prouver en premier lieu qu'il a été poursuivi en justice par le défendeur, c'est-à-dire qu'une procédure judiciaire a été entamée contre lui sur une accusation criminelle; deuxièmement, que la poursuite a été décidée en sa faveur; troisièmement, que la poursuite n'avait aucun motif raisonnable; quatrièmement, qu'elle était malveillante.

[Par. 16-09]

[47] Lord Sumption fait quatre constats que je trouve convaincants : (1) le délit de poursuite malveillante est un délit perçu comme une anomalie qui a pour but de limiter l'exercice arbitraire des pouvoirs dont jouissent les autorités poursuivantes publiques ou des personnes privées exerçant des fonctions correspondantes et il n'a aucun sens dans les causes dans lesquelles aucune entité ayant une telle fonction publique n'est impliquée; (2) le droit est bien établi dans ce domaine et il n'existe pas de raison valable d'étendre la portée du délit civil; (3) si le délit civil était étendu aux procédures civiles de nature privée, sa portée précise deviendrait alors à la fois incertaine et peut-être très étendue; et (4) il existe de réelles préoccupations quant aux conséquences pratiques qu'aurait toute extension du droit dans ce domaine, ce qui donnerait aux parties l'occasion de prolonger les litiges au moyen d'une procédure secondaire. Lord Sumption donne l'explication suivante :

[TRADUCTION]

Premièrement, et de manière fondamentale, la distinction entre les poursuites civiles et les poursuites au criminel n'est ni arbitraire, ni insatisfaisante. Le délit de poursuite malveillante, dans un contexte moderne, est un délit perçu comme une anomalie. Il a été conçu pour répondre à un problème social particulier, associé à la poursuite privée des crimes, qui n'existe guère plus de nos jours. Il serait bizarre d'accroître l'anomalie en étendant la responsabilité aux poursuites civiles auxquelles le délit ne s'est jamais appliqué auparavant. Le délit en question est une exception à deux principes bien établis du droit anglais, à savoir le principe selon lequel tout ce qui est fait ou dit dans le cadre d'une action judiciaire bénéficie d'une immunité absolue contre toute responsabilité civile, et le principe voulant que la malveillance ne rend pas délictueux un acte par ailleurs légitime. Les caractéristiques exceptionnelles du délit de poursuites malveillantes ne sont justifiables que parce que ce délit est une forme d'exécution irrégulière d'une charge publique. Il s'agit d'un outil permettant de limiter l'exercice arbitraire des pouvoirs dont jouissent les autorités poursuivantes publiques ou les personnes privées qui exercent des fonctions correspondantes. Un délit civil fondé sur la malveillance n'a aucun sens dans le contexte d'un litige privé lorsque le demandeur n'exerce aucune fonction publique. Il n'est pas non plus justifié dans ce contexte d'entamer encore plus, de manière substantielle, l'immunité contre la responsabilité civile pour des choses qui ont été dites et faites dans le cadre d'une action judiciaire.

Deuxièmement, au cours des dernières années, la Chambre des lords a établi dans l'affaire *Gregory c. Portsmouth City Council*, [2000] AC 419 que le délit civil de poursuite malveillante ne s'étend pas (sauf certaines exceptions négligeables) au-delà de l'abus de procédure criminelle, et elle a refusé d'étendre sa portée. Le refus de la Chambre d'étendre la portée du délit de façon à englober les instances civiles autres que la procédure disciplinaire était une opinion incidente. Cependant, il y a opinion incidente et opinion incidente. L'application du délit civil à l'abus de procédure civile a été décidée dans l'arrêt *Gregory* parce qu'il était important de régler la question : voir lord Steyn à la p. 432F-G. Elle avait été pleinement débattue à la fois devant la Cour d'appel et devant la Chambre des lords, et la réponse fournie aux deux paliers était un *ratio decidendi*

aussi soigneusement élaboré qu'il peut l'être. Les motifs dissidents du lord juge Schiemann à la Cour d'appel, qui soulevaient tous les points qui sont maintenant plaidés devant le comité, ont été rejetés. Rien n'a changé depuis l'année 2000 qui puisse miner l'autorité de l'énoncé du droit qui a été avancé par le comité. Aucun argument n'a été invoqué devant le comité selon lequel la common law des îles Caïmans qui régit cette question serait différente de celle qui s'applique et continuera à s'appliquer en Angleterre, du moins jusqu'à ce que la question atteigne la Cour suprême. La présente instance ne présente aucune caractéristique qui la distingue de l'affaire *Gregory* à l'exception du fait que le cas de M. Paterson suscite obligatoirement plus de sympathie. La conduite de M. Delessio, dont l'intimée est responsable du fait d'autrui, était abominable. Toutefois, l'intimé était néanmoins en droit d'opposer une défense à la demande reconventionnelle en se fondant sur l'état actuel de la common law sur lequel la Chambre des lords s'est récemment prononcée, et le juge Henderson et la Cour d'appel étaient à la fois en droit et tenus de l'appliquer. Les plaideurs ont droit à une certaine stabilité et prévisibilité dans ce domaine du droit relativement bien connu.

Troisièmement, la portée précise du délit civil, s'il est étendu aux poursuites civiles de nature privée, sera à la fois incertaine et éventuellement très large. Le comité aurait créé un nouveau délit fondé sur la malveillance visant essentiellement à sanctionner l'introduction malveillante de poursuites injustifiées dans le but de nuire à la réputation de la victime. Cependant, si cela doit constituer l'essence du délit civil, il devrait alors s'appliquer en principe à l'abus malveillant de la procédure disciplinaire, la proposition même que la Chambre des lords n'était pas prête à accepter dans l'affaire *Gregory*. Logiquement, il s'appliquerait aussi aux faits invoqués à l'appui d'une instance civile visant à discréditer une autre partie de façon malveillante et sans aucun fondement, dont des faits invoqués par un défendeur ou une tierce partie. Logiquement, il s'étendrait aux causes dans lesquelles l'action n'a pas été introduite par malveillance mais où le demandeur a fait un témoignage malveillant, ou même à une cause dans laquelle un témoin qui n'était ni la partie demanderesse, ni l'âme dirigeante de cette dernière, a fait une déposition malveillante. Dans l'affaire dont le comité est actuellement saisi, l'abus en cause visait l'introduction d'une allégation non fondée de

fraude. Or, si le délit civil est étendu à la conduite des instances civiles, il n'y a rien, en toute logique, qui donne à penser que la responsabilité puisse être restreinte à de telles instances.

Finalement, il existe des préoccupations très réelles au sujet des conséquences pratiques de toute extension du droit dans ce domaine qui offrirait aux plaideurs la possibilité de prolonger les litiges au moyen d'une procédure secondaire. Dire que l'on peut placer la barre à une hauteur telle que rares seront ceux qui obtiendront gain de cause ne constitue pas une réponse à ces craintes. En effet, la malveillance est beaucoup plus souvent alléguée que prouvée. Le vice que présente une procédure secondaire se trouve dans la tentative de s'en prévaloir. Le recours aux tribunaux engendre l'obsession et provoque du ressentiment. Il aiguise la conviction naturelle de l'individu selon laquelle il est dans son bon droit ainsi que sa méfiance à l'égard des motifs de l'autre. Il transforme l'indifférence en antagonisme et en mépris. Quel que soit le principe qui puisse être formulé pour autoriser une procédure secondaire dans certaines circonstances, pour chaque affaire dans laquelle une injustice sera réparée grâce à une procédure ultérieure, il y en aura beaucoup d'autres qui échoueront au bout de longues tentatives éprouvantes, inutiles et finalement infructueuses. [Par. 145 à 148]

[C'est moi qui souligne.]

[48] Au Nouveau-Brunswick, le délit de poursuite malveillante a toujours fait l'objet d'un traitement restrictif. À la règle 46.01 des *Règles de procédure*, qui autorise les procès au civil avec jury, la poursuite malveillante se retrouve placée entre les délits d'arrestation malveillante et de séquestration, un regroupement qui a assurément une connotation de nature criminelle. Si nous acceptons l'énoncé de lord Sumption selon lequel le délit civil de poursuite malveillante est un délit perçu comme une anomalie qui vise à répondre à un problème social particulier, il faudra alors redéfinir le critère de l'arrêt *Nelles* si nous voulons appliquer ce délit à une situation comme celle dont nous sommes saisis. Cela vient du fait que tout le processus commence par une procédure disciplinaire devant un organe professionnel provincial autonome saisi d'une plainte par écrit déposée par un membre de l'Association ou un membre du public – et non un

représentant de la Couronne. Dans l'arrêt *Miazga*, la Cour suprême a adopté une attitude prudente relativement à l'extension de la portée du délit de poursuite malveillante :

Étant donné que le délit de poursuites abusives [malveillantes] est antérieur à notre système actuel de poursuites pénales publiques, les tribunaux doivent se garder de simplement appliquer les principes issus d'affaires opposant des personnes privées aux litiges dans lesquels le ministère public est partie défenderesse, sans faire les adaptations nécessaires. Bien que les quatre volets du critère permettant de conclure au caractère abusif de poursuites demeurent les mêmes quelles que soient les parties en présence, la définition du délit dans une action intentée contre le procureur général ou un substitut doit prendre en compte les principes constitutionnels fondamentaux régissant cette charge. [Par. 44]

J'adopterais une attitude analogue en ce qui concerne l'extension de la portée du délit à la procédure disciplinaire d'associations professionnelles provinciales autonomes. Les soucis de principe que j'éprouve sont les suivants : il en résultera une prolongation des litiges qui ne peut être à l'avantage d'une association ou de ses membres, la malveillance est facile à alléguer mais difficile à prouver dans ce contexte et finalement, sur un plan plus pratique, les comités des plaintes et les comités disciplinaires sont souvent constitués de membres bénévoles qui donnent gratuitement leur temps aux associations. Jusqu'à quel point seraient-ils disposés à siéger à ces comités s'ils savaient qu'ils pourraient devoir se défendre contre une action pour poursuite malveillante?

VI. Application à la présente instance

A. *Responsabilité principale et du fait d'autrui*

[49] La jurisprudence existante est contradictoire sur la question de savoir si des personnes physiques et (ou) une association ou un autre corps constitué ont déjà été expressément nommés comme parties ou si la responsabilité du fait d'autrui a été expressément plaidée. Par exemple, dans l'affaire *Stoffman*, le vétérinaire avait

directement intenté une action à l'Association – aucune personne n'était nommée et l'Association a été déclarée responsable. Il n'y avait aucune mention de la responsabilité du fait d'autrui. Dans *Griffin*, la poursuite visait à la fois des personnes physiques et la Ville de Summerside. L'une des personnes physiques a été déclarée directement responsable et la Ville a été déclarée responsable du fait d'autrui des actes de cette personne. Dans *Khanna*, des personnes physiques et le Royal College of Dental Surgeons étaient nommés. Le défendeur B, l'avocat dont le College avait retenu les services pour poursuivre Khanna, était décrit comme un « mandataire » du College. Aucune des deux décisions rendues dans l'affaire *Khanna* ne fait état de la responsabilité du fait d'autrui. Dans *Alevizos*, l'Association et plusieurs personnes physiques étaient nommées. Sur le fondement des faits, aucune d'elles n'a été déclarée responsable, mais les personnes physiques ont été décrites comme [TRADUCTION] « les instruments ou les personnes associées à l'introduction des poursuites contre *Alevizos* au nom de l'Association des chiropraticiens du Manitoba ». La responsabilité du fait d'autrui n'a pas été précisément mentionnée.

[50] Dans la présente instance, M. Estabrooks n'a joint aucune personne à son action pour poursuite malveillante; il n'a pas identifié ni joint un ou plusieurs « acteurs » à l'égard desquels la responsabilité du fait d'autrui de l'AAINB aurait pu être engagée. Ni le plaignant, ni l'avocat qui ont traité la plainte ne sont nommés comme partie. La registraire ne remplit pas les conditions voulues étant donné qu'elle n'a pas eu un mot à dire dans la poursuite de la plainte portée contre M. Estabrooks. Cela ne laisse qu'une seule possibilité : l'existence d'un vaste complot ourdi par celles et ceux qui étaient associés au traitement de la plainte et devaient statuer sur celle-ci. Bref, l'omission d'identifier un ou plusieurs auteurs du délit était fatale à l'action, et ce indépendamment du fait que la responsabilité du fait d'autrui n'ait pas été plaidée.

[51] Si des personnes physiques avaient été nommées, elles auraient bénéficié, si elles avaient agi de bonne foi, de la protection du cadre législatif énoncé à l'art. 32 de la *Loi* dont voici le texte :

Il ne peut être intenté d'action contre les membres, dirigeants ou administrateurs de l'Association, du conseil ou d'un comité de l'Association en raison des actes accomplis de bonne foi conformément aux dispositions de la présente loi, des règlements administratifs ou de la *Loi sur les agents immobiliers* ou à l'occasion de l'exercice de fonctions déléguées ou confiées par le Ministre à l'Association en vertu de *La Loi sur les agents immobiliers*.

Toutefois, si l'une quelconque de ces parties avait fait preuve de malveillance, elle perdrait la protection de l'art. 32, et l'Association pourrait donc faire l'objet d'une demande fondée sur la responsabilité du fait d'autrui.

[52] Notre Cour a maintes fois souligné l'importance des plaidoiries qui définissent formellement les questions en jeu ainsi que les positions respectives des parties. Ce point de vue a tout récemment été réitéré par le juge en chef Drapeau et le juge d'appel Deschênes dans l'arrêt *Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et D' Menon*, 2014 NBCA 10, [2014] A.N.-B. n° 117, au par. 25, dans lequel ils ont cité l'arrêt *Section local 772 de l'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada*, *Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada, section locale 325, Hughes et Wood*, 2013 NBCA 33, 404 R.N.-B. (2^e) 332.

[53] Les plaidoiries doivent également avoir un certain degré de précision. Dans l'arrêt *Craig Manufacturing Ltd. c. Davidson*, 2009 NBCA 42, 345 R.N.-B. (2^e) 359, le juge d'appel Deschênes résume l'importance de la règle 27.06(10) (Règles de la plaidoirie d'application commune, demande de mesures de redressement) dont notre Cour fait une interprétation stricte :

Récemment, notre Cour s'est penchée à quelques reprises sur l'importance de la règle 27.06(10) et, comme il fallait s'y attendre, ses préceptes ont été suivis par les tribunaux d'instance inférieure. Dans l'affaire *McLaughlin c.*

Levesque (2008), 337 R.N.-B. (2^e) 283, [2008] A.N.-B. n^o 386 (QL), 2008 NBBR 329, la juge Lavigne énumère de façon concise les principes clés qui guident l'interprétation et l'application de cette règle :

[TRADUCTION] Voici le texte de la règle 27.06(10) des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick :

Lorsque dans une plaidoirie des mesures de redressement sont demandées, la nature de ces mesures doit être spécifiée. Le détail des dommages-intérêts ne doit être plaidé que dans la mesure où ceux-ci sont connus au moment de l'établissement de la plaidoirie; cependant, des précisions complémentaires doivent être déposées et signifiées dès qu'elles deviennent disponibles et dans tous les cas, au plus tard à la date de la mise au rôle.

Il est bien établi en droit que les plaidoiries régissent les questions qui sont en litige entre les parties, et à ce titre, elles sont destinées à empêcher toute surprise au procès et à éviter les « pièges pendant le procès ». Chaque partie doit communiquer à son adversaire la totalité de l'information nécessaire pour empêcher toute surprise au procès. Cela garantit que les parties connaissent la preuve qu'elles doivent réfuter.

Au Nouveau-Brunswick, les tribunaux semblent appliquer la règle 27.06(10) de façon stricte. Dans l'arrêt *Agnew c. Smith* (2001), 2001 NBCA 83, 240 R.N.-B. (2^e) 63, notre Cour d'appel s'est penchée sur la règle 27.06(10). Le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a affirmé ce qui suit au paragraphe 5 :

[TRADUCTION]

En règle générale, le juge n'accorde pas de dommages-intérêts particuliers au procès à moins que le détail de ces dommages-intérêts n'ait été plaidé ou fourni dans un exposé des précisions. La règle 27.06(10) des *Règles de procédure* dispose que le

détail des dommages-intérêts doit être plaidé dans la mesure où ceux-ci sont connus. Elle enjoint également aux parties qui demandent des mesures de redressement de déposer et de signifier des précisions sur les dommages-intérêts dès qu'elles deviennent disponibles et, dans tous les cas, au plus tard à la date de la mise au rôle. Voir la décision *Myshrall c. Vu* (1994), 156 R.N.-B. (2^e) 241 (Div. 1^{re} inst.) (le juge Stevenson), au par. 39 [...]

Les plaidoiries sont cruciales pour statuer sur les questions en litige et déterminer les mesures réparatoires qu'il convient d'accorder. Comme l'a noté la juge Robichaud dans l'affaire *Delphinium Ltée c. 512842 N.B. Inc.*, 2006 NBBR 346, 307 R.N.-B. (2^e) 284, au paragraphe 243 :

Notre Cour d'appel recommande vivement et fait valoir que les juges de première instance doivent insister sur le respect des *Règles de procédure*. Dans le jugement rendu dans l'affaire *Smith c. Human Rights Commission (N.B) et al.* (1999), 217 R.N.-B. (2^e) 336, le juge Drapeau de la Cour d'appel (tel était alors son titre) précise cette mise en garde de la façon suivante au paragraphe 19 :

[TRADUCTION]

L'expérience a montré que le respect tant du cadre juridictionnel des *Règles de procédure* que de ses préceptes en matière de procédure sert l'intérêt supérieur de la justice. De fait, l'obligation de se conformer aux *Règles de procédure* permet invariablement de séparer le bon grain de l'ivraie, ce qui se traduit par une clarification utile des questions que le tribunal est appelé à trancher. Il s'ensuit invariablement des décisions centrées et éclairées qui se traduisent en fin de compte par une meilleure justice pour tous.

Cependant, tout récemment, le juge en chef Drapeau a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Chiasson c. Chiasson*, 2008 NBCA 11, 326 R.N.-B. (2^e) 282, au paragraphe 33 :

Or, les dommages-intérêts particuliers doivent être détaillés dans l'exposé de la demande ou dans un exposé des précisions (voir la règle 27.06(10) des *Règles de procédure*, *Desjardins c. Thériault* (1970), 3 R.N.-B. (2^e) 260, [1970] A.N.-B. n^o 130, et *Michaud c. Clark (J.) and Sons Ltd. et al.* (1980), 31 R.N.-B. (2^e) 98, [1980] A.N.-B. n^o 160 (Div. 1^{re} inst.). L'intimé ne s'est pas conformé à cette règle de plaidoirie, mais son mémoire préalable au procès renferme les détails de sa réclamation pour perte passée de capacité de gain et l'appelant ne s'est pas opposé à la production au procès d'éléments de preuve portant sur cette question. Il s'ensuit qu'un dédommagement pour cette perte n'était pas exclu (voir *Harvey Foods Ltd. c. Reid* (1971), 3 R.N.-B. (2^e) 444, [1971] A.N.-B. n^o 28; et *Smith c. Agnew*, par. 5).

Dans la présente instance, le défendeur ne s'est pas opposé à la production d'éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts particuliers que la demanderesse avait réclamés et détaillés dans son mémoire préparatoire, même si les précisions prévues par la règle 27.06(10) n'avaient pas été fournies. Cependant, les éléments contestés n'avaient pas été revendiqués ni détaillés dans le mémoire préparatoire et le défendeur a bel et bien soulevé une objection contre la production d'éléments de preuve concernant ces éléments contestés au procès.

Lorsqu'il est question de l'importance des règles de plaidoirie, l'énoncé du juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans *Parlee c. McFarlane* (1999), 210 R.N.-B. (2^e) 284, au paragraphe 33, est souvent invoqué :

[TRADUCTION]

Il est établi que les pièges pendant le procès n'ont pas leur place dans notre système de justice moderne. Les règles de plaidoirie qu'énonce la règle 27 des *Règles de procédure* sont conçues de manière à assurer que seules seront soulevées les questions pertinentes et qu'aucune partie ne sera prise par surprise. On ne peut sous-estimer d'aucune manière l'importance des plaidoiries. Elles définissent les questions en litige tant pour les parties que pour le juge. En fait, je ne peux pas voir comment un juge de procès pourrait trancher à bon droit une cause dont il est saisi sur un fondement qui n'aurait été soulevé ni dans les plaidoiries ni au procès.

Les raisons fondamentales pour lesquelles il faut être précis dans ses plaidoiries ne sont plus matière à débat (voir *Côté c. Desjardins*, [2006] A.N.-B. n° 328. Une affaire comme celle dont je suis saisie fait ressortir l'importance de la règle 27.06(10). Si les détails avaient été fournis le jour où l'affaire a été mise au rôle, ou même lorsqu'ils ont été expressément demandés en juillet 2008, nous ne serions pas dans cette situation difficile [par. 21 à 28]. [Par. 14]

[54] En l'espèce, le juge du procès a reconnu que l'exposé de la demande du demandeur n'identifiait pas précisément les personnes dont les actes auraient engagé la responsabilité de la défenderesse (par. 72). Il se retrouvait donc devant une allégation vague et imprécise. L'exposé de la demande initial renferme l'allégation suivante : [TRADUCTION] « Dans la demande qu'il a formée contre la défenderesse, le demandeur sollicite des dommages-intérêts au titre du préjudice qu'il a subi par suite de la poursuite malveillante qu'elle a intentée au demandeur ».

[55] Le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, [1992] A.C.S. n° 84 (QL), à l'appui de la proposition voulant que M. Estabrooks n'était pas tenu de plaider la responsabilité du fait d'autrui au motif que c'était en réalité l'AAINB qui l'avait poursuivi, et que c'était donc l'AAINB qui devait répondre du traitement que ses employés et ses bénévoles avaient réservé à M. Estabrooks. Je suis d'avis que l'arrêt *London Drugs* n'appuie pas cet argument : dans cette décision, en effet, les employés étaient nommés comme parties et la responsabilité du fait d'autrui avait été plaidée. Il s'agissait d'une affaire qui portait sur une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle dans un contexte contractuel et, bien que le juge LaForest, dans des motifs dissidents, ait examiné de façon approfondie le droit régissant le régime de la responsabilité du fait d'autrui, je ne suis pas convaincue que cette cause ait une application quelconque en l'espèce. Cependant, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas nécessaire de plaider la responsabilité du fait d'autrui, ni de nommer les personnes dont les actes pourraient avoir engagé la responsabilité de l'AAINB. Il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le directeur exécutif, le registraire ou le comité des plaintes et le comité de discipline sont tous des charges ou des organes créés par une loi. Les personnes qui occupent ces fonctions agissent non pas comme des personnes, mais plutôt comme des prolongements de l'AAINB. [Par. 24]

Le juge du procès a en outre souligné que le défaut de plaider la responsabilité du fait d'autrui aurait pu être résolu par une demande de précisions de la part de l'AAINB. Je ne suis pas d'accord. Comment pourrait-on trancher une question de droit en affirmant que l'AAINB peut demander des précisions et comment pourrait-on conclure à la responsabilité de l'AAINB sur le fondement d'une responsabilité du fait d'autrui qui, selon le juge du procès, ne doit pas nécessairement être plaidée? Le problème que pose cette façon d'aborder la question vient du fait que si les personnes qui peuvent être déclarées comme étant les principales responsables ne sont pas identifiées et si la responsabilité du fait d'autrui n'est pas ensuite plaidée, il est alors quasiment impossible de conclure que l'AAINB a fait preuve de malveillance ou d'établir que les actes de la

registraire montrent que l'Association avait une fin illégitime. Dans la présente instance, il est impossible d'établir un pont ou un lien entre les actes de la registraire et ceux de l'AAINB. Par ailleurs, l'AAINB est désavantagée lorsqu'elle tente d'opposer une défense à l'action en raison de l'omission de désigner des personnes et de plaider la responsabilité du fait d'autrui.

[56] Dans l'arrêt *Gay et autres*, un médecin et un hôpital étaient nommés défendeurs dans un recours collectif fondé sur une allégation de négligence systémique. Parmi les demandes formées par les représentants demandeurs figurait une allégation de responsabilité du fait d'autrui. Bien que les plaidoiries aient été « loin, tant s'en faut, d'être un modèle de clarté », les juges majoritaires étaient disposés à inférer, grâce à une interprétation généreuse de l'exposé de la demande modifié, que les précisions formulées dans la demande contre le médecin pouvaient servir de fondement à l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'hôpital (par. 72). Je conviens que les plaidoiries devraient faire l'objet d'une interprétation généreuse, mais la générosité a ses limites. Contrairement à l'affaire *Gay et autres*, dans la présente instance, ce n'est pas que le demandeur ait mal plaidé la responsabilité du fait d'autrui – il ne l'a pas plaidée du tout. De plus, comme M. Estabrooks a choisi de ne désigner aucune personne comme partie, il n'est pas possible de tirer quelque inférence que ce soit des précisions formulées dans les demandes contre les personnes associées au processus disciplinaire de la profession (la directrice exécutive, la registraire ou les membres du comité des plaintes et du comité de discipline) à l'appui d'une demande les mettant en cause comme principales responsables du délit de poursuite malveillante et, par extension, imputant une responsabilité du fait d'autrui à l'AAINB.

[57] Mettant de côté la question de la responsabilité du fait d'autrui, je conclus que M. Estabrooks avait l'obligation, dans l'action intentée à l'AAINB, de désigner les personnes qui étaient censées avoir agi avec malveillance afin de prouver l'existence de cette dernière, ce qui constitue une exigence du délit de poursuite malveillante. Son défaut de le faire aurait dû entraîner le rejet de l'action, et l'appel qui en a découlé devrait donc être accueilli.

B. *Le critère de l'arrêt Nelles*

[58] Comme je l'ai indiqué plus haut, je suis d'avis qu'une action pour poursuite malveillante ne peut être intentée à un organe disciplinaire provincial autonome au titre des actes que les membres de son comité de discipline ont accompli dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, si je fais erreur sur ce point, voici mon analyse de l'application que le juge du procès a faite du critère de l'arrêt *Nelles*. Selon moi, il a peut-être choisi le bon critère, mais il l'a appliqué incorrectement.

[59] Permettez-moi de m'intéresser au premier et au quatrième élément du critère qui, à mes yeux, ont donné lieu à une erreur de la part du juge du procès. Il faut rappeler que le premier volet exige du demandeur qu'il démontre que la procédure a été engagée par le défendeur. Le recours doit être exercé contre la bonne personne, car seule celle ayant [TRADUCTION] « contribué activement » à la mise en branle du processus judiciaire peut être tenue responsable du préjudice subi : *Miazga*, au par. 53. Le juge du procès a commencé son analyse en précisant que les deux premiers éléments ne sont pas contestés. Il est manifeste qu'il a mal compris la position de l'AAINB, car pendant tout le procès ainsi que dans ses mémoires préalable et postérieur au procès, l'Association a mis en cause l'argument que l'exigence visée par le premier élément n'avait pas été remplie en ce sens qu'il mettait plutôt l'accent sur l'auteur de la plainte. Elle faisait valoir que ce n'était pas l'AAINB qui avait engagé la procédure, mais plutôt un de ses membres au moyen d'une lettre de plainte. Légalement, tout membre du public (dont un confrère membre de l'Association) est habilité à porter plainte par écrit contre un courtier en immeubles pour faute professionnelle ou incompétence. De plus, l'AAINB faisait valoir qu'un certain nombre d'acteurs sont associés au processus et qu'une fois qu'il est lancé, aucun acteur ne jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire. Aux termes du par. 21(1) de la *Loi*, en cas de réception d'une plainte, le registraire a l'obligation de la soumettre au comité des plaintes. Ce comité doit alors décider s'il ordonne le renvoi de la plainte devant le comité de discipline pour qu'il examine la plainte et statue sur celle-ci. Le juge du procès n'a procédé à aucune analyse du premier élément qui était manifestement en litige. Cela constitue une erreur de droit.

[60] La plainte n'a pas été déposée par l'AAINB, mais par un membre de l'Association, et ce par écrit. Selon le sens courant et ordinaire du par. 21(1), il est clair que le registraire qui reçoit une plainte par écrit n'a aucun pouvoir discrétionnaire de la rejeter :

21(1) Upon receipt of

21(1) En cas de réception

(a) a complaint in writing filed with the Registrar,

a) soit d'une plainte écrite déposée auprès du registraire

[...]

[...]

the Committee shall consider and investigate the conduct or competence of any member of the Association, but no action shall be taken by the Committee under subsection (3) unless

le comité des plaintes examine la conduite ou la compétence d'un membre de l'Association et fait enquête à ce sujet. Il ne peut prendre de mesures en vertu du paragraphe (3) que si les conditions suivantes sont remplies :

[...]

[...]

(d) the member whose conduct or competence is being investigated has been given a copy of the complaint or resolution, or the substance of the matter being investigated, and given at least two weeks in which to submit in writing to the Committee any explanations or representations the member may wish to make concerning the matter; and

d) le membre dont la conduite ou la compétence donne lieu à l'enquête a reçu une copie de la plainte ou de la résolution ou des éléments essentiels de la question faisant de l'enquête demandée et a disposé d'un délai de deux semaines au moins pour fournir par écrit au comité les explications ou observations qu'il désire lui communiquer à cet égard;

(e) the Committee has examined or has made every reasonable effort to examine available records and other documents relating to the complaint or matter under investigation.

e) le comité a examiné ou a déployé tous les efforts raisonnables pour examiner les documents disponibles concernant la plainte ou l'objet de l'enquête.

[61] Rejetant la thèse de l'appelante selon laquelle le registraire ne possède aucun pouvoir discrétionnaire et doit automatiquement renvoyer une plainte déposée par écrit au comité des plaintes, le juge du procès a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Notre Cour refuse d'accepter les observations susmentionnées de la défenderesse car si elles étaient acceptées, on pourrait assister à une avalanche de recours injustifiés et abusifs, pour ne pas dire ridicules, à un processus disciplinaire qui a manifestement été mis en place pour de bonnes raisons, processus dont il ne faut pas permettre la transformation en parodie et qui doit rester crédible aux yeux du public, des courtiers en immeubles et des bénévoles qui siègent à ses comités. [Par. 40]

Indépendamment de l'opinion du juge du procès au sujet du pouvoir discrétionnaire dont jouit la registraire relativement au renvoi de la plainte, au motif qu'à défaut d'un tel pouvoir, un trop grand nombre de plaintes frivoles seraient déposées, elle avait le devoir de respecter la loi. La plainte devait être transmise au comité des plaintes pour qu'il l'examine et fasse enquête à ce sujet. Elle n'était pas à l'origine de la plainte et n'avait pas le pouvoir de la rejeter à ce stade. (La registraire a admis, en réponse à une question de la Cour, qu'elle ne transmettrait pas une plainte totalement frivole du style [TRADUCTION] « mon époux travaille trop fort ».) Par ailleurs, le fait qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine, saisi d'un appel d'une décision du comité de discipline, ait par la suite conclu que le comité de discipline n'était pas compétent pour entendre la plainte ne change rien au fait que c'est bel et bien une plainte écrite qui a déclenché le processus. Il appartenait au comité des plaintes de l'empêcher d'aller plus loin si elle n'avait aucun fondement plutôt que de la renvoyer au comité de discipline. Par conséquent, le premier élément n'a pas été établi. Cette omission de satisfaire à la première partie du critère est, en soi, suffisante pour accueillir l'appel.

[62] Je passe maintenant au quatrième élément du critère, qui est aussi le plus crucial, à savoir l'intention malveillante. Cet élément impose au demandeur l'obligation de démontrer l'existence d'une intention malveillante ou d'un objectif principal autre que celui de l'application de la loi. C'est à la personne qui se dit victime de malveillance qu'il appartient de prouver son existence, en l'occurrence M. Estabrooks. Il devait démontrer que l'AAINB avait agi dans un but illégitime. Pour reprendre ce que le juge Lamer a déclaré dans l'arrêt *Nelles* :

L'élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un « but illégitime ». D'après Fleming, la malveillance [TRADUCTION] « veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel » (Fleming, *op. cit.*, à la p. 609). Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général [page194] ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle [...] [Par. 45].

[63] Dans l'arrêt *Griffin*, le juge Jenkins, juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard (dissident), ajoute la précision suivante :

[TRADUCTION]

Dans l'arrêt *Proulx*, la juge L'Heureux-Dubé a déclaré (au par. 217 de ses motifs dissidents) que la norme de l'exercice délibéré et malveillant est élevée et claire puisqu'elle exige la preuve de l'intention subjective d'agir par malice ou dans un but illégitime par détournement de pouvoir, et que les tribunaux doivent se garder d'une interprétation donnant ouverture à une incertitude dans son application. Bien que ses observations se trouvent dans des motifs dissidents, on peut inférer, à la lecture de l'opinion majoritaire, que l'ensemble des motifs majoritaires souscrivent également à cette orientation générale. [Par. 141]

[64] Bien qu'un certain nombre d'acteurs aient été associés au processus disciplinaire en cause, le juge du procès a porté toute son attention sur la registraire/directrice exécutive de l'AAINB qui n'était pas nommée comme partie au

présent litige. Le juge du procès a déclaré qu'il n'avait [TRADUCTION] « aucune difficulté à inférer et qu'il inférait bel et bien que l'AAINB avait agi à une fin illégitime par l'entremise de sa directrice exécutive » (par. 139). Il s'élève contre le fait qu'elle a pris la décision de renvoyer la plainte au comité des plaintes, qu'elle a été appelée comme témoin lors de l'audience qui s'est tenue devant le comité de discipline (question : qui d'autre aurait pu être appelé?), qu'elle a associé l'avocat de l'Association à tout le processus et qu'elle a choisi une amie pour siéger au comité des plaintes. En résumé, il affirme qu'en l'espèce, deux des acteurs clés, la registraire et le plaignant, [TRADUCTION] « avaient des motifs secrets ou une fin illégitime pour que M. Estabrooks soit déclaré coupable de quelque chose » (para. 145) (c'est moi qui souligne).

[65] Le juge du procès a inféré que la registraire avait fait preuve de malveillance en ces termes :

[TRADUCTION]

La Cour a la conviction que [la registraire] a été tout sauf neutre et objective lorsqu'elle a renvoyé la lettre de Wood au comité des plaintes, choisi M^{me} Tomlinson pour siéger au comité des plaintes, joué un rôle actif dans la décision du comité des plaintes et associé le plus possible M^e Norman alors qu'elle avait assuré au demandeur qu'elle s'en abstenait.

Les décisions du comité des plaintes et du comité de discipline étaient toutes deux entachées par la présence constante et la partialité de [la registraire], partialité qui a trouvé un appui effectif et déraisonnable dans l'opinion juridique non indépendante [et] erronée selon laquelle M. Estabrooks avait commis une faute professionnelle. [Par. 147 et 148]

[66] Bien que je reconnaisse que le juge du procès était en droit de faire des inférences raisonnables à partir de la preuve dont il disposait (*Housen c. Nikolaisen*, au par. 25), un examen de la preuve montre que différents changements ont été apportés au comité des plaintes : l'avocat n'est pas intervenu au stade de la plainte pour accéder à la

demande de M. Estabrooks, et le président et un des membres ont été remplacés. Seule la seconde partie de la plainte a été envoyée au comité de discipline qui n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser d'en être saisi – il était tenu par la *Loi* d'entendre les allégations de faute professionnelle et de statuer sur celles-ci. Le comité de discipline a pris la décision que le refus de M. Estabrooks de rédiger une lettre d'excuses constituait une faute professionnelle. Il a donc été condamné à des dépens de 2 000 \$ et à une amende de 2 500 \$ et les résultats de l'audience ont été publiés dans le bulletin de l'AAINB.

[67] La décision du comité de discipline a finalement été infirmée par suite d'une requête en révision présentée à un juge de la Cour du Banc de la Reine qui a conclu que la plainte avait trait à une question de régie interne et non à une opération immobilière et que de ce fait, le comité de discipline n'était pas compétent pour l'entendre. Cette décision n'a pas été portée en appel, mais cela ne signifie pas que d'autres juges auraient conclu que la faute professionnelle doit découler d'une opération immobilière. Par-dessus tout, le fait qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine ait donné gain de cause sur ce point à M. Estabrooks ne constitue pas une preuve de malveillance.

[68] À ce stade, le juge du procès a omis de préciser quelle était la fin illégitime dont M. Estabrooks avait été victime de la part de la registraire qui pouvait être imputée à l'AAINB : s'agissait-il de la faillite, de l'expulsion de l'Association, de sa destitution du poste de président de l'Association ou de quelque chose de plus grave? Après avoir conclu que l'AAINB était responsable du délit civil de poursuite malveillante, le juge du procès a accordé à M. Estabrooks des dommages-intérêts particuliers de 17 691,46 \$, soit le montant des frais d'avocat qu'il avait engagés pour opposer une défense à la plainte devant le comité de discipline et interjeter appel de la décision de ce comité devant la Cour du Banc de la Reine. Il a observé que M. Estabrooks n'avait présenté aucun élément de preuve à l'appui de sa réclamation pour atteinte à la réputation par suite de la [TRADUCTION] « poursuite » engagée par l'AAINB. En fait, M. Estabrooks a été réélu au conseil peu après sa « condamnation ». De plus, M. Estabrooks n'a présenté aucune preuve « objective » de souffrance morale.

Le juge du procès lui a donc accordé des dommages-intérêts généraux symboliques de 3 000 \$.

[69] Il a conclu que M. Estabrooks avait été poursuivi en raison d'allégations de faute professionnelle dans sa fonction de courtier en immeubles pour la simple raison qu'il avait des conflits avec certains autres membres du conseil d'administration ou avec des employés associés à la régie de l'AAINB. Il a fait le résumé suivant :

[TRADUCTION]

Tous les événements et les actes susmentionnés qui ont opposé l'AAINB à M. Estabrooks, lorsqu'on les prend individuellement, ne constituent pas nécessairement une preuve de malveillance, mais lorsqu'on les additionne, ils démontrent assurément, à la satisfaction de la Cour, que l'AAINB a engagé une poursuite malveillante contre le demandeur essentiellement à une autre fin que celle de l'application de la loi. [Par. 150]

[En italiques dans le texte original.]

À mon avis, il s'agit là d'une formulation et d'une application inappropriées du critère de la malveillance et de la fin illégitime. On ne saurait satisfaire à ce critère au moyen d'un comportement rancunier ou vindicatif.

[70] Dans l'arrêt *Griffin*, le juge Jenkins, juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard, donne l'explication suivante :

[TRADUCTION]

La malveillance suppose que l'action a été engagée essentiellement à une autre fin que celle de l'application de la loi. Elle veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime (Fleming, aux p. 685 et 686). Dans une action pour poursuite malveillante, la malveillance qu'il faut prouver n'est pas une malveillance en droit, mais plutôt une malveillance en fait. Selon un principe établi de longue date, ni la négligence grave, ni l'insouciance ne constituent en soi de la malveillance.

[U]ne action pour poursuites abusives doit reposer sur plus que l'insouciance ou la

négligence grave. Une telle action exige plutôt des éléments de preuve révélant un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. [*Proulx*, au par. 35, *Dix* au par. 495]

Habituellement, le fait d'acquiescer dans la précipitation une conviction quant à la culpabilité d'un demandeur en se fondant sur des motifs déraisonnablement insuffisants ne permet pas de justifier une inférence de malveillance (Fleming, à la p. 686). [Par. 138]

[71] Sur la base de ce critère, même si le juge du procès est arrivé à la conclusion que la registraire avait des rapports conflictuels avec M. Estabrooks, et même si le comportement de ce dernier [TRADUCTION] « irritait bon nombre des membres du conseil » (par. 132), les conclusions du juge du procès sont loin de répondre au critère de la malveillance et de toute façon, elles ne peuvent aucunement s'appliquer à l'AAINB. Les faits permettent de tirer d'autres inférences : la registraire ne jouissait d'aucun pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a renvoyé la lettre de plainte au comité des plaintes; sa présence constante était révélatrice du rôle central que la registraire joue en exerçant les fonctions que lui confère la *Loi*; il était possible d'inférer qu'elle n'aurait pas été en mesure de déterminer si l'opinion juridique d'un avocat expérimenté était erronée, et il ne devrait pas lui appartenir de décider si la plainte portait sur une question de régie interne ou sur une allégation de faute professionnelle.

[72] En résumé, si l'on examine le contexte, il s'agissait d'une plainte relativement mineure qui renfermait une seule allégation d'inconduite : M. Estabrooks avait omis de rédiger une lettre d'excuses. La jurisprudence met l'accent sur la personne qui a engagé la poursuite : or, en l'espèce, il n'y a pas eu de poursuite; toute l'affaire a commencé par la réception, par la registraire, d'une plainte écrite émanant d'un membre de l'Association. La registraire était alors tenue d'agir dans le cadre légal qui lui est imposé et de renvoyer cette plainte au comité des plaintes. Le comité des plaintes, encore une fois en conformité de la *Loi*, n'est pas obligé de tenir une audience ou de donner à

quiconque le droit de présenter oralement des observations, mais il a l'obligation d'effectuer une évaluation préliminaire, d'examiner la conduite ou la compétence du membre en cause et de faire enquête à ce sujet. Il ne s'agissait pas d'une enquête quasi criminelle, mais bien d'une enquête du comité de discipline sur la conduite d'un membre. Aucune fin illégitime n'a été constatée et la malveillance n'a pas été prouvée. De toute façon, il n'existe aucune preuve que M. Estabrooks ait effectivement subi un préjudice quelconque. L'omission de M. Estabrooks de plaider la responsabilité du fait d'autrui et les erreurs que le juge du procès a commises relativement à l'application du critère de l'arrêt *Nelles* me portent à conclure que même s'il était possible que le délit civil de poursuite malveillante puisse s'appliquer à des procédures disciplinaires professionnelles, la responsabilité n'a pas été établie sur la base des faits : aucune conduite délictueuse ne peut être attribuée à l'AAINB.

[73] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel avec dépens de 2 500 \$.

Version française de l'opinion dissidente par

LE JUGE BELL

I. Introduction

[74] J'ai lu les motifs de mes collègues. Avec égards, je ne souscris pas à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le délit civil de poursuite malveillante ne s'étend pas au point de protéger les personnes qui ont été victimes d'une poursuite malveillante de la part de l'organe disciplinaire autonome dont elles sont membres. Comme on le verra, je préfère la solution canadienne énoncée dans l'affaire *Stoffman c. Ontario Veterinary Association*, [1990] O.J. No. 1151 (H. C. J.) (QL) et l'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Crawford Adjusters and others c. Sagicor General Insurance (Cayman) Limited and another*, [2013] UKPC 17, [2013] 4 All ER 8. De plus, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec mes collègues lorsqu'ils concluent que, dans les circonstances, la responsabilité du fait d'autrui doit être expressément plaidée afin d'établir le délit de poursuite malveillante. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Les faits

[75] En plus du contexte factuel décrit par les juges majoritaires, je fais les observations suivantes qui s'appuient sur les faits tels que le juge du procès les a constatés. L'intimé (M. Estabrooks) est membre de l'appelante, l'Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick (l'Association). M. Estabrooks a occupé le poste de membre du conseil de l'Association de 1999 à 2003 et il en a été le président de 2001 à 2003. Pendant qu'il siégeait au conseil, M. Estabrooks a eu [TRADUCTION] « des désaccords et des conflits » avec un membre du conseil, Ron Wood, et la directrice exécutive, Louise McSheffrey. Ces désaccords portaient sur la régie interne de l'Association et non sur la conduite professionnelle de M. Estabrooks. Peu après avoir été nommé président, M. Estabrooks, sachant que l'Association ne publiait pas de bulletin, a

commencé à afficher de l'information destinée aux membres de l'Association sur son site Web personnel. Le 24 juillet 2000 et le 14 août 2000, M. Wood, qui était membre de l'Association et président de son comité des opérations financières, a envoyé à M. Estabrooks un courriel dans lequel il le [TRADUCTION] « mettait en demeure » de retirer les données financières de l'Association de son site Web. M. Wood a envoyé des copies de ses courriels à M^{me} McSheffrey et à M^{me} Marjorie Tomlinson, membre du comité des opérations financières. Le 17 août 2000, M. Wood a fait part à M^{me} McSheffrey de ses griefs au sujet du site Web de M. Estabrooks et lui a fait savoir, en sa qualité de directrice exécutive, que M. Estabrooks devrait être [TRADUCTION] « sévèrement réprimandé ». M^{me} McSheffrey, en sa qualité de registraire des plaintes, n'a pas renvoyé cette plainte au comité des plaintes de l'Association. La réponse de M. Estabrooks aux interventions de M. Wood a été de dire que son site Web n'était pas accessible au public. Le comité des opérations financières, dont M. Wood était président, a sollicité l'intervention du conseil qui, à son tour, a demandé un avis juridique. L'avocat de l'Association a indiqué qu'il était d'avis que M. Estabrooks manquait à son devoir fiduciaire en affichant les données financières sur son site Web. Le conflit au sujet de la publication des données financières et de l'allégation de manquement de M. Estabrooks à son devoir fiduciaire a finalement amené M. Estabrooks et l'Association à retenir tous les deux les services d'un avocat. Le juge du procès a qualifié de [TRADUCTION] « débat » les échanges qui se sont produits entre leurs avocats respectifs. Quoiqu'il en soit, à l'issue de ce « débat » entre les avocats, M. Estabrooks a cessé de publier les données en cause sur son site Web.

[76] Le 14 février 2001, peu après avoir accédé au poste de président de l'Association, M. Estabrooks s'est inquiété de l'éventuelle situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvait l'un des membres du conseil. M. Estabrooks a alors demandé au membre en question de fournir par écrit une déclaration de conflit d'intérêts. Bien que le membre du conseil ait fourni la déclaration demandée, selon le juge du procès, il était [TRADUCTION] « manifestement insulté » par la demande et en a informé le conseil le 19 avril 2001. Le lendemain, à l'instigation de M. Wood, le conseil a ordonné à

M. Estabrooks de remettre une lettre d'excuses au membre du conseil visé. M. Estabrooks ne l'a jamais fait.

[77] Le 15 août 2001, M. Estabrooks, en sa qualité de président de l'Association, a voyagé de Moncton à Fredericton pour assister à une réunion. Ce même jour, M^{me} McSheffrey a demandé à M. Estabrooks de signer deux chèques de remboursement du kilométrage à l'intention de M. Wood et d'un autre membre. Par la suite, M. Estabrooks a appris que M. Wood et cet autre membre avaient voyagé dans le même véhicule pour aller à la réunion. M. Estabrooks, pour reprendre les termes du juge du procès, [TRADUCTION] « était persuadé que ce remboursement des frais de déplacement pour deux véhicules, alors qu'un seul avait été effectivement utilisé, étaient de nature "frauduleuse" ». M. Estabrooks a fait part de sa préoccupation à M^{me} McSheffrey et au secrétaire-trésorier qui l'ont tous deux informé que de tels remboursements étaient conformes à une politique de l'Association. Un avis juridique obtenu par la suite a confirmé l'opinion de M. Estabrooks selon laquelle de tels remboursements étaient, pour reprendre le terme employé par le juge du procès, [TRADUCTION] « inappropriés ». Bien que l'Association ait modifié son formulaire de frais de déplacement de sorte que dorénavant, le requérant doit confirmer que toute l'information est [TRADUCTION] « complète et exacte », M. Estabrooks n'était pas satisfait. Le 8 janvier 2002, il a envoyé au comptable de l'Association un courriel dans lequel il se disait préoccupé par la double demande de remboursement des frais de déplacement pour assister à la réunion du 15 août et par le défaut de M^{me} McSheffrey d'examiner la question de façon plus approfondie, puis il demandait une révision des demandes de remboursement des frais de déplacement de M^{me} McSheffrey afin de s'assurer qu'elles avaient été dûment approuvées.

[78] Le 10 janvier 2002, M. Estabrooks a remis son rapport annuel de président à M^{me} McSheffrey. Ce rapport devait être distribué à l'ensemble des membres de l'Association avant l'assemblée générale annuelle qui devait se tenir le 19 février 2002. Dans ce rapport, M. Estabrooks faisait état de la [TRADUCTION] « divulgation d'une irrégularité » en août 2001 relativement à la double demande de remboursement des frais

de déplacement et déclarait que les [TRADUCTION] « comptes de dépenses doivent être soigneusement examinés par la directrice exécutive et le secrétaire-trésorier avant d'être approuvés ». Le 11 janvier 2002, immédiatement après que M^{me} McSheffrey eut reçu le rapport du président, M. Wood a envoyé à l'Association une lettre dans laquelle il se plaignait du fait que M. Estabrooks n'avait toujours pas envoyé de lettre d'excuses comme on lui avait demandé de le faire environ 15 mois plus tôt, le 20 avril 2001, et qu'il avait [TRADUCTION] « manqué à son obligation de confidentialité » en affichant des données sur son site Web, une question que les avocats avaient bien entendu réglée quelques 18 mois plus tôt. Le juge du procès a bien sûr remarqué le moment choisi par M. Wood pour déposer la plainte, soit un jour après la remise du rapport de M. Estabrooks à M^{me} McSheffrey. Considérant que la lettre de M. Wood était une plainte au sujet de la conduite de M. Estabrooks, M^{me} McSheffrey l'a renvoyée devant le comité des plaintes de l'Association. Le juge du procès n'a pas manqué de remarquer que la manière dont M^{me} McSheffrey avait traité la lettre du 11 janvier 2002 de M. Wood au sujet de M. Estabrooks était très différente de l'attitude qu'elle avait adoptée relativement à la lettre du 17 août 2000, mentionnée au paragraphe 75, dans laquelle M. Wood demandait que M. Estabrooks soit réprimandé. Alors que M^{me} McSheffrey avait considéré que la première lettre ne constituait pas une plainte en vertu de la *Loi*, environ 15 mois plus tard, elle a estimé qu'une lettre analogue en était bien une. C'est cette décision qui a enclenché la procédure disciplinaire qui, selon M. Estabrooks, constituait une poursuite malveillante de la part de l'Association.

[79] Le 14 janvier 2003, le comité de discipline de l'Association a tenu une audience pour traiter de la plainte que M. Wood avait déposée contre M. Estabrooks. Le 17 janvier 2003, le comité de discipline a déclaré M. Estabrooks coupable de faute professionnelle. M. Estabrooks a porté cette conclusion en appel devant la Cour du Banc de la Reine, conclusion qui a finalement été annulée par le juge saisi de la requête : *Estabrooks c. Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick*, 2003 NBBR 142, 261 R.N.-B. (2^e) 260. Après avoir obtenu l'annulation de la décision du comité de discipline, M. Estabrooks a introduit avec succès l'action en justice qui fait l'objet du présent appel.

[80] M^{me} McSheffrey a participé à la fois aux réunions du comité des plaintes et à celles du comité de discipline où a été examinée la plainte sur la prétendue conduite. Elle n'est membre d'aucun de ces deux comités et n'avait aucune raison d'être présente. Qui plus est, ses notes de synthèse à l'intention du comité des plaintes [TRADUCTION] « ont disparu ».

III. Analyse

A. *Est-il possible de se prévaloir du délit civil de poursuite malveillante dans les présentes circonstances?*

[81] Comme mes collègues l'ont indiqué, au moins trois tribunaux canadiens investis d'une compétence en matière d'appel sont arrivés à la conclusion que le délit civil de poursuite malveillante peut constituer un recours pour les personnes qui sont victimes d'une poursuite malveillante de la part d'organes disciplinaires autonomes : *Stoffman; Khanna c. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [2000] O.J. No. 946 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2000] C.S.C.R. n° 244; et *Griffin c. Summerside (City)*, 2008 PESCAD 14, [2008] P.E.I.J. No. 46 (QL), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2009] C.S.C.R. n° 45. En plus de ces cours d'appel, comme l'ont noté les juges majoritaires, des cours supérieures de première instance au Manitoba, en Ontario, en Nouvelle-Écosse et dans les Territoires du Nord-Ouest ont admis la possibilité d'une réclamation fondée sur la poursuite malveillante dans de tels cas. Je conclus que cette solution caractérise un système judiciaire qui répond aux réalités changeantes de notre société, qui refuse de cataloguer les recours et procédures dont le public peut se prévaloir et qui répond avec la prudence voulue à l'invitation au développement de l'accès à la justice que la Cour suprême a lancée dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, [1989] A.C.S. n° 86 (QL) en rendant l'action en responsabilité délictuelle plus accessible.

[82] Selon les juges majoritaires, la possibilité de faire l'objet d'une action pour poursuite malveillante pourrait avoir un effet dissuasif sur les personnes qui seraient par ailleurs disposées à siéger à des comités disciplinaires autonomes. Je ne suis pas

d'accord pour deux raisons : premièrement, les demandeurs ont l'obligation d'atteindre un seuil élevé pour établir une demande fondée sur la poursuite malveillante et deuxièmement, d'autres délits civils, dont certains ont été cités par mes collègues comme des solutions de rechange raisonnables à une telle demande, sont plus faciles à prouver. En toute déférence, je pense que ces autres délits civils représenteraient eux aussi un obstacle à l'accomplissement de son devoir de citoyen.

[83] Finalement, j'observerais que si l'État est prêt à accorder à des organes professionnels un mandat législatif qui leur permet d'infliger à leurs membres des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à leur interdire d'exercer leur profession, on devrait attendre de ces organes qu'ils agissent toujours de bonne foi en se fondant sur des motifs valables et s'abstiennent d'engager une poursuite malveillante contre leurs propres membres. Le délit civil de poursuite malveillante n'est que l'un des outils dont on dispose pour faire en sorte que celles et ceux qui infligent des sanctions disciplinaires puissent également en faire l'objet. Contrairement à mes collègues, je suis d'avis que les avantages offerts par cet outil sont supérieurs aux désavantages qui pourraient en découler.

B. *Une société peut-elle faire directement l'objet d'une poursuite en responsabilité délictuelle, ou sa responsabilité doit-elle être établie, comme l'ont déclaré les juges majoritaires, [TRADUCTION] « par l'entremise du mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui »?*

[84] Je suis d'accord avec les juges majoritaires lorsqu'ils concluent que la responsabilité délictuelle d'une société doit être établie par l'entremise de la responsabilité du fait d'autrui. Le principe de la responsabilité délictuelle d'une société est fondé sur la prémisse que la responsabilité du fait d'autrui de cette dernière est engagée relativement aux actes de ses employés et mandataires :

[TRADUCTION]

Étant donné qu'une société ne peut agir que par l'entremise de ses mandataires et employés, sa responsabilité délictuelle pour leurs actes est régie par les mêmes règles qui déterminent la responsabilité de tout autre commettant

ou employeur. Il en découle qu'une société est responsable des délits civils commis par ses mandataires qui agissent dans les limites de leurs pouvoirs et par ses employés qui agissent dans le cadre de leurs fonctions. [...] [Lewis Klar et autres, auteurs scientifiques, Leanne Berry, éd., *Remedies in Tort*, feuilles mobiles, vol. 4 (Toronto: Carswell, 1998), 28-115]

Dans la présente instance, le juge du procès a conclu à la responsabilité de l'Association sur le fondement des principes de la responsabilité du fait d'autrui : la société était responsable des actes de sa registraire des plaintes (directrice exécutive), du comité des plaintes et du comité de discipline.

[85] En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec mes collègues lorsqu'ils concluent, au paragraphe 57, que M. Estabrooks avait l'obligation de fournir les noms de personnes afin de prouver l'existence de la malveillance attribuée à ce délit. Essentiellement, les juges majoritaires mettent en cause le caractère suffisant des actes introductifs d'instance, ce qui n'avait pas été soulevé par la défenderesse.

[86] Les plaidoiries ont pour objet de veiller à ce que la partie adverse soit dûment avisée du fondement de la revendication qui a été formulée ainsi que des faits qui l'étayent. La revendication se fondait sur le délit de poursuite malveillante, un délit civil de nature intentionnelle. Les allégations ont été suffisantes pour permettre à l'appelante de déposer un exposé de la défense, de participer à un interrogatoire préalable et d'isoler les questions en litige dans un mémoire préparatoire. Comme l'a souligné le juge du procès, l'appelante n'a pas présenté de demande de précisions. L'appelante connaissait la nature précise de la preuve qu'elle devait réfuter au procès et elle a répondu comme il se devait. Elle était représentée par un avocat expérimenté. Elle n'a soulevé la question de la responsabilité du fait d'autrui ni dans ses plaidoiries, ni dans son mémoire préparatoire; en fait elle ne l'a soulevée nulle part. C'est le juge du procès qui, de sa propre initiative, a abordé la question.

[87] Dans les présentes circonstances, je suis d'avis que l'omission de plaider expressément la responsabilité du fait d'autrui et le défaut de nommer un autre défendeur n'ont eu aucun effet négatif sur la conduite du procès ou sur la décision rendue. Les sociétés peuvent être déclarées directement responsables de délits de nature intentionnelle : voir l'arrêt *Swift Current (City) c. Saskatchewan Power Corp.*, 2007 SKCA 27, [2007] S.J. No. 117 (QL), dans lequel la société a été tenue responsable du délit d'atteinte illégale aux rapports économiques. Par ailleurs, l'omission de nommer des personnes comme défenderesses n'a pas empêché le tribunal de conclure à la responsabilité d'une société pour des délits de nature intentionnelle dans les affaires suivantes : *Drouillard c. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, [2007] O.J. No. 1664 (QL); *Fraser c. Westminer Canada Ltd.*, 2003 NSCA 76, [2003] N.S.J. No. 266 (QL); *Georgian Glen Development Ltd. c. Barrie (City)*, [2005] O.J. No. 3765 (C. sup. Ont.) (QL); *1515545 Ontario Ltd. c. Niagara Falls (City)*, [2006] O.J. No. 70 (C.A.) (QL).

[88] Bien que les juges majoritaires agitent le spectre d'un complot mal défini si la responsabilité du fait d'autrui n'est pas expressément plaidée, cette conclusion est en contradiction avec les faits tels qu'ils ont été plaidés, débattus et ensuite établis par le juge du procès. Il est évident que le juge du procès a conclu que M^{me} McSheffrey avait agi avec malveillance envers M. Estabrooks et que l'Association était responsable de cette malveillance. La preuve que le juge du procès a utilisée pour inférer la malveillance comprenait, sans s'y limiter, les faits énoncés plus haut aux paragraphes 75 à 80. L'avocat de l'Association n'a pas été pris par surprise par ces différentes allégations et il a eu pleinement l'occasion d'y répondre.

[89] Au paragraphe 55, mes collègues font l'observation suivante au sujet de la nécessité de plaider la responsabilité du fait d'autrui :

Le juge du procès a en outre souligné que le défaut de plaider la responsabilité du fait d'autrui aurait pu être résolu par une demande de précisions de la part de l'AAINB. Je ne suis pas d'accord. Comment pourrait-on

trancher une question de droit en affirmant que l'AAINB peut demander des précisions [...]

[90] À supposer, sans trancher la question, que la question de la responsabilité du fait d'autrui soit une question de droit et non une question mixte de fait et de droit dans les circonstances, je ferais l'observation suivante. L'exposé de la demande énonce la revendication de M. Estabrooks d'une manière directe qui semble avoir été comprise par l'Association. Si l'Association voulait soulever la question de droit dont mes collègues ont fait état, elle pouvait invoquer la règle 27.06. Cette règle permet à une partie de « soulever n'importe quelle question de droit » dans ses plaidoiries. De plus, la règle 27.07, qui régit les plaidoiries applicables aux exposés de la défense, prévoit entre autres qu'un défendeur doit « plaider [...] toute question sur laquelle [il] entend se fonder pour faire échouer la demande [...] ». Il est manifeste que l'Association a omis de respecter cette règle de plaidoirie. Selon moi, la décision rendue par les juges majoritaires oblige M. Estabrooks à satisfaire à une norme plus élevée en matière de plaidoirie que celle qui est attendue de l'Association.

[91] Sur la base de tout ce qui précède, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec mes collègues lorsqu'ils concluent que, dans les circonstances de la présente instance, l'intimé (le demandeur) était expressément tenu de plaider la responsabilité du fait d'autrui et (ou) de désigner d'autres parties.

IV. Conclusion

[92] Étant arrivé à la conclusion que M. Estabrooks pouvait se prévaloir du délit civil de poursuite malveillante, qu'il n'avait pas besoin de désigner d'autres parties et que son omission de plaider expressément la responsabilité du fait d'autrui n'est pas fatale dans les circonstances qui nous occupent, je passe maintenant à la question de savoir s'il a été satisfait au critère applicable à la poursuite malveillante. Les juges majoritaires, tout comme le juge du procès, ont convenablement énoncé le critère à quatre éléments qui a été formulé dans l'arrêt *Nelles*. Le juge du procès ne s'est pas mal enquis du droit. De plus, je ne suis pas persuadé qu'il ait commis une erreur manifeste et

dominante dans ses conclusions de fait ou dans les inférences qu'il a tirées. Il était loisible au juge de conclure que tous les quatre volets du critère énoncé dans l'arrêt *Nelles* se trouvaient remplis. L'inférence de malveillance était raisonnable dans les circonstances et elle était fondée sur la preuve. Rares en effet sont les cas dans lesquels une partie, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, reconnaît avoir agi avec malveillance.

[93]

Je suis d'avis de rejeter l'appel et je fixerais les dépens à 5 000 \$.