

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

109-18-CA

HAROLD RUSSELL and BRIAN RUSSELL

HAROLD RUSSELL et BRIAN RUSSELL

APPELLANTS

APPELANTS

- and -

- et -

NORTHUMBERLAND CO-OPERATIVE
LIMITED

NORTHUMBERLAND CO-OPERATIVE
LIMITED

RESPONDENT

INTIMÉE

Russell et al. v. Northumberland Co-Operative
Limited, 2019 NBCA 70

Russell et autre c. Northumberland Co-Operative
Limited, 2019 NBCA 70

CORAM:

The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Baird
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
September 27, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 27 septembre 2018

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 165

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 165

Preliminary or incidental proceedings:
[2019] N.B.J. No. 69

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2019] A.N.-B. n° 69

Appeal heard:
June 20, 2019

Appel entendu :
le 20 juin 2019

Judgment rendered:
October 3, 2019

Jugement rendu :
le 3 octobre 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlond

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlond

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellants:
Allison Whitehead, Q.C.

Pour les appelants :
Allison Whitehead, c.r.

For the Respondent:
George L. Cooper, Q.C.

Pour l'intimée :
George L. Cooper, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$2,500.

L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] The current version of Rule 22 was proclaimed on January 1, 2017. Since then, it has resulted in a significant increase in summary judgment motions. The amendments have therefore had their intended effect of providing the best and most cost-efficient access to justice when the circumstances of any given case permit resorting to this Rule. This present appeal is against a summary judgment order granted in favour of the defendant (respondent). Harold Russell and Brian Russell appeal the summary dismissal of their action and claim the matter should have proceeded to trial. For the reasons set out below, I do not agree with their contention.

II. Factual Context

[2] The Russells are dairy farmers and, for many years, were members of the Northumberland Co-Operative to which they sold all of their milk production. They had inherited their membership from their father, who had been part of the founding group of Northumberland.

[3] At all material times, Northumberland was governed by the *Co-operative Associations Act*, S.N.B. 1978, c. C-22.1.

[4] In November 2014, Northumberland sold all of its assets to the Agropur Dairy Cooperative. This appeal is not concerned with the sale itself but deals strictly with the distribution of the proceeds of the sale to Northumberland's members and, in particular, with the allocation paid to the Russells.

[5] In order to devise a distribution formula, Northumberland undertook what the motion judge found to be an exhaustive process, and which he described as both transparent and democratic. I summarize the process.

[6] All of Northumberland's members were invited to submit distribution proposals. Some members formed a "Fair Distribution Committee" in an effort to see if a consensus could be developed on a formula for eventual recommendation to Northumberland's Board of Directors. That Committee's efforts failed.

[7] Northumberland's Board received 52 proposals including one from the Russells. The Board struck a committee which met with all members who had submitted proposals, including the Russells. Its objective was to make a distribution recommendation to the Board to be put to the members for a vote.

[8] The Russells' proposal sought an allocation of \$1,000,000 for themselves from the sale proceeds as a monetary reward of thanks for being one of the longtime founding producer families. The evidence does not disclose any other such "founding member" allocation request.

[9] It should be noted that the *Act* does not distinguish "founding members" as a distinct group in a co-operative organization. Indeed, the *Act* states membership is defined by "share" or by simple membership. Section 1 defines a "share" as:

<p>[...] a share in the capital stock of an association to which <u>no special preferences, rights, conditions, restrictions, limitations or prohibitions are attached</u> either by the letters of incorporation or amalgamation agreement of the association or the by-laws thereof[.] [Emphasis added.]</p>	<p>[...] une part sociale du capital social d'une association, qui <u>n'est assortie d'aucun privilège, d'aucun droit ni d'aucune condition, restriction, limitation ou interdiction</u>, par les lettres constitutives, par l'accord de fusion de l'association ou par ses règlements administratifs[.]</p> <p style="text-align: right;">[C'est moi qui souligne.]</p>
--	--

[10] Moreover, Northumberland's by-laws, which formed part of the Record on Motion, did not provide for a class of "founding members."

[11] The Board eventually submitted the following distribution proposal to the members:

- (a) two-and-one-half times the value of the member's "share capital";
- (b) a "patronage payment" for the year 2014;
- (c) a payment of \$26,350 plus \$680 for each year of membership; and
- (d) repayment of share capital.

[12] The Russells' share capital as of December 31, 2014, was valued at \$69,122.90 in accordance with the formula used to calculate the share capital values of all members. The proposed allocation to the Russells from the proceeds of the sale, in accordance with the above formula, was \$353,601.13 plus interest.

[13] The proposed distribution of the allocations required an amendment to Northumberland's by-laws, which was approved with 169 members voting in favour and two voting against. The membership then voted over 94% in favour of the proposed distribution which provided for three payments over three years. The Russells accepted all three payments of their allocation.

[14] It was not until after their acceptance of the final payment that the Russells sent a series of written "grievances" to the Board relating to the distribution of the sale proceeds which was, by then, complete. They argued they had been unfairly treated because their allocation had not met what they believed to be their reasonable expectations given their perceived status as "founding members."

[15] The Russell brothers commenced an action seeking "oppression" remedies. The case centres entirely on the disappointment they felt because of their belief their expectation of a payment of \$1,000,000 was reasonable. Not having received it, they argue they were treated in an oppressive manner, unfairly and unjustly. In the end, the Russells' claim is premised on three grounds of attack:

- a) the unfairness of the distribution formula to them as "founding members";

- b) the reduction in value of their “share capital” based on breaches of Northumberland’s by-laws as discussed below; and
- c) an alleged conflict of interest premised on an assumption some members of Northumberland were also members of Agropur Dairy Cooperative prior to the sale. This is also discussed below.

[16] As noted, their action was summarily dismissed.

III. Grounds of Appeal

[17] The Russells’ grounds of appeal can be distilled as follows:

1. the motion judge erred in misapplying Rule 22 to determine there was no genuine issue requiring a trial;
2. the motion judge erred in failing to determine the Russells were entitled to an “oppression” remedy because of an alleged conflict of interest;
3. the motion judge failed to find Northumberland had not complied with its own by-laws with the result that their share value had decreased over time.

IV. Standard of Review

[18] Both counsel on appeal agreed the applicable standard of review is palpable and overriding error with respect to the findings of fact made in determining if there was a genuine issue requiring a trial.

[19] As was noted in *O’Toole v. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] N.B.J. No. 58 (QL), the standard of review in summary judgment proceedings was settled by the Supreme Court in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Deference is owed with respect to the exercise of the fact-finding powers conferred by Rule 22 unless

an incorrect principle of law is applied in the process, in which case the standard of review is correctness. The determination of whether there is a genuine issue requiring a trial is a combination of mixed fact and law and, unless there is an extricable error in principle, it should not be overturned absent palpable and overriding error. Again, deference is owed to such findings.

V. Analysis

A. *The operational framework of Rule 22*

[20] In this case, all prerequisites to the invocation of Rule 22 were in place. Pleadings had closed and affidavits of documents had been exchanged. Before I deal with the grounds of appeal, it would be useful to comment on the Rule 22 “roadmap,” which *Hryniak* discusses in general terms at paras. 66-68. For convenience, Rules 22.04(2) and (3) read as follows:

Powers

22.04(2) In determining whether there is a genuine issue requiring a trial, the court shall consider the evidence submitted by the parties and may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interests of justice for those powers to be exercised only at a trial:

- (a) weighing the evidence;
- (b) evaluating the credibility of a deponent; and
- (c) drawing a reasonable inference from the evidence.

Oral Evidence (mini-trial)

22.04(3) For the purposes of exercising the powers set out in this subrule, a judge

Pouvoirs

22.04(2) Lorsqu'elle décide de l'existence d'une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès, la cour tient compte des éléments de preuve que les parties ont présentés et peut exercer l'un quelconque des pouvoirs ci-dessous énumérés, sauf si l'intérêt de la justice commande de ne les exercer que dans le cadre d'un procès :

- a) apprécier la preuve;
- b) évaluer la crédibilité d'un dépositant;
- c) tirer de la preuve une inférence raisonnable.

Témoignages oraux (mini-procès)

22.04(3) Aux fins d'exercice des pouvoirs qu'énumère le présent article, le juge peut

may order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

ordonner qu'une ou plusieurs parties rendent des témoignages oraux, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

[21] The Rule therefore provides a two-step process with specific reference to the central question: is there a genuine issue requiring a trial?

[22] In step one, the judge must determine if the evidence put before him reveals a genuine issue requiring a trial. At this point, there is no need to resort to the fact-finding powers contained in Rules 22.04(2) and (3). Adjudication under step one may include cross-examination on any affidavit (Rule 39.03). Any such cross-examination does not trigger the mini trial prescribed by Rule 22.04(3). If, on the filed evidence alone, the judge can fairly and justly adjudicate the dispute, there will be no genuine issue requiring a trial and the judge **must** grant summary judgment. There is no discretion under the Rule to refuse to do so (see *22 King Street Inc. et al. v. The Bank of Nova Scotia*, 2018 NBCA 16, [2018] N.B.J. No. 42 (QL)). The motion judge in this case granted summary judgment on that basis and therefore did not need to proceed to step two.

[23] A judge only proceeds to step two if the assessment of the filed evidence leads to the conclusion that there **may** be a genuine issue requiring a trial. In that case, the judge then needs to determine if that trial can be avoided by resorting to the fact-finding powers of Rules 22.04(2) and (3). The guiding principle is that it will always be in the interest of justice for the judge to make use of these fact-finding powers if, applying the principles of timeliness, affordability and proportionality, the judge believes a trial can be avoided and a fair and just result can be obtained. The discretion vested in the judge under this second step will provide the flexibility required to fashion the appropriate course to follow.

[24] In the event a judge is required to proceed with step two, pursuant to Rule 22.04(3), an order for oral evidence may be issued which will typically include direct and cross-examinations of witnesses. This is what Rule 22.04(3) labels a mini-trial and its

importance cannot be overstated as, perhaps more than any other aspect of Rule 22, it best reflects the culture shift called for in *Hryniak*.

[25] In *O'Toole*, this Court made clear that Rule 22 is particularly steeped in the breadth of the evidence parties may lead from which summary judgment motion judges can then exercise their Rule 22.04(2) powers. The best truth-finding device is no longer in every case a conventional trial, and therein lies the gist of the culture shift. Summary judgment is no longer the exceptional remedy it once was. *O'Toole* clearly acknowledged that “[...] the transformative effect of our new summary judgment rule warrants jettisoning the ‘stringent test’ required by the wording of its predecessor and the mindset of its drafters” (para. 4).

[26] The ultimate objective will continue to be justice according to law. Conventional trials will not disappear, but the new mindset requires a shift away from them as the default and as being always the best mechanism in seeking justice, to a mindset guided by an answer to the central question: is there a genuine issue requiring a trial? That question can only be answered by fully exploiting the opportunities of Rule 22.

[27] A by-product of the culture shift will be a reduction in the number of civil trials. Rule 22 motions, with or without mini-trials, will determine if judges have the level of confidence required to do what they have always done in conventional trials, i.e. find facts and apply relevant legal principles to those facts, with the difference that they will be doing so proportionally, fairly and in a much more timely and affordable fashion. The culture shift will benefit litigants and the court process. The Supreme Court was clear in *Hryniak* that the summary judgment motion, as an alternative model of adjudication, is no less legitimate than a conventional trial.

[28] The burden of proof to establish there is no genuine issue requiring a trial will always be on a balance of probabilities. That burden will more readily be met with fulsome use of the broad scope of admissible evidence now permitted under Rule 22. The old adage of putting one’s best foot forward and leading trump or risk losing is far more

significant under the new version of Rule 22 than it was under its previous iteration. This was fully canvassed in *O'Toole* at paras. 70-73.

B. *Application of framework to instant case*

[29] Against this background, I turn to the grounds of appeal raised in this instance.

- (1) Did the motion judge err in finding there was no genuine issue requiring a trial under Rule 22?

[30] The motion judge correctly found that, in order to answer the question as to whether there was a genuine issue requiring a trial, he needed to:

- 1) make, if he could, the necessary findings of fact;
- 2) apply the law to those findings; and
- 3) satisfy himself that this summary process was the most proportionate and least expensive to achieve a just result. He needed to have confidence in his conclusions.

[31] As required, he began with an analysis of the pleadings (*Waugh et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 N.B.R. (2d) 391, [2000] N.B.J. No. 80 (C.A.) (QL)). He did this, of course, because in order for an issue to require a trial, the pleadings must first disclose a reasonable cause of action. The Amended Statement of Claim, in broad terms, alleged unfair treatment and a breach of the Russells' reasonable expectations at a level sufficient to trigger entitlement to oppression remedies at law. In order for the "oppression" cause of action to stand, the Russells had to establish, on a balance of probabilities, that their self-styled status of "founding members" entitled them to reasonably expect the level of allocation from the proceeds of sale which they claimed.

They argued entitlement to a higher multiplier of share capital than the one which they felt should be used for newer members.

[32] In its Amended Statement of Defence, Northumberland denied all of these allegations and pleaded that no cause of action could be grounded in law which could lead to the relief claimed.

[33] Based on the evidence before him, the motion judge found that the Russells' expectations were anchored solely in their belief that, as holders of a founding member's share, they were entitled to a proportionately greater share of the proceeds of the sale relative to the newer members. He found there was no basis in fact or in law for this expectation.

[34] The motion judge's analysis begins with the observation that Northumberland is governed by the *Act*, which makes no provision for oppression remedies, unlike similar statutes governing corporations (see for instance, s. 166 of the *Business Corporations Act*, S.N.B. 1981, c. B-9.1) He proceeds to find the Russells were left to argue for an oppression remedy based on common law principles, if any such remedy exists. He thoroughly canvassed the relevant jurisprudence on the subject and concluded there were no such remedies available. He correctly stated the core question to be answered as follows:

[...] whether at common law a shareholder is [...] precluded from bringing an action based on oppressive corporate conduct that directly harmed the shareholder personally? [para. 23]

[35] He contrasted the question with the rule in *Foss v. Harbottle*, [1843] J.C.J. No. 1 (QL), which has long stood for the preclusion of an action by a shareholder to address harm done to the corporation. That is not what the Russells claim here.

[36] The motion judge noted the record showed virtually no support from Northumberland's members for the Russells' claims and that there was also nothing from a historical perspective which might be supportive of their position. In order to succeed,

he found the Russells needed to demonstrate their “expectation” was objectively reasonable. There was no evidence of this.

[37] The motion judge found the process followed by the Board leading to its recommended distribution formula fully met the requirements of the leading Supreme Court decision on the subject, *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560. The two-pronged analytical framework set out in that decision, though based on statutory remedies which do not arise here, is nonetheless applicable to the Russells’ claim.

[38] Even if they were able to claim statutory relief, the Russells would have needed to establish what they termed a reasonable expectation to be both objective and contextual. The Supreme Court held in *BCE Inc.* that an individual shareholder’s subjective perspective is inconclusive.

[39] The second prong of the analysis is only triggered if the court should find a reasonable expectation had been established. If so, the further inquiry is to determine if that expectation had been violated by conduct consistent with the meaning of oppression (see *Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, 372 N.B.R. (2d) 1).

[40] The motion judge correctly found the Russells had not established any such entitlement. Again, with the guidance of *BCE Inc.* and its references to common law principles, he found that, not only had the Russells not established an objective and contextually protected expectation, there was nothing about Northumberland’s conduct which would even remotely come close to the level of abuse of power, fraud or bad faith required to meet the second prong of the analysis.

[41] The motion judge also correctly found that, to the extent any common law remedy might have been available, it was far more restrictive than any statutory relief. No such common law remedy was available to the Russells.

[42] He found no evidence to support an objective and contextually reasonable expectation. He properly applied the *BCE Inc.* principles. He accepted the Board's process in arriving at a distribution formula as eminently fair. Proof of that was the overwhelming support it received which, contextually, cannot be ignored. The Russells' expectations could not reasonably be held. Historically, all members had been treated equally, regardless of their seniority. There was no basis for a "founding members" finding and, as a result, this did not raise a genuine issue for trial.

(2) Did the motion judge err in failing to find Northumberland in a conflict of interest?

[43] The Russells alleged a potential conflict of interest existed if any member of Northumberland was also a member of Agropur Dairy Cooperative prior to the asset sale. The motion judge termed this ground of attack a "fishing expedition." It was based on pure speculation without any evidence in support. If the Russells felt there was any substance to this, they needed to explore this issue through cross-examination in step one. They chose not to. As indicated, the motion judge found this was not a genuine issue for trial based on his assessment of the filed affidavit evidence.

(3) Did the motion judge fail to find by-law breaches gave rise to oppression remedies?

[44] The by-law or regulation breaches were raised by the Russells strictly because certain payments made over the years to all members, including the Russells, were not authorized by the by-laws or regulation. They allege these payments had the effect of reducing their share capital and, thus, ultimately reducing their allocation from the proceeds of sale. This attack ignores the fact that these payments were made to all members based on their relative share capital percentages. They were accepted by all members, including the Russells, and were ratified annually at the general meeting of members. Each member retained his relative portion of share capital throughout the process.

[45] The motion judge correctly found that none of this had anything to do with oppression remedies. All of these payments had a long and accepted history by the members. This was not a genuine issue requiring a trial.

VI. Conclusion and Disposition

[46] I discern no palpable or overriding error with the motion judge's findings of fact or mixed law and fact. I further find his application of relevant legal principles is correct. I agree with the motion judge that, at best, the availability of oppression relief in this case was dubious. There is nothing at common law which would even come close to providing relief for the "unfair conduct" alleged by the Russells. The Russells did not demonstrate the impugned conduct was tantamount to fraud, bad faith or, at the very least, was very egregious. The conduct of which they complained does not rise to the level of creating genuine issues requiring a trial.

[47] I would dismiss the appeal with costs of \$2,500.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] La version actuelle de la règle 22 a été promulguée le 1^{er} janvier 2017. Il en est résulté, depuis, une augmentation importante du nombre de motions en jugement sommaire. Les modifications ont donc eu l'effet voulu, qui était de procurer l'accès à la justice le meilleur qui soit, et le plus efficace qui soit par rapport à son coût, quand les circonstances de l'espèce permettraient de recourir à cette règle. L'appel interjeté porte sur une ordonnance de jugement sommaire rendue en faveur de la défenderesse (intimée). Harold Russell et Brian Russell appellent du rejet sommaire de leur action et soutiennent que l'affaire aurait dû être instruite. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas de cet avis.

II. Faits

[2] Les Russell sont producteurs laitiers et, pendant de nombreuses années, ont été membres d'une coopérative, la Northumberland Co-Operative, à laquelle ils vendaient tout le lait qu'ils produisaient. Ils avaient hérité de la part sociale de leur père, qui était membre du groupe fondateur de la Northumberland.

[3] Pendant toute la période pertinente, la Northumberland était régie par la *Loi sur les associations coopératives*, L.N.-B. 1978, ch. C-22.1.

[4] En novembre 2014, la Northumberland a vendu tous ses actifs à Agropur Coopérative laitière. Le présent appel ne conteste pas la vente proprement dite; il porte strictement sur la répartition du produit de la vente aux membres de la Northumberland et, en particulier, sur la somme attribuée aux Russell.

[5] Afin d'élaborer une formule de répartition, la Northumberland s'est engagée dans un processus dont le juge saisi de la motion a conclu qu'il avait été exhaustif, et qu'il a qualifié de transparent et de démocratique. Je résume ce processus.

[6] Tous les membres de la Northumberland ont été invités à soumettre des propositions de répartition. Certains se sont constitués en un [TRADUCTION] « comité sur la juste répartition » afin de voir s'il était possible d'arriver à un consensus sur une formule, en vue d'une recommandation éventuelle au conseil d'administration de la Northumberland. Le travail de ce comité n'a pas abouti.

[7] Le conseil d'administration de la Northumberland a reçu cinquante-deux propositions, parmi lesquelles une proposition des Russell. Un comité établi par le conseil d'administration a rencontré tous les membres qui avaient soumis une proposition, y compris les Russell. Ce comité avait pour objectif la présentation au conseil d'administration d'une recommandation de répartition qui serait ensuite soumise au vote des membres.

[8] La proposition des Russell prévoyait qu'une part d'un million de dollars du produit de la vente leur serait attribuée pour prime de remerciement en argent, du fait que leur famille était l'une des familles de producteurs fondatrices de la coopérative et membre de longue date. La preuve ne rend compte d'aucune autre demande semblable d'attribution de somme d'argent aux [TRADUCTION] « membres fondateurs ».

[9] Il est à noter que la *Loi* ne considère pas comme un groupe distinct, dans une organisation coopérative, les [TRADUCTION] « membres fondateurs ». Elle prévoit qu'à qualité de membre quiconque possède une « part sociale » ou procède à une simple « adhésion ». L'article 1 définit la « part sociale » comme :

[...] a share in the capital stock of an association to which <u>no special preferences, rights, conditions, restrictions, limitations or prohibitions are attached</u> either by the letters of incorporation or amalgamation agreement of the association	[...] une part sociale du capital social d'une association, qui <u>n'est assortie d'aucun privilège, d'aucun droit</u> ni d'aucune condition, restriction, limitation ou interdiction, par les lettres constitutives, par l'accord de fusion de l'association ou par
---	--

or the by-laws thereof[.] [Emphasis added.] ses règlements administratifs[.]
[C'est moi qui souligne.]

[10] Les règlements administratifs de la Northumberland, versés au dossier de la motion, ne créent pas non plus de catégorie qui serait constituée des [TRADUCTION] « membres fondateurs ».

[11] Le conseil d'administration a fini par soumettre aux membres la proposition de répartition suivante :

- a. deux fois et demie la valeur du « capital social » du membre;
- b. une « ristourne » au titre de l'année 2014;
- c. un versement de 26 350 \$ plus 680 \$ pour chaque année d'adhésion;
- d. le remboursement du « capital social ».

[12] La valeur du capital social des Russell, en date du 31 décembre 2014, était de 69 122,90 \$ suivant la formule appliquée pour calculer la valeur du capital social de chacun des membres. La part du produit de la vente qu'il était projeté d'attribuer aux Russell, calculée conformément à la formule indiquée ci-dessus, était de 353 601,13 \$, intérêts en sus.

[13] La répartition proposée exigeait une modification aux règlements administratifs de la Northumberland, modification que les membres ont approuvée à 169 voix contre 2. Ils ont ensuite voté dans une proportion de 94 p. 100 en faveur de la répartition proposée, qui prévoyait trois versements étalés sur trois ans. Les Russell ont accepté chacun des trois versements de la somme qui leur avait été attribuée.

[14] Ce n'est qu'une fois le dernier versement reçu que les Russell ont saisi le conseil d'administration d'une série de [TRADUCTION] « griefs » écrits qui contestaient la répartition, alors achevée, du produit de la vente. Ils soutenaient qu'ils avaient été traités de façon injuste, parce que la somme attribuée ne répondait pas à ce qui leur semblait être des attentes raisonnables vu le statut de [TRADUCTION] « membres fondateurs » qu'ils se prêtaient.

[15] Les frères Russell ont réclamé en justice un redressement pour [TRADUCTION] « abus ». L'action procède entièrement de la déception qu'ils ont éprouvée parce qu'ils estimaient raisonnable l'attente d'un paiement d'un million de dollars. N'ayant pas reçu la somme escomptée, ils soutiennent qu'ils ont été traités de façon abusive, inéquitable et injuste. Les Russell attaquent la Northumberland sur trois fronts :

- i. l'injustice à leur endroit, en leur qualité de [TRADUCTION] « membres fondateurs », de la formule de répartition;
- ii. la diminution de valeur de leur « capital social » par suite de violations des règlements administratifs de la Northumberland, question examinée ci-après;
- iii. un conflit d'intérêts présumé, allégation supposant que certains membres de la Northumberland étaient également membres d'Agropur Coopérative laitière avant la vente. La question est elle aussi examinée ci-après.

[16] Nous avons vu que leur action s'est soldée par un rejet sommaire.

III. Moyens d'appel

[17] Il est possible de dégager les moyens suivants de l'appel qu'interjettent les Russell :

1. le juge saisi de la motion a appliqué erronément la règle 22 pour conclure qu'il ne se présentait pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès;

2. le juge saisi de la motion a commis une erreur en ne concluant pas que les Russell avaient droit à un redressement pour « abus » en raison du conflit d'intérêts invoqué;
3. le juge saisi de la motion n'a pas conclu que la Northumberland avait manqué à se conformer à ses propres règlements administratifs, ce qui s'était traduit par une diminution de la valeur de leur part sociale au fil du temps.

IV. Norme de contrôle

[18] Les avocats des parties en appel ont convenu que la norme de contrôle applicable, pour ce qui concerne les conclusions de fait que le juge a tirées lorsqu'il a décidé s'il existait une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès, est celle de l'erreur manifeste et dominante.

[19] Comme notre Cour l'écrivait dans *O'Toole c. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] A.N.-B. n° 58 (QL), la Cour suprême a établi, dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, la norme de contrôle applicable lorsqu'un recours est exercé contre un jugement sommaire. L'exercice des pouvoirs que confère la règle 22 en matière de recherche des faits commande la retenue, à moins qu'un mauvais principe de droit ait été appliqué, auquel cas la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Décider de l'existence ou non d'une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès combine le droit et les faits et cette décision ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante, à moins d'erreur de principe isolable. Les conclusions de cet ordre appellent, encore une fois, la retenue.

V. Analyse

A. *Cadre d'application de la règle 22*

[20] En l'espèce, toutes les conditions préalables étaient remplies pour que la règle 22 soit invoquée. Les plaidoiries étaient closes et des affidavits des documents avaient été échangés. Il serait utile que je commente, avant de me pencher sur les moyens d'appel, la « marche à suivre » d'une décision à rendre en application de la règle 22, que l'arrêt *Hryniak* expose en termes généraux aux par. 66 à 68. Je reproduis par souci de commodité les règles 22.04(2) et (3) :

Powers

22.04(2) In determining whether there is a genuine issue requiring a trial, the court shall consider the evidence submitted by the parties and may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interests of justice for those powers to be exercised only at a trial:

- (a) weighing the evidence;
- (b) evaluating the credibility of a deponent; and
- (c) drawing a reasonable inference from the evidence.

Oral Evidence (mini-trial)

22.04(3) For the purposes of exercising the powers set out in this subrule, a judge may order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

Pouvoirs

22.04(2) Lorsqu'elle décide de l'existence d'une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès, la cour tient compte des éléments de preuve que les parties ont présentés et peut exercer l'un quelconque des pouvoirs ci-dessous énumérés, sauf si l'intérêt de la justice commande de ne les exercer que dans le cadre d'un procès :

- a) apprécier la preuve;
- b) évaluer la crédibilité d'un dépositant;
- c) tirer de la preuve une inférence raisonnable.

Témoignages oraux (mini-procès)

22.04(3) Aux fins d'exercice des pouvoirs qu'énumère le présent article, le juge peut ordonner qu'une ou plusieurs parties rendent des témoignages oraux, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

[21] Sur le point précis de savoir s'il existe une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès, la règle prévoit une analyse en deux étapes.

[22] La première étape requiert du juge qu'il détermine si la preuve dont il dispose montre qu'il existe une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. À ce stade, il n'y a pas lieu d'user des pouvoirs de recherche des faits que

confèrent les règles 22.04(2) et (3). Cette première étape du processus peut comporter des contre-interrogatoires sur les affidavits (règle 39.03). Ils n'enclenchent pas le mini-procès que la règle 22.04(3) prévoit. S'il est possible de trancher justement et équitablement le litige sur le fondement de la seule preuve déposée, il n'existe pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès et le juge **doit** accorder un jugement sommaire. La règle n'investit pas le juge du pouvoir discrétionnaire de refuser (22 *King Street Inc. et autre c. La Banque de Nouvelle-Écosse*, 2018 NBCA 16, [2018] A.N.-B. n° 42 (QL)). En l'espèce, le juge saisi de la motion a rendu jugement sommaire sur ce fondement et n'avait donc pas à passer à la seconde étape.

[23] Un juge passe à la seconde étape uniquement si l'évaluation de la preuve déposée pousse à conclure qu'il **peut** se présenter une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. Dans ce cas, il doit déterminer s'il est possible d'éviter la tenue de ce procès en usant des pouvoirs de recherche des faits que confèrent les règles 22.04(2) et (3). Le principe directeur veut qu'user de ces pouvoirs de recherche des faits serve toujours l'intérêt de la justice si, compte tenu des principes de célérité, d'accessibilité économique et de proportionnalité, le juge croit qu'un procès peut être évité et qu'un résultat juste et équitable est possible. Le pouvoir discrétionnaire dont le juge est investi, à cette seconde étape, lui apporte la latitude nécessaire pour décider de la voie à emprunter.

[24] Si un juge doit passer à la seconde étape, il peut ordonner, en vertu de la règle 22.04(3), la présentation de témoignages oraux, ce qui, en règle générale, comporte l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire des témoins. Cela peut se faire par voie de contre-interrogatoire sur les affidavits déposés, mais aussi par voie de témoignages oraux. Il s'agit là de ce que la règle 22.04(3) appelle un mini-procès et l'on ne saurait trop insister sur son importance, car il représente, mieux que tout autre aspect de la règle 22 peut-être, le virage culturel que demande l'arrêt *Hryniak*.

[25] Dans *O'Toole*, notre Cour a constaté que la règle 22 est empreinte, avant tout, de l'étendue considérable des éléments de preuve que les parties peuvent présenter et à partir desquels les juges saisis de motions en jugement sommaire peuvent, ensuite,

exercer les pouvoirs dont les investit la règle 22.04(2). Le meilleur mécanisme de recherche de la vérité n'est plus, dans chaque cas, le procès conventionnel, et l'essentiel du virage culturel est là. Le jugement sommaire n'est plus le recours exceptionnel qu'il a déjà été. *O'Toole* reconnaît clairement que « l'effet de transformation que produit notre nouvelle règle régissant les jugements sommaires justifie d'abandonner le [TRADUCTION] "critère très rigoureux" que prévoyait le libellé de l'ancienne règle 22 et qui traduisait la pensée de ses rédacteurs » (par. 4).

[26] L'objectif ultime demeurera de rendre justice conformément au droit. Les procès conventionnels ne disparaîtront pas, mais la manière de penser nouvelle signifie un virage éloignant de ces procès, dans la mesure où ils sont considérés comme la procédure par défaut et comme le meilleur moyen, chaque fois, de demander justice, et l'adoption d'une manière de penser guidée par la réponse à donner à la question essentielle : se présente-t-il une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès? Les tribunaux ne peuvent répondre à cette question qu'en tirant parti de toutes les possibilités qu'offre la règle 22.

[27] Il s'ensuivra du virage culturel, par ricochet, un nombre moindre de procès civils. Les motions présentées sous le régime de la règle 22, qu'elles donnent lieu ou non à un mini-procès, détermineront si les juges ont la confiance voulue pour agir comme ils ont toujours agi dans les procès conventionnels, c'est-à-dire pour tirer des conclusions de fait et appliquer aux faits les principes juridiques pertinents, à cette différence près qu'ils procéderont de façon proportionnelle, équitable, et à la fois beaucoup plus expéditive et économique. Le virage culturel bénéficiera aux plaideurs et au processus judiciaire. La Cour suprême a précisé, dans *Hryniak*, que la procédure de jugement sommaire, autre modèle de règlement des litiges, est tout aussi légitime que le procès conventionnel.

[28] Le fardeau de preuve dont il faudra s'acquitter pour établir qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès requerra toujours une preuve par prépondérance des probabilités. Il sera plus facile de s'en acquitter en utilisant pleinement le large éventail des éléments de preuve aujourd'hui admissibles suivant la règle 22. Le précepte classique engageant à faire de son mieux et à jouer atout ou risquer

de perdre se révèle beaucoup plus important, sous le régime de la nouvelle version de la règle 22, qu'il ne l'était auparavant. Ces éléments sont passés en revue aux par. 70 à 73 de l'arrêt *O'Toole*.

B. *Application du cadre d'analyse en l'espèce*

[29] Dans ce contexte, j'aborde maintenant les moyens d'appel qu'avancent les Russell.

(1) Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il n'existait pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès, sous le régime de la règle 22?

[30] Le juge saisi de la motion a conclu à bon droit que, pour déterminer s'il existait une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès, il devait :

- i. tirer, s'il le pouvait, les conclusions de fait nécessaires,
- ii. appliquer les règles de droit à ces faits,
- iii. être convaincu que cette procédure sommaire constituait le moyen le plus proportionné et le moins coûteux d'arriver à un résultat juste. Il devait pouvoir tirer ses conclusions avec confiance.

[31] Le juge a commencé, comme il se doit, par une analyse des plaidoiries (*Waugh et al. c. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 391, [2000] A.N.-B. n^o 80 (C.A.) (QL)). Il a procédé ainsi, bien entendu, parce que, pour qu'une question en litige puisse nécessiter la tenue d'un procès, les plaidoiries doivent d'abord révéler une cause d'action raisonnable. Dans ses grandes lignes, l'exposé de la demande modifié plaidait un traitement injuste et la frustration des attentes raisonnables des Russell, à un degré suffisant pour qu'ils aient droit à un redressement pour abus en common law. Pour que l'« abus » soit une cause d'action soutenable, les Russell devaient

établir par prépondérance des probabilités que le statut de [TRADUCTION] « membres fondateurs » qu'ils se prêtaient leur conférait le droit de s'attendre raisonnablement à l'attribution d'une part du produit de la vente de l'ordre de celle qu'ils réclamaient. Ils affirmaient avoir droit à un coefficient de multiplication du capital social supérieur au coefficient à utiliser, selon eux, pour les membres plus récents.

[32] Dans son exposé de la défense modifié, la Northumberland contestait toutes ces prétentions et plaidait l'impossibilité de fonder en droit une cause d'action pouvant mener à la réparation demandée.

[33] Sur le fondement de la preuve qui lui était présentée, le juge saisi de la motion a conclu que les attentes des Russell reposaient uniquement sur la conviction qu'ils avaient que, parce que titulaires d'une part sociale de membre fondateur, ils avaient droit à une part du produit de la vente proportionnellement supérieure à celle des membres plus récents. Il a conclu que ni le droit ni les faits ne fondaient cette attente.

[34] Au début de son analyse, le juge saisi de la motion a fait observer que la Northumberland était régie par la *Loi*, laquelle ne prévoit pas de redressement pour abus contrairement à des lois analogues régissant les personnes morales (voir, par exemple, l'art. 166 de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1). Il a constaté ensuite que les Russell se voyaient contraints de demander un redressement pour abus fondé sur des principes de common law, à supposer que ce redressement existe. Après un examen approfondi de la jurisprudence pertinente à cet égard, il a conclu à l'inexistence du redressement réclamé. Il a correctement indiqué que la Cour devait essentiellement déterminer :

[TRADUCTION]

si la common law empêche [...] un actionnaire d'introduire une action fondée sur un abus commis par une société qui porte directement préjudice à [cet] actionnaire à titre personnel. [par. 23]

[35] Le juge a mis en contraste la question formulée ci-dessus et la règle énoncée dans *Foss c. Harbottle*, [1843] J.C.J. No. 1 (QL), qui, de longue date, empêche

les actionnaires d'intenter une poursuite pour préjudice porté à leur société. Les Russell ne demandent pas réparation pour ce type de préjudice en l'espèce.

[36] Le juge saisi de la motion a fait remarquer que le dossier rendait compte d'un soutien pratiquement nul des membres de la Northumberland pour les demandes des Russell et que rien, du point de vue historique, ne pouvait soutenir leurs prétentions. Il a conclu que les Russell, pour obtenir gain de cause, devaient montrer que leur « attente » était objectivement raisonnable. Rien dans la preuve n'indiquait qu'elle l'était.

[37] Le juge a conclu que le processus suivi par le conseil d'administration pour arriver à la formule de répartition recommandée avait entièrement satisfait aux exigences énoncées dans *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, arrêt de principe de la Cour suprême en la matière. L'analyse en deux volets exposée dans cet arrêt, bien que reposant sur des recours d'origine législative qui n'interviennent pas en l'espèce, est néanmoins applicable à la demande des Russell.

[38] Même si les Russell avaient pu demander une mesure réparatoire d'origine législative, ils auraient eu à établir que ce qu'ils appelaient une attente raisonnable l'était d'un point de vue à la fois objectif et contextuel. La Cour suprême a conclu, dans *BCE Inc.*, que la perspective subjective d'un actionnaire n'est pas concluante.

[39] Le second volet de l'analyse n'entre en jeu que si la cour conclut qu'une attente raisonnable est établie. Le cas échéant, il faut examiner si l'attente a été frustrée par un comportement concordant avec la définition d'« abus » (*Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, 372 R.N.-B. (2^e) 1).

[40] Le juge saisi de la motion a conclu à bon droit que les Russell n'avaient pas établi un tel droit. De même, guidé par *BCE Inc.* et par les références de cet arrêt aux principes de common law, il a conclu, non seulement que les Russell n'avaient pas établi qu'ils avaient une attente objective, protégée dans le contexte, mais aussi que le comportement de la Northumberland était à des lieues de l'abus de pouvoir, de la fraude ou de la mauvaise foi qui aurait satisfait aux exigences du second volet.

[41] Le juge saisi de la motion a en outre conclu à bon droit que, dans la mesure où la common law pouvait offrir un redressement, il était beaucoup plus restreint que les mesures réparatoires d'origine législative. Un tel redressement de common law ne s'offrait pas aux Russell.

[42] Rien dans la preuve ne lui paraissait montrer que les Russell avaient une attente objective et raisonnable en contexte. Il a fait une application correcte des principes énoncés dans *BCE Inc.* Il a reconnu que le processus suivi par le conseil d'administration pour arriver à une formule de répartition avait été éminemment juste. Le soutien écrasant qu'elle avait reçu, dont on ne saurait, dans le contexte, ne pas tenir compte, en apportait une preuve. Les Russell ne pouvaient nourrir raisonnablement ces attentes. Par le passé, un traitement égal avait été réservé à tous les membres, quelle que soit leur ancienneté. Rien ne fondait à conclure à un statut de [TRADUCTION] « membre fondateur » et, par conséquent, une véritable question en litige requérant un procès n'était pas soulevée.

(2) Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur en ne concluant pas que la Northumberland se trouvait en situation de conflit d'intérêts?

[43] Les Russell soutenaient qu'un conflit d'intérêts pouvait s'être présenté si des membres de la Northumberland étaient aussi membres d'Agropur Coopérative laitière avant la vente des actifs. Le juge saisi de la motion a qualifié de [TRADUCTION] « recherche à l'aveuglette » ce moyen d'attaquer la Northumberland. Il n'était étayé par aucun élément de preuve et reposait sur de simples conjectures. Si les Russell estimaient l'argument fondé, il leur fallait explorer la question dans le cadre d'un contre-interrogatoire lors de la première étape. Ils ont choisi de ne pas le faire. Comme je l'ai indiqué, le juge saisi de la motion a conclu, sur le fondement de son évaluation de la preuve par affidavit qui avait été déposée, qu'il ne s'agissait pas d'une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès.

- (3) Le juge saisi de la motion a-t-il omis de conclure que des violations des règlements administratifs donnaient matière à un redressement pour abus?

[44] Des violations des règlements administratifs ou du règlement d'application de la *Loi* étaient invoquées par les Russell strictement parce que certains versements faits au fil des ans à tous les membres, eux compris, n'étaient autorisés par aucun de ces règlements. Ils avancent que les versements ont eu pour effet de réduire la valeur de leur capital social et, de ce fait, de réduire la part du produit de la vente qui leur a été attribuée. L'argument ne tient aucun compte du fait que ces versements ont été remis à tous les membres en proportion du pourcentage du capital social que chacun possédait. Ils ont été acceptés par tous les membres, y compris les Russell, et ratifiés chaque année en assemblée générale. Le processus ne modifiait nullement la part du capital social que chacun des membres possédait.

[45] Le juge saisi de la motion a à bon droit conclu que rien de tout ceci ne relevait du redressement pour abus. Ces versements de longue date étaient acceptés par les membres. Il ne s'agissait pas d'une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès.

VI. Conclusion et dispositif

[46] Je ne discerne pas d'erreur manifeste ou dominante dans les conclusions de fait ou dans les conclusions mixtes de droit et de fait du juge saisi de la motion. Je conclus en outre qu'il a appliqué correctement les principes juridiques pertinents. Je conviens avec lui qu'il est douteux, au mieux, qu'une réparation pour abus se soit offerte aux Russell en l'espèce. Rien en common law n'apporte de réparation, quelle qu'elle soit, pour la « conduite injuste » invoquée par les Russell. Ils n'ont pas démontré que la conduite contestée était constitutive de fraude, indicative de mauvaise foi ou qu'elle était, tout au moins, hautement inacceptable. La conduite dont ils se plaignaient n'était pas propre à susciter de véritables questions en litige nécessitant la tenue d'un procès.

[47] Je suis d'avis de rejeter l'appel et de fixer les dépens à 2 500 \$.