

62.21 Powers of the Court of Appeal

To Draw Inferences and Make Decisions

(1) The Court of Appeal may draw inferences of fact, render any decision and make any order which ought to have been made, and may make such further order as the case may require.

- “[A]s a general rule, appellate interference with interlocutory discretionary orders is considered inappropriate absent an error (either of law, fact or mixed law and fact) and a related intolerably high risk of significant prejudice to the applicant. See *S. Bransfield Limited v. Fletcher*, [2003] N.B.J. No. 29 (C.A.; in Chambers), at para. 21, online: QL (NBJ), *Doucet v. Savoie* (1998), 197 N.B.R. (2d) 395 (C.A.; in Chambers) and *Pic Realty Canada Limited and Rocca Group Limited v. Disher* (1982), 42 N.B.R. (2d) 41 (C.A.).”

Poirier Estate v. Canadian Imperial Bank of Commerce, [2003] N.B.J. No. 229 (C.A.) (QL) at para. 2, Drapeau C.J.N.B.

- “Faced with reversible error, an appellate court must choose between one of three remedial options. It can correct the error by making the decision that the trial judge should have made. If that is not a realistic option, then in appropriate circumstances the matter may be remitted to the trial judge for determination consistent with the appellate court’s reasons. Finally, and as a remedy of last resort, a new trial may be ordered. These options are provided for under Rules 62.21(1), (7) and (10) of the Rules of Court. However, the decision to choose one option to the exclusion of the others is dependent initially on the nature of the error identified by the appellate court.”

Bertin v. Kristofferson (2001), 244 N.B.R. (2d) 315 (C.A.) at para. 58, Robertson J.A. (dissenting).

- “Rule 62.21(1) provides the requisite authority to draw inferences of fact and to render the decision which ought to have been made at first instance.”

Wallace v. Thibodeau, 2008 NBCA 78, [2008] N.B.J. No. 417 (QL) at para. 29, per Drapeau C.J.N.B.

- The Court of Appeal “is in as good a position as the trial court to determine the legal effect of a contract where the determination of that effect is based exclusively on a textual analysis. See *Alberta Giftwares Ltd. v. R.*, [1974] S.C.R. 584, and *Caisse populaire de Grand-Sault Ltée v. Crédit Bombardier Ltée/Bombardier Credit Ltd. et autre* (1998), 199 N.B.R. (2d) 350 (C.A.).”

62.21 Attributions de la Cour d’appel

Pouvoir d’inférer et de décider

(1) La Cour d’appel peut faire des inférences à partir des faits et rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Elle peut également rendre toute autre ordonnance appropriée à la cause.

- On y discute de la règle générale voulant qu’une Cour d’appel n’interviendra pas et ne modifiera pas une ordonnance interlocutoire discrétionnaire sauf s’il y a une erreur de droit, une erreur de faits ou une erreur mixte et que cette ordonnance occasionnerait un préjudice important au requérant. Voir *S. Bransfield Limited v. Fletcher*, [2003] N.B.J. n° 29 (C.A.; in Chambers), au par. 21, online: QL (NBJ), *Doucet c. Savoie* (1998), 197 R.N.-B. (2^e) 395 (C.A.; in Chambers) and *Pic Realty Canada Limited and Rocca Group Limited c. Disher* (1982), 42 R.N.-B. (2^e) 41 (C.A.).”

Poirier Estate v. Canadian Imperial Bank of Commerce, [2003] A.N.-B. n° 229 (C.A.) (QL) au par. 2, Drapeau J. C.N.-B.

[Cette décision n’a pas été traduite]

- « Face à une erreur justifiant l’infirmité d’une décision, une cour d’appel doit faire un choix parmi trois solutions réparatoires. Elle peut corriger l’erreur en rendant la décision que le juge du procès aurait dû rendre. Si cette solution n’est pas réaliste, l’affaire peut, dans certaines circonstances, être renvoyée au juge du procès afin que celui-ci la tranche conformément aux motifs de la cour d’appel. Finalement, et il s’agit d’une mesure de dernier recours, la cour d’appel peut ordonner un nouveau procès. Ces solutions sont énoncées aux règles 62.21(1), (7) et (10) des Règles de procédure. Toutefois, la décision de retenir une solution à l’exclusion des autres dépend à l’origine de la nature de l’erreur qu’a identifiée la cour d’appel ».

Bertin c. Kristofferson (2001), 244 R.N.-B. (2^e) 315 (C.A.) au par. 58, Robertson j.c.a. (dissident).

- « [L]a règle 62.21(1) [...] donne la compétence voulue [à notre Cour] pour faire des inférences à partir des faits et rendre la décision qui aurait dû être rendue initialement ».

Wallace c. Thibodeau, 2008 NBCA 78, [2008] A.N.-B. n° 417 (QL) au par. 29, Drapeau J.C.N.-B.

- La Cour d’appel « est aussi bien placée que le tribunal de première instance pour déterminer l’effet juridique d’un contrat lorsque la détermination de cet effet résulte exclusivement de l’analyse d’un texte. Voir *Alberta Giftwares Ltd. c. La Reine*, [1974] R.C.S. 584, et *Caisse populaire de Grand-Sault ltée c. Crédit Bombardier ltée/Bombardier Credit Ltd. et autre* (1998), 199 R.N.-B.

Controls & Equipment Ltd. v. Ramco Contractors Ltd. (1999), 209 N.B.R. (2d) 1 (C.A.) at para. 7, Drapeau J.A (as he then was).

- Since Rules 62.21(1) allows the Court to “render any decision and make any order which ought to have been made, and may make such further or other order as the case may require,” the Court extended the deadlines under Rule 37.06(1) and directed the Court of Queen’s Bench to hear and determine a motion to set aside a noting in default.

Noble Securities Holding Ltd. v. Tremblay, 2007 NBCA 91, 323 N.B.R. (2d) 142.

- “Rule 62.21 of the *Rules of Court* grants the Court the authority to draw inferences of fact, to render any decision, to make any order which ought to have been made, and to make such further or other order as the case may require. Rule 1.02.1, the proportionality rule, allows the court to make the order that should have been made rather than to remit the matter[.]” *Estate of Jarvis Hayward Estabrooks et al. v. Barry et al. and Macey*, 2016 NBCA 55, [2016] N.B.J. No. 216 (QL), at para. 51, Baird J.A.

- “The Minister’s assessment is antipodal to the District Education Council’s proposition. In his submission, resort to Rule 62.21(1) is ill-advised in a case such as the present one primarily for the following reasons: (1) the present appeal is not concerned with the merits of the judicial review application, its sole focus being procedural, namely the sustainability of the conversion order; (2) if the Court granted the relief sought by the cross-appeal, it would be saddled with a case lacking a prior hearing into any material aspect of the dispute, including the admissibility of controversial opinion evidence. A review of the jurisprudence under Rule 62.21(1) demonstrates it is typically employed in cases where the judge at first instance has made a decision on most, if not all, key issues. In the case at bar, the application judge did not address, let alone resolve, any of the critical issues arising from the application for judicial review of the Minister’s April 8, 2016 school closure decision; and (3) acceptance of the District Education Council’s plea for merits-based adjudication at this level would generate a problematic precedent insofar as respect for the core mandate of the Court of Queen’s Bench and that of this Court is concerned. At the end of the day, the Court would be unjustifiably disregarding its mandate as an appellate court. The latter consideration tracks back to this feature of the caution

(2^e) 350 (C.A.) ».

Controls & Equipment Ltd. c. Ramco Contractors Ltd. (1999), 209 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.) au par. 7, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- Puisqu’en vertu de la règle 62.21(1), notre Cour peut « rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue » et « peut également rendre toute autre ordonnance appropriée à la cause » à notre avis, notre Cour a prorogé les délais fixés par la règle 37.06(1) et a ordonné à la Cour du Banc de la Reine d’entendre et de trancher la motion dans laquelle l’intimé demande l’annulation de la constatation en défaut rendue contre lui.

Noble Securities Holding Ltd. c. Tremblay, 2007 NBCA 91, 323 R.N.-B. (2e) 142.

- « La règle 62.21 des *Règles de procédure* confère à la Cour le pouvoir de faire des inférences à partir des faits et de rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Elle peut également rendre toute autre ordonnance appropriée à la cause. La règle 1.02.1, la règle de la proportionnalité, autorise la Cour à rendre l’ordonnance qui aurait dû être rendue au lieu de renvoyer l’affaire[.] » *Succession de Jarvis Hayward Estabrooks et autres c. Barry et autres et Macey*, 2016 NBCA 55, [2016] A.N.-B. n° 216 (QL), au par. 51, la juge d’appel Baird.

- « Le point de vue du Ministre est diamétralement opposé aux prétentions du Conseil d’éducation de district. Le Ministre estime que recourir à la règle 62.21(1) serait inopportun dans une cause comme celle-ci, pour trois motifs principaux. Premièrement, l’appel ne porte pas sur le fond de la requête en révision : il est strictement centré sur la procédure, en l’occurrence sur la question de savoir si l’ordonnance de transformation peut être maintenue. Deuxièmement, si la Cour accordait la mesure demandée par appel reconventionnel, elle serait aux prises avec une cause dans laquelle aucune audience préalable n’aurait abordé les éléments substantiels du litige, dont l’admissibilité d’une preuve controversée présentée sous forme d’opinion. Il ressort de la jurisprudence relative à la règle 62.21 que, d’ordinaire, cette règle est mise à effet lorsque le juge de première instance a statué sur la plupart des questions essentielles, sinon toutes. En l’espèce, aucune des questions cruciales soulevées par la requête en révision de la décision ministérielle du 8 avril 2016, décision ayant déterminé la fermeture de l’école, n’a été abordée par le juge saisi de la requête, encore moins tranchée. Troisièmement, faire droit à la demande du Conseil d’éducation de district, qui sollicite une décision sur le fond au présent niveau, générerait un précédent difficile pour ce qui concerne le respect des mandats fondamentaux

<p>articulated in <i>Smith v. Human Rights Commission (N.B.) et al.</i> and reproduced in my introductory remarks:</p> <p>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.”</p> <p><i>Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Education and Early Childhood Development v. Henrie and Arsenault, and Conseil d’éducation du district scolaire francophone sud</i>, 2017 NBCA 5 at para 18, Quigg J.A.</p> <p>(1.1) Without limiting the generality of the foregoing, the Court of Appeal or a judge of the Court of Appeal may strike out a document, or a part of a document, at any time, with or without leave to amend, on terms that are just, on the ground that it</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) may prejudice, embarrass or delay the fair hearing of the matter, (b) is scandalous, frivolous or vexatious, (c) is an abuse of the process of the court, (d) is a contempt of court, or (e) is not in conformity with the Rules of Court. <p><i>Further Evidence</i></p> <p>(2) The Court of Appeal or a judge thereof may receive evidence</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) On interlocutory applications, (b) As to matters which have occurred after the date of the order or decision appealed from, and (c) On special grounds, upon any question of fact. <p>● The Court refused a motion to adduce new evidence under</p>	<p>de la Cour du Banc de la Reine et de notre Cour. En définitive, notre Cour dérogerait sans justification à son mandat d’instance d’appel. Cette considération nous ramène au passage suivant de la citation reproduite en introduction, extraite de la mise en garde exprimée dans <i>Smith c. Human Rights Commission (N.B.) et al.</i> :</p> <p>[TRADUCTION]</p> <p>L’expérience a montré que le respect tant du cadre juridictionnel des <i>Règles de procédure</i> que de ses préceptes en matière de procédure sert l’intérêt supérieur de la justice. De fait, l’obligation de se conformer aux <i>Règles de procédure</i> 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.</p> <p><i>Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l’Éducation et du Développement de la petite enfance c. Henrie et Arsenault, et Conseil d’éducation du district scolaire francophone sud</i>, 2017 NBCA 5, au par. 18, la juge d’appel Quigg.</p> <p>(1.1) À tout moment et avec ou sans la permission de le modifier, la Cour d’appel ou l’un de ses juges peut radier tout ou partie d’un document selon les modalités qui sont estimées justes au motif que le document :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) peut compromettre, gêner ou retarder le jugement équitable de l’affaire; b) est scandaleux, frivole ou vexatoire; c) constitue un usage abusif de la procédure judiciaire; d) fait outrage au tribunal; e) ne se conforme pas aux Règles de procédure. <p><i>Preuve complémentaire</i></p> <p>(2) La Cour d’appel ou un juge de la Cour d’appel peut recueillir d’autres preuves</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Sur une requête interlocutoire, b) Sur des points survenus après la date de l’ordonnance ou de la décision portée en appel, et c) Sur toute autre question de fait, pour des motifs spéciaux. <p>● La Cour rejeta une motion en présentation d’une</p>
---	---

<p>Rule 61.21(2), and stated the following to be the test for that determination:</p> <p>Leave to adduce further evidence requires the appellant prove that:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) the evidence could not have been obtained with reasonable diligence at trial; 2) the evidence would probably have a material effect on the outcome of the case; and 3) the evidence must be apparently credible. <p><i>B.P. v. A.T.</i>, 2014 NBCA 51, at para. 6, per Larlee J.A.</p> <p>(3) The Court of Appeal or a judge thereof may direct that evidence to be received under paragraph (2) be taken</p> <ol style="list-style-type: none"> (a) By oral examination in the Court of Appeal, (b) By affidavit, or (c) Before an examiner or commissioner under Rule 33. <p><i>Amendments</i></p> <p>(4) The Court of Appeal may allow any amendment.</p> <p><i>Where Exercisable</i></p> <p>(5) The powers of the Court of Appeal may be exercised</p> <ol style="list-style-type: none"> (a) Notwithstanding that the notice of appeal or cross-appeal requests that part only of the order or decision be reversed or varied, or (b) In favour of a party who has not appealed from the order or decision. <p>● Rule 62.21(1) “vests in the Court jurisdiction to render any decision and make any order that ought to have been made in the court below while [Rule 62.21(5)] specifies that the Court may exercise its appellate powers in favour of a party who has not appealed from the order or decision.” In this case, even though the respondent insurance company did not formally challenge the declaration found in the formal judgment, the Court made the declaration that ought to have been made below rather than send it back to the Court of Queen’s Bench because “[t]he interests of justice would be ill-served by any further adjudicative delay and the attendant additional litigation costs.”</p> <p><i>Veno v. United General Insurance Corp.</i>, 2008 NBCA 39, 330 N.B.R. (2d) 237 at para. 74, per Drapeau J.C.N.B.</p> <p>Hon. Justice J.C. Marc Richard, « <i>La déférence judiciaire</i> » (2009) 25 : 2 Solicitor’s J 15</p>	<p>preuve complémentaire en vertu de la règle 62.21(2) des <i>Règles de procédure</i>, et statua que le test suivant doit être appliqué pour autoriser une telle motion :</p> <p>Pour être autorisé à présenter une preuve complémentaire, l’appelant doit prouver :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) que la preuve n’aurait pas pu être produite au procès par l’exercice de diligence raisonnable; 2) que la preuve aurait probablement une incidence importante sur l’issue de l’affaire ; et 3) que la preuve doit être apparemment crédible <p><i>B.P. c. A.T.</i>, 2014 NBCA 51, au par. 6, Larlee j.c.a.</p> <p>(3) La Cour d’appel ou un juge de la Cour d’appel peut prescrire que la preuve visée au paragraphe (2) soit recueillie</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Par voie d’interrogatoire oral devant la Cour d’appel, b) Par affidavit, ou c) Devant un examinateur ou un commissaire sous le régime de la règle 33. <p><i>Modifications</i></p> <p>(4) La Cour d’appel peut permettre toute modification aux actes de procédure.</p> <p><i>Exercice des pouvoirs</i></p> <p>(5) La Cour d’appel peut exercer ses pouvoirs</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Même si l’avis d’appel ou d’appel reconventionnel ne demande que l’infirmité ou la modification partielle de l’ordonnance ou de la décision ou b) En faveur d’une partie qui n’a pas interjeté appel de l’ordonnance ou de la décision. <p>● La règle 62.21(1) « habilite la Cour à rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue par l’instance inférieure, alors que la [règle 62.21(5)] précise que la Cour peut exercer ses pouvoirs d’organe d’appel en faveur d’une partie qui n’a pas interjeté appel d’ordonnance ou de la décision ». Dans cette affaire, même si la compagnie d’assurance intimée n’a pas directement remis en question la déclaration qui figurait dans le jugement officiel, la Cour du Banc de la Reine puisque « [t]out retard supplémentaire à statuer sur la question ainsi que les frais de poursuite connexes additionnels serviraient mal les intérêts de la justice ».</p> <p><i>Veno c. United General Insurance Corp.</i>, 2008 NBCA 39, 330 R.N.-B. (2^e) 237 au par. 74, Drapeau J.C.N.-B.</p> <p>L’Honorable juge J.C. Marc Richard, « <i>La déférence judiciaire</i> » (2009) 25 : 2 Le bulletin des avocats 15</p>
---	--

<p><i>Interlocutory Ruling No Bar</i></p> <p>(6) An interlocutory order or decision from which there has been no appeal shall not operate to prevent the Court of Appeal from rendering any decision or making any order.</p> <p><i>New Trial or Hearing</i></p> <p>(7) Subject to paragraph (8), the Court of Appeal may set aside an order, decision or judgment appealed from and may order a new trial or hearing.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Because outstanding matters were left to be adjudicated and because of the length of time that had transpired, the case required a consideration of intervening circumstances, thus a new trial was the appropriate remedy. <i>Port of Dalhousie Inc. v. Maltais</i>, 2011 NBCA 84, at para. 28. <p>(8) A new trial may be restricted to any issue, without interfering with the finding or decision upon any other issue.</p> <p>The appeal was allowed in part and the Court ordered a new hearing, but one limited to the issue of prospective changes to the Consent Order. <i>Brooks v. Brooks</i>, 2012 NBCA 50, at para. 13.</p> <p>(9) The Court of Appeal shall not grant a new trial on the ground</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) of misdirection, (b) of improper admission or rejection of evidence, or (c) That the verdict of the jury was not taken upon a question which the judge at the trial was not asked to leave to them, <p>unless substantial wrong or miscarriage of justice has resulted; and, it if appears to the Court of Appeal that such wrong or miscarriage of justice affects part only of the matter in controversy or some but not all of the parties, it may direct a new trial as to the part or parties affected.</p> <p><i>Referral Back</i></p> <p>(10) The Court of Appeal may refer back to the court appealed from any question of fact for its decision where, in the opinion of the Court of Appeal</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) The court appealed from is in a better position than the Court of Appeal to determine the question, or (b) The court appealed from excluded, or did not 	<p><i>Effet d'une décision ou ordonnance interlocutoire</i></p> <p>(6) Le fait qu'une ordonnance ou qu'une décision interlocutoire n'a pas été portée en appel n'empêche pas la Cour d'appel de rendre une décision ou une ordonnance.</p> <p><i>Nouveau procès ou nouvelle audience</i></p> <p>(7) Sous réserve du paragraphe (8), la Cour d'appel peut annuler une ordonnance, une décision ou un jugement porté en appel et ordonner un nouveau procès ou une nouvelle audience.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Puisqu'il y avait trop de questions en litige encore à trancher et qu'il s'était écoulé beaucoup de temps, il fallait prendre de nouvelles circonstances en considération, et la tenue d'une nouvelle audience constituait le bon remède. <i>Port of Dalhousie Inc. c. Maltais</i>, 2011 NBCA 84, au para. 28. <p>(8) Le nouveau procès peut se limiter à une question sans toucher aux conclusions ou décisions relatives à une autre question.</p> <p>La Cour a accueilli l'appel en partie et a ordonné une nouvelle audience qui se limitait à la question de la modification de l'ordonnance par consentement. <i>Brooks c. Brooks</i>, 2012 NBCA 50, au par. 13.</p> <p>(9) La Cour d'appel n'accordera pas un nouveau procès en raison</p> <ul style="list-style-type: none"> a) de directives erronées, b) d'une mauvaise décision quant à l'admissibilité ou l'inadmissibilité d'une preuve ou c) du fait que le verdict du jury ne portait pas sur une question que l'on n'avait pas demandé au juge du procès de laisser à sa décision, <p>à moins qu'il n'en ait résulté un préjudice important ou une erreur judiciaire. Si la cour constate que le préjudice ou l'erreur ne concerne que certaines aspects de l'affaire en litige ou que certaines des parties en cause, elle peut prescrire un nouveau procès quant aux aspects en question ou aux parties concernées.</p> <p><i>Renvoi au tribunal de première instance</i></p> <p>(10) La Cour d'appel peut renvoyer, pour être tranché par le tribunal de première instance, toute question de fait, lorsqu'elle est d'avis</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Que le tribunal de première instance est mieux placé qu'elle pour trancher la question ou b) Que le tribunal de première instance a refusé ou
--	--

<p>consider, evidence which is relevant and admissible.</p> <p>(11) Where, under paragraph (10), the Court of Appeal has referred back a question of fact, the court appealed from shall receive and consider</p> <p>(a) All evidence which the Court of Appeal has held to be admissible and relevant to such a question of fact, and</p> <p>(b) All other evidence which the court appealed from considers admissible and relevant to such question of fact. 92-107; 2008-1</p> <ul style="list-style-type: none"> ● The Court stated that it has 3 alternatives when it decides pursuant to Rule 62.21(2) to allow one of the parties to adduce new evidence: “(1) to hear the evidence ourselves or (2) have the evidence taken before an examiner and remitted to us and then, in either event, consider it when we make our decision on the appeal, or (3) to remit the matter to a trial Judge for a new trial.” In this case, the Court ordered a new trial. <i>Cassista v. Cyr</i> (1988), 93 N.B.R. (2d) 177 (C.A.) ● At trial the appellant was denied a motion to strike out a defence included in the respondent’s statement of defence. After denying the appellant leave to appeal the motion, the Court affirmed the respondent’s options with respect to the specific defence, and Rule 62.21(6): “[The respondent’s] ability to raise the [impugned defence] in an appeal following a trial on the merits is not diminished. Rule 62.21(6) provides that an interlocutory ruling is not a bar to raising the issue on appeal, only that the issue be deferred to the appeal from the trial decision.” <p>The Court also spoke to the question of whether there is a right to appeal from the decision of a single judge of the Court of Appeal denying leave to appeal:</p> <p>[T]here is no right of appeal from a decision of a single judge in interlocutory matters when the only issue is whether, following a hearing on the merits, the judge ought to have refused (or given) leave to appeal.</p> <p>[...]</p> <p>It would be anomalous to build in another layer for interlocutory matters that is not required in other appeals, if, as stated in Rule 1.03(2), the purpose of</p>	<p>omis de prendre en considération une preuve pertinente et admissible.</p> <p>(11) Lorsque la Cour d’appel, en application du paragraphe (10), renvoie une question de fait au tribunal de première instance, ce dernier doit recevoir et examiner</p> <p>a) Tous les moyens de preuve que la Cour d’appel a déclaré admissibles et pertinents à cette question de fait et</p> <p>b) Tous les autres moyens de preuve que le tribunal de première instance considère admissibles et pertinents à cette question de fait. 92-107; 2008-1</p> <ul style="list-style-type: none"> ● La Cour a énoncé qu’elle avait en vertu de la règle 62.21(2) le choix entre 3 options quand elle permettait à une des parties de soumettre de la nouvelle preuve : « (1) entendre la preuve nous-mêmes ou (2) mandater un examinateur de recueillir la preuve et dans l’un ou l’autre cas, en tenir compte au moment de notre décision sur l’appel ou (3) renvoyer la question à un juge de première instance pour que le litige soit instruit de nouveau ». Dans cette cause, la Cour a ordonné un nouveau procès. <i>Cassista v. Cyr</i> (1988), 93 R.N.-B. (2^e) 177 (C.A.) ● Au procès, l’appellant s’est vu refuser une motion pour faire radier une partie de l’exposé de la défense de l’intimée. Après avoir rejeté la demande d’autorisation d’appel de cette décision interlocutoire, la Cour d’appel a précisé les options qui s’offraient à l’intimé relativement à la défense soulevée et à la règle 62.21(6) : « La possibilité pour Western de soulever la question de l’article 2 dans un appel qui serait interjeté après un procès sur le fond n’est pas mise en cause. La règle 62.21(6) prévoit qu’une décision interlocutoire n’empêche pas de soulever en appel la question en litige, mais seulement de la renvoyer du procès d’appel ». <p>La Cour a aussi discuté de la question à savoir s’il existe un droit d’appeler de la décision d’un juge de la Cour d’appel siégeant seul et qui refuse l’autorisation d’appel:</p> <p>[I]l n’y a pas de droit d’appel d’une décision d’un juge siégeant seul en matière interlocutoire lorsque la seule question est celle de savoir si, après une audience sur le fond, le juge aurait dû refuser (ou accorder) l’autorisation d’appel.</p> <p>[...]</p> <p>Il serait anormal de créer pour les affaires interlocutoires une étape qui n’est pas requise dans les autres appels si, comme en fait état la règle</p>
---	--

the Rules is to “secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits”. The very purpose of Rule 1.03(2) would be defeated by introducing yet another step in the proceedings.

Western Surety Co. v. National Bank of Canada (1997), 186 N.B.R. (2d) 36 (C.A.) at para. 8-9, 12, per Hoyt C.J.N.B.

- In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, the Court affirmed its previous decision in *Workmen’s Compensation Board v. McCarthy* (1982), 42 N.B.R. (2d) 160 (C.A.) as the proper test for permitting new evidence on an interlocutory proceeding under Rule 62.21(2)(a). Regarding that test, the Court added the proviso that “this Court should not relax the criteria so as to facilitate an unsuccessful litigant’s desire to retry a case”:

In New Brunswick the issue of when this Court should permit further evidence under Rule 62.21(2) was definitively dealt with in *Workmen’s Compensation Board v. McCarthy* at paragraphs 4, 5 and 6:

The requirements which must be met to justify the reception of fresh evidence were considered by this court in *Kenny v. Ross E. Judge Transport Ltd. et al.* (1970), 2 N.B.R. (2d) 430, and depend upon whether special grounds must be shown. If special grounds are required to be established, three conditions must be fulfilled:

- (1) It must be shown the evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial;
- (2) The evidence must be such that, if given, it would probably have an important influence on the result of the case, although it need not be decisive, and
- (3) The evidence must be such as is presumably to be believed, or in other words, it must be apparently credible, although it need not be incontrovertible.

If special grounds are not required to be established, a substantial case must be made out to justify this court in exercising its discretion in favour of the reception of fresh evidence.

It is clear, we think, that a decision on an application such as this present one requires a proper balance to be struck between the need to have available on adjudication complete and accurate facts, on the one hand, and the requirement that a judgment on a question of fact which was justified by the evidence adduced at trial should not lightly be disturbed, on the other.

1.03(2), l’objet des règles est « d’assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive ». Cet objet même serait contrecarré par l’introduction d’une autre étape dans l’instance.

Western Surety Co. c. Banque Nationale du Canada (1997), 186 R.N.-B. (2^e) 36 (C.A.) aux par. 8-9, 12, Hoyt J.C.N.-B.

- Dans *Law Society of New Brunswick c. Ryan*, la Cour a confirmé sa décision antérieure dans *Workmen’s Compensation Board c. McCarthy* (1982), 42 R.N.-B. (2^e) 160 (C.A.) à titre de critère approprié pour permettre de nouveaux éléments de preuve dans une procédure interlocutoire en vertu de la règle 62.21(2)a). En ce qui concerne ce critère, la Cour a ajouté que « [TRADUCTION] la Cour ne devrait pas assouplir les critères afin de faciliter le désir d’un plaideur qui n’a pas eu gain de cause de réessayer une cause »
[Cette décision n’est pas traduite en français.]

See also: *Varette v. Sainsbury*, [1928] 1 D.L.R. 273 (S.C.C.); *Bossé v. Leger* (1987), 82 N.B.R. (2d) 80 (C.A.)

Law Society of New Brunswick v. Ryan, [2000] N.B.J. No. 540 (C.A.) (QL) at para. 13.

- Drapeau J.A. (as he then was) stated the following about the Court's power to allow parties to amend their submissions under Rule 62.21(4): "justice must not be sacrificed on the altar of blind adherence to formality. Rule 62.21(4) empowers the Court to make "any amendment" and consideration will be given to the exercise of that discretionary power whenever the interests of justice are at stake. See *Small v. Sonnenberg* (1990), 111 N.B.R. (2d) 117 (C.A.)." In this case, however, Drapeau J.A. (as he then was) was not persuaded that the interests of justice would be best served by allowing the amendment. He dismissed the motion accordingly.

Belyea v. Hammond (2000), 231 N.B.R. (2d) 305 (C.A.) at para. 26, per Drapeau J.A. (as he then was).

- The Court refused counsel's argument that, by virtue of Rule 62.21(1), the Court of Appeal is in as good a position as the trial judge to weigh and assess the evidence and to make findings necessary to resolve the contentious issues between the parties. Drapeau J.A. (as he then was) for the majority stated that, in a situation involving conflicting testimonies from expert witnesses, "it will be rare that the record on appeal will allow this Court to resolve controversial questions of fact [...] This Court ought not to attempt to settle that controversy. Its resolution is best left to the judge at the new trial."

With respect to the jurisdiction to order a new trial conferred by Rule 62.21(7), the Court stated that:

On a new trial, the parties are entitled, subject to the pertinent Rules of Court, to have the trial proceed as if the case had never been tried before. See *Bartlett v. Nova Scotia Steel Co.* (1907), 38 S.C.R. 336, per Idington J., at p. 338, affirming (1904) 39 N.S.R. 456 (C.A.). In *Confederation Life Insurance Co. v. Woo Investments Inc. et al.* (1994), 123 Sask. R. 150 (C.A.), leave to appeal denied [1994] S.C.C.A. No. 368, Gerwing J.A., who delivered the judgment for the Court, points out, at para. 4, that "[a] trial de novo requires consideration of all issues tabula rasa". That proposition reflects the law in this jurisdiction subject only to Rule 62.21(7), which provides that a new trial

- Le juge Drapeau (maintenant juge en chef) a précisé ce qui suit relativement au pouvoir de la Cour de permettre aux parties d'amender leurs actes de procédures selon la règle 62.21(4) : « Cela dit, on ne saurait immoler la justice sur l'autel de l'observation aveugle des formalités. Aux termes de la règle 62.21(4), la Cour peut permettre « toute modification » et elle doit envisager d'exercer ce pouvoir discrétionnaire chaque fois que les intérêts de la justice sont en jeu. Voir l'arrêt *Small c. Sonnenberg* (1990), 111 R.N.-B. (2^e) 117 (C.A.) ». Dans cette cause, par contre, le juge Drapeau, n'étant pas convaincu que les intérêts de la justice seraient mieux servis s'il acceptait de permettre cette modification, a rejeté cette motion.

Belyea c. Hammond (2000), 231 R.N.-B. (2^e) 305 (C.A.) au par. 26, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- La Cour a refusé l'argument suivant à l'effet que la Cour d'appel en vertu de la règle 62.21(1) était dans une aussi bonne position que le juge de première instance pour soulever et évaluer la preuve et pour faire des inférences à partir des faits afin de trancher le litige entre les parties. Le juge Drapeau (maintenant juge en chef) a écrit pour la majorité que, dans une situation impliquant des témoignages contradictoires de la part de témoins experts : « il est rare que le dossier d'appel permette à notre Cour de trancher des questions de fait controversées [...] Notre Cour ne doit pas essayer de trancher cette controverse. Il vaut mieux laisser au juge le soin de la trancher dans le cadre du nouveau procès ».

Relativement au pouvoir qu'a la Cour d'appel d'ordonner un nouveau procès selon la règle 62.21 (7), la Cour a énoncé que:

Lors d'un nouveau procès, les parties ont droit, sous réserve des Règles de procédure pertinentes, à ce que le procès se déroule comme si l'instance n'avait jamais été instruite auparavant. Voir l'arrêt *Bartlett c. Nova Scotia Steel Co.* (1907), 38 R.C.S. 336, le juge Idington, à la page 338, confirmant (1904) 39 N.S.R. 456 (C.A.). Dans l'arrêt *Confederation Life Insurance Co. c. Woo Investments Inc. et al.* (1994), 123 Sask. R. 150 (C.A.), autorisation de pourvoi refusé, [1994] S.C.C.A. n° 368, le juge d'appel Gerwing, qui rendait le jugement de la Cour, a souligné, au paragraphe 4, que « le procès de novo exige que l'on fasse table rase et que l'on réexamine toutes les

may be restricted to any issue, without interfering with the finding or decision upon any other issue. In my view, the setting of some legal and factual parameters for the new trial, in accordance with Rule 62.21(7), should go a long way in facilitating the just, least expensive and most expeditious determination of the litigation.

Bertin v. Kristoffersen (2001), 244 N.B.R. (2d) 315 (C.A.) at paras. 41-42.

- Determining when it is appropriate to order a new trial as opposed to referring the matter back to the trial judge, Daigle C.J.N.B. stated: “I am guided by the general principle that a new trial should not be ordered unless the interests of justice plainly require it”. Daigle C.J.N.B. further clarified that “[t]he notion of the interests of justice to be weighed is very broad and includes consideration of the costs to the parties.”

Ross v. New Brunswick Teachers’ Assn. (2001), 238 N.B.R. (2d) 112 (C.A.) at para. 98, Daigle C.J.N.B.

- The Court ordered a new trial (Rule 62.21(7)) on the basis that the trial judge had decided the case on an issue that was not pleaded by the parties, and was only raised by the respondents (defendants) during their closing arguments.

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Lush (2002), 251 N.B.R. (2d) 291 (C.A.) at para. 9, per Larlee J.A.

- Drapeau J.A. (as he then was) referred to Rule 62.21(6) as a “significant safeguard” in the advocacy process while discussing the Court’s residual discretion to deny applications for leave to appeal (Rule 62.03(4)) where the threshold criteria has otherwise been met.

S. Bransfield Ltd. v. Fletcher (2003), 258 N.B.R. (2d) 28 (C.A.) at para. 22, per Drapeau J.A. (as he then was).

- Drapeau C.J.N.B. stated the following about the scope of the Court’s jurisdiction contemplated by Rule 62.21(1): “[c]learly, the Court’s jurisdiction is very broad and it undoubtedly includes the power to set aside the decision under appeal as having been made without jurisdiction.” However, Drapeau C.J.N.B. qualified that statement by adding that Rule 62.21(1) cannot circumvent statutory schemes for judicial review (in this case, under the *Public*

questions ». Cette proposition fait état du droit en vigueur dans notre province sous réserve, uniquement, de la règle 62.21(7) qui dispose que le nouveau procès peut se limiter à une question sans toucher aux conclusions ou décisions relatives à une autre question. J’estime qu’en fixant certains paramètres juridiques et factuels en ce qui concerne le nouveau procès, conformément à la règle 62.21(7), on devrait grandement faciliter le règlement du litige de la façon la plus juste, la moins coûteuse et la plus rapide possible ».

Bertin c. Kristoffersen (2001), 244 R.N.-B. (2^e) 315 (C.A.) aux par. 41-42.

- Jugeant s’il était plus approprié d’ordonner un nouveau procès ou de renvoyer l’affaire au juge du procès, le juge Daigle, alors juge en chef, a énoncé ce qui suit : « je m’inspire du principe général selon lequel on ne doit pas ordonner un nouveau procès, sauf s’il est clair que les intérêts de la justice l’exigent ». Et il précise que : « [l]’idée voulant qu’il faille prendre en considération les intérêts de la justice est très large et comprend l’examen des frais que doivent supporter les parties ».

Ross c. New Brunswick Teachers’ Assn. (2001), 238 R.N.-B. (2^e) 112 (C.A.) au par. 98, Daigle J.C.N.-B.

- La Cour a ordonné un nouveau procès (règle 62.21(7)) parce que le juge du procès avait tranché le cas sur une question qui n’avait pas été plaidée par les parties et qui avait été seulement soulevée par les intimés (défendeurs) dans leurs arguments finaux.

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Lush (2002), 251 R.N.-B. (2^e) 291 (C.A.) au par. 9, Larlee j.c.a.

- Le juge Drapeau (maintenant juge en chef) réfère à la règle 62.21(6) comme étant : « une sauvegarde significative » et discute du pouvoir discrétionnaire résiduel [du juge de la Cour d’appel] de refuser l’autorisation dans le cas où l’une ou plusieurs des conditions contenues aux alinéas a), b) et c) de la règle 62.03(4) ont été remplies.

S. Bransfield Ltd. c. Fletcher (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 28 (C.A.) au par. 22, Drapeau j.c.a (maintenant juge en chef).

- Le Juge en chef Drapeau a énoncé ce qui suit relativement au pouvoir de la Cour décrit dans la règle 62.21(1) : « Il est manifeste que la compétence de la Cour est très vaste et qu’elle comprend sans aucun doute le pouvoir d’annuler la décision qui fait l’objet du présent appel pour le motif qu’elle a été rendue sans compétence ». Le juge Drapeau a précisé cet énoncé en ajoutant par contre qu’on ne saurait recourir à la règle 62.21 pour contourner le mécanisme de

Utilities Act).

Cooperators General Insurance Co. v. New Brunswick (Board of Commissioners of Public Utilities) (2004), 274 N.B.R. (2d) 7 (C.A.) at para. 24, per Drapeau C.J.N.B.

- Richard J.A. determined that he had jurisdiction to receive new evidence for the purposes of granting an application for leave to appeal, despite the fact that Rule 62.21 is silent on the matter:

It is beyond dispute that a single judge of the Court of Appeal cannot rule on the admissibility of new evidence on appeal. Rule 62.21(2) of the Rules of Court reserves that power exclusively for a panel of the Court of Appeal [...] However, the Rules of Court are silent on the powers of a single judge of the Court of Appeal to consider new evidence for the sole purpose of determining an application for leave to appeal.

[...]

In my view, however, the Rules are sufficiently flexible to allow a single judge of the Court of Appeal to consider such evidence where the interests of justice so require. Rule 2.04 states that “in any matter of procedure not provided for in these rules or by an Act, the court may, on motion, give directions”, while Rule 1.03 provides that the “rules shall be liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits.” It is not difficult to envision a situation where new evidence might provide the sole ground in support of an application for leave to appeal that, if denied, would result in an injustice.

Although he was interpreting rules that are different from ours, I nonetheless adopt the following conclusion of Hinds J.A. in *Gudaitis v. Abacus Systems Inc.* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 1 at 6-7 (C.A.):

[...] I am satisfied that a judge of this court, [...] hearing an application for leave to appeal an interlocutory order, may consider evidence not adduced in the court below. In determining whether consideration should be given to such evidence, the interests of justice as applicable to the circumstances of the case should be taken into account. Furthermore, the usual prerequisites for the introduction of fresh evidence should not be applied as strictly as generally applied in respect of an appeal from final judgment.

Having the power to consider new evidence does not mean a perfunctory consideration of the evidence. There may be cases where the judge declines to consider proffered evidence in determining and application for leave to appeal. Each case will need to

révision judiciaire mis en place dans la *Loi sur les entreprises de service public.*

Cie d'assurance générale Cooperators c. Nouveau-Brunswick (Commission des entreprises publiques) (2004), 274 R.N.-B. (2^e) 7 (C.A.) au par. 24, par Drapeau J.C.N.-B.

- Le Juge Richard a déterminé qu’il avait effectivement compétence pour recevoir de la nouvelle preuve à seule fin de statuer sur une demande en autorisation d’appel en dépit du fait que la règle 62.21 soit silencieuse à cet égard:

Il ne fait aucun doute qu’un juge de la Cour d’appel siégeant seul, ne peut pas statuer sur l’admissibilité de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d’un appel. La règle 62.21(2) des Règles de procédure réserve ce pouvoir exclusivement à une formation de la Cour d’appel. Le raisonnement de la juge Oland sur ce point dans l’arrêt *Ashby c. MacDougall Estate et al.* (2004), 222 N.S.R. (2^e) 396 (C.A.), s’applique également au Nouveau-Brunswick. Toutefois, les Règles de procédure sont muettes quant à la question de savoir si un juge de la Cour d’appel, siégeant seul, a compétence pour examiner de nouveaux éléments de preuve à seule fin de statuer sur un demande en autorisation d’appel.

[...]

À mon avis, cependant, les Règles sont suffisamment souples pour permettre à un juge de la Cour d’appel, siégeant seul, d’examiner de tels éléments de preuve lorsque les intérêts de la justice l’exigent. La règle 2.04 prévoit que « [l]a cour peut, sur motion, donner des directives concernant toute question de procédure non régie par les présents règles ou par une loi », et la règle 1.03 prescrit que les « règles doivent recevoir une interprétation libérale afin d’assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive ». Il n’est pas difficile d’imaginer une situation où de nouveaux éléments de preuve pourraient fournir l’unique motif à l’appui d’une demande en autorisation d’appel qui, si elle était rejetée, entraînerait une injustice.

Bien que le juge Hinds ait interprété des règles différentes des nôtres, je souscris à sa conclusion dans l’arrêt *Gudaitis c. Abacus Systems Inc.* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.) aux pages 6 et 7 :

[...] Je suis convaincu qu’un juge de notre cour, [...] qui entend une demande d’autorisation d’interjeter appel d’une ordonnance interlocutoire, peut examiner un élément de preuve qui n’a pas été présenté au tribunal d’instance inférieure. Pour déterminer si l’on peut examiner une telle preuve, les intérêts de la justice applicables aux circonstances de l’affaire devraient être pris en considération. De plus, les conditions

be assessed on the basis of its own particular circumstances.

Coutu v. Gauthier (Succession), [2005] N.B.J. No. 193 (C.A.) (QL) at paras. 4-7, per Richard J.A.

- The Court opined that the appropriate case in which to remit a matter back to the trial judge under 62.21(10)(a) is when there remain factual determinations to be made, as opposed to issues of law alone.

D.W. v. New Brunswick (Workplace Health, Safety and Compensation Commission), [2005] N.B.J. No. 282 (C.A.) (QL) at para. 26, per Robertson J.A.

- Faced with the argument that the wording of Rule 62.21(1) allows the Court of Appeal to use more lenient standards of review than those enunciated in the jurisprudence, Richard J.A. stated that:

Rule 62.21(1) does not change the nature of appellate review in this province. Review for error is the proper approach. Applied to appeals from trial decisions, the Rule simply allows this Court to draw inferences where none have been drawn by the trial judge or where the inference drawn at trial is rooted in either (1) a material error of law, (2) a palpable and overriding error in the trial judge's primary findings of facts, or (3) material inferences that are not reasonably supported by the evidence.

Doiron v. Haché, [2005] N.B.J. No. 347 (C.A.)(QL) at para. 75, per Richard J.A.

- A matter brought as a determination of question of law before trial pursuant to R.23 was in effect a motion for summary judgment, as the principal question sought to resolve the ultimate liability of the parties. The Court of Appeal used its power under R.62.21(1) to convert the Queen's Bench decision to a summary judgment, which is what the trial judge should have done, pursuant to R.37.10(a).

préalables habituelles à l'introduction de nouveaux éléments de preuve ne devraient pas être appliquées de façon aussi stricte qu'en général en ce qui concerne un appel d'un jugement définitif.

Le fait d'avoir le pouvoir d'examiner de nouveaux éléments de preuve ne veut pas dire qu'il faut les examiner de façon superficielle. Il se peut que, dans certains cas, le juge refuse d'examiner la nouvelle preuve produite pour statuer sur une demande en autorisation d'appel. Chaque affaire devra être évaluée selon ses propres circonstances particulières.

Coutu c. Gauthier (Succession), [2005] A.N.-B. n° 193 (C.A.) (QL) aux par. 4-7, Richard j.c.a.

- La Cour est d'avis qu'il sera approprié de renvoyer une affaire au juge du procès sous la règle 62.21(10) quand il demeure des questions factuelles à être déterminées, plutôt que des questions de droit.

D.W. c. Nouveau-Brunswick (Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents de travail), [2005] A.N.-B. n° 282 (C.A.) (QL) au par. 26, Robertson j.c.a.

- Le Juge Richard, face à l'argument que le libellé de la règle 62.21(1) permettrait à la Cour d'appel d'utiliser des normes de contrôle plus souples que ceux précisés dans la jurisprudence et permettrait aux juges de la Cour d'appel de substituer leurs propres conclusions à celles du juge du procès, a précisé ce qui suit:

La règle 62.21(1) ne modifie pas la nature de la révision en appel dans notre province. L'optique appropriée consiste en un contrôle d'erreur. Cette règle, appliquée aux appels de décisions rendues en première instance, permet simplement à notre Cour de faire des inférences si le juge du procès n'en a tiré aucune ou si les inférences tirées au procès 1) sont fondées sur une erreur de droit importante, 2) sont fondées sur une erreur manifeste et dominante dans les conclusions du juge du procès relatives à des faits relatives à des faits établis par preuve directe, ou 3) sont des inférences de fait importantes qui ne sont pas raisonnablement étayées par la preuve.

Doiron c. Haché, [2005] A.N.-B. n° 347 (C.A.)(QL) au par. 75, Richard j.c.a.

- Une question présentée comme étant une décision sur une question de droit avant le procès en vertu de la Règle 23 était en effet une requête en jugement sommaire, car la principale question tentait de déterminer la responsabilité des parties. La Cour d'appel a utilisé son pouvoir en vertu de la Règle 62.21(1) pour convertir la décision de la Cour du banc de la reine en un jugement sommaire, ce que le juge aurait dû faire, conformément à

Druet v. Girouard, 2012 NBCA 40, paras. 21-23.

“While this Court could send the assessment of damages back to the trial judge” under Rule 62.21(10)(a), if the Court of Appeal is satisfied that it is in as good a position as the trial judge to assess damages, the interests of the parties and of justice in general would be best served if the Court of Appeal assess them.

AMEC Americas Limited v. MacWilliams, 2012 NBCA 46, para. 62

la Règle 37.10(a).

Druet c. Girouard, 2012 NBCA 40, par. 21-23.

« Bien que notre Cour puisse renvoyer l'évaluation des dommages-intérêts à la juge du procès » en vertu de la règle 62.21(10)a), si la Cour est convaincu qu'elle est aussi bien placée que le juge de première instance pour les évaluer, il est de l'intérêt des parties et de la justice en général que la Cour d'appel les évalue.

AMEC Amériques Limitée c. MacWilliams, 2012 NBCA 46, par. 62