

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

118-19-CA
119-19-CA

B E T W E E N :

GERRY LOWE

INTENDED APPELLANT

- and -

BARRY OGDEN and PETER LAWRENCE
JOSSELYN

INTENDED RESPONDENTS

- and -

CHIEF ELECTORAL OFFICER OF THE
PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

INTENDED RESPONDENT

B E T W E E N :

BARRY OGDEN and PETER LAWRENCE
JOSSELYN

INTENDED APPELLANTS

- and -

GERRY LOWE and CHIEF ELECTORAL
OFFICER OF THE PROVINCE OF NEW
BRUNSWICK

INTENDED RESPONDENTS

Motion heard by:
The Honourable Justice Baird

Date of hearing:
November 26, 2019

E N T R E :

GERRY LOWE

APPELLANT ÉVENTUEL

- et -

BARRY OGDEN et PETER LAWRENCE
JOSSELYN

INTIMÉS ÉVENTUELS

- et -

DIRECTRICE GÉNÉRALE DES ÉLECTIONS DE
LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

INTIMÉE ÉVENTUELLE

E N T R E :

BARRY OGDEN et PETER LAWRENCE
JOSSELYN

APPELLANTS ÉVENTUELS

- et -

GERRY LOWE et DIRECTRICE GÉNÉRALE
DES ÉLECTIONS DE LA PROVINCE DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

INTIMÉS ÉVENTUELS

Motion entendue par :
l'honorable juge Baird

Date de l'audience :
le 26 novembre 2019

Date of decision:
January 16, 2020

Date de la décision :
le 16 janvier 2020

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the intended appellant:
Thomas G. O'Neil, Q.C. and
Timothy G. McLaughlin

Pour l'appelant éventuel :
Thomas G. O'Neil, c.r. et
Timothy G. McLaughlin

For the intended respondents Barry Ogden and Peter
Lawrence Josselyn:
Matthew Robert Letson and Christopher D.J. Isnor

Pour les intimés éventuels Barry Ogden et
Peter Lawrence Josselyn :
Matthew Robert Letson et Christopher D.J. Isnor

For the intended respondent the Chief Electoral
Officer of the Province of New Brunswick:
Frederick C. McElman, C.M., Q.C. and Lara J.
Greenough

Pour l'intimée éventuelle la Directrice générale des
élections de la Province du Nouveau-Brunswick :
Frederick C. McElman, C.M., c.r. et Lara J.
Greenough

DECISION

I. Introduction

[1] There are two motions for leave to appeal a decision of the court below concerning costs. The intended appellants rely on Rules 62.03(1)(b), 4(b) and (c) of the *Rules of Court* which permit this Court to grant leave to appeal when certain criteria are met. Leave of this Court is required when a party seeks to appeal an order or decision as to costs only.

II. Background

[2] On the heels of a provincial election held September 24, 2018, a Court of Queen’s Bench judge ordered a recount for the Saint John Harbour electoral district pursuant to the *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3 (the “*Act*”). The recount revealed a ten-vote differential in favour of the intended appellant, Gerry Lowe.

[3] Shortly thereafter, intended appellants, Barry Ogden and Peter Lawrence Josselyn, filed an application to set aside the results, contending there were irregularities in the voting. There was no named respondent on the original Notice of Application. The application judge, on his own motion, joined the Chief Electoral Officer for the Province of New Brunswick and Mr. Lowe as parties to that application.

[4] The application proceeded through various hearings between October 29, 2018, and October 11, 2019, with approximately seventeen days or partial days of hearings. In a 48-page decision dated August 23, 2019, the application to “set aside the election of Gerry Lowe in Saint John Harbour” was dismissed, and the judge ordered that a date be set for a hearing on costs.

[5] On October 25, 2019, the judge made no order for costs “against the unsuccessful parties.” He decided each party should bear its own costs. It is that decision Mr. Lowe, Mr. Ogden and Mr. Josselyn seek leave to appeal.

[6] Mr. Lowe asserts the Chief Electoral Officer should pay his costs, or alternatively, that Mr. Ogden and Mr. Josselyn should pay his costs, as they were the unsuccessful parties and he was required to defend the allegations set out in their application. Mr. Ogden and Mr. Josselyn seek costs against the Chief Electoral Officer, arguing it was the procedural irregularities they identified at the polls that precipitated their application. The Chief Electoral Officer does not seek costs and has remained neutral throughout.

A. *When should leave be granted under Rule 62.03(4)?*

[7] In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.* (2000), 230 N.B.R. (2d) 332, [2000] N.B.J. No. 450 (C.A.) (QL), Daigle C.J.N.B. writes:

[...] leave to appeal should only be granted where the motions judge misdirected himself on the law and did not apply the proper principles or misapprehended the facts such that an injustice would result. [...] [para. 26]

[8] In *Agnew v. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 N.B.R. (2d) 63, Drapeau, J.A. concludes:

[...] Moreover, Rule 62 ought to be interpreted in a commonsensical manner and with a view to promoting the most efficient use of judicial resources. [...] [para. 35]

[9] In *Breen v. MacIntosh et al.* (2001), N.B.R. (2d) Uned. 59, [2001] N.B.J. No. 226 (C.A.) (QL), Drapeau J.A., writing for the Court, states that leave may still not be granted even if one or more of the criteria are met. See also *Bransfield (S.) Ltd. v. Fletcher et al.* (2003), 258 N.B.R. (2d) 28, [2003] N.B.J. No. 29 (C.A.) (QL), where Drapeau J.A. concluded that Rule 62.03(4) does not obligate a motion judge to automatically grant leave

to appeal: “The judge retains a residual discretion to deny leave where such an outcome would be in the best interests of justice” (para. 22).

[10] Adding to the above, Richard J.A. (as he then was) in *HB Construction Co. v. Potash Corp. of Saskatchewan Inc. et al.* (2015), 438 N.B.R. (2d) 137, [2015] N.B.J. No. 169 (C.A.) (QL), concluded: “[...] [t]he principle of proportionality must be considered in the exercise of judicial discretion to grant leave to appeal [...]” (para. 16). I agree.

B. *The application of Rule 37.03*

[11] The Chief Electoral Officer submits Mr. Lowe’s motion for leave should be dismissed because he has failed to comply with the provisions of Rule 37.03, which require him to set out in his motion for leave the grounds he intends to argue, including a reference to the statutory provision or Rule he intends to rely upon. She argues she is left to guess on what grounds the decision was incorrect because Mr. Lowe neither referred to, nor relied upon the *Act*, preferring to focus on the fact the court below committed reversible error in not granting him costs.

[12] In *LeBlanc v. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 N.B.R. (2d) 325, Drapeau C.J.N.B. (as he then was) writes: “[...] this Court has repeatedly underscored the need for compliance with the content requirements of Rule 37.03 [...]” (para. 25).

[13] Mr. Lowe claims the judge applied the wrong governing principles concerning an order for costs, and states there are grounds upon which I should doubt the correctness of the decision and that the issue involves matters of sufficient importance; however, he does not particularize the basis upon which the costs award should be overturned, although it is explained in his brief.

[14] This issue was not pressed by the Chief Electoral Officer in oral submission. I do not doubt that all parties are aware of the narrow issue that is before this Court.

Applying Rules 1.02(1) and 1.03(2), I decline to dismiss Mr. Lowe's motion for leave to appeal on the sole basis of a procedural irregularity.

C. *Argument and analysis*

[15] In both motions, the intended appellants argue that, although s. 122.1(4) of the *Act* is silent on the issue of costs, the court retains a residual authority under Rule 59 to make an order for costs.

[16] N.B. Reg. 2006-50 under the *Act* reads:

3(2) Subject to subsection (3) and to the extent they are not inconsistent with this Regulation or the Act, the Rules of Court apply to an application or the appeal of an order under section 122.1 of the Act.

3(2) Sous réserve du paragraphe (3) et dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le présent règlement ou avec la Loi, les Règles de procédure s'appliquent à une demande ou à un appel de l'ordonnance en vertu de l'article 122.1 de la Loi.

3(3) Rules 38.09(b), 39.02 and 39.03 of the Rules of Court do not apply to an application.

3(3) Les règles 38.09b), 39.02 et 39.03 des Règles de procédure ne s'appliquent pas à une demande.

[17] Under the precursor legislation to the *Act*, in *The New Brunswick Controverted Elections Act*, C.S.N.B. 1903, c. 4, costs were specifically authorized.

[18] The judge in this case observed:

Thus from 1869 until 2005 the legislation on applications to set aside New Brunswick elections authorized awards of costs. Since 2005 it has not. The Chief Electoral Officer sees that as significant. [para. 10]

[19] He developed his argument further, and concluded he had "jurisdiction as to costs" as a judge *persona designata*, under s. 7.1 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2. He writes:

Here the *Elections Act* is silent about costs. Thus it “does not provide otherwise” regarding costs. Accordingly even if I am only *persona designata*, by s. 7.1 of the *Judicature Act* I have “the same jurisdiction as to costs as in causes and matters in court under [my] usual jurisdiction”. [para. 41]

[20]

He also finds:

The jurisdiction or legal authority to award costs does not mean that costs always “follow the event” or are ordered automatically. The *Rules of Court* recognize substantial discretion in deciding questions about costs:

“59.01 This rule shall not be construed so as to interfere with the authority of the court

- (a) to fix the costs of a proceeding, or a step therein, with or without reference to a tariff, instead of requiring assessment thereof,
- (b) to allow or refuse costs in respect of a particular issue or part of a proceeding,
- (c) to order costs to be assessed on a solicitor and client basis, or
- (d) where parties are entitled to costs from each other, to order set-off thereof.”

In *Williams v. New Brunswick* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10, [1985] N.B.J. No. 93, at para. 62, the New Brunswick Court of Appeal confirmed that:

“This rule [59.01] is, in effect, a statement of the principle that nothing is to interfere with the Court’s inherent jurisdiction to deal with costs independently of the Rules.” [paras. 33-34]

[21]

Mr. Lowe argues the judge erred in law when he concluded the following:

In *Russell (2)*, *Anderson* at trial, *Keirstead*, *Inman*, *Lukaszuk* and *Opitz* each party was left to bear their own costs. I must follow those precedents. [para. 81]

[22] In *Lukaszuk v. Kibermanis*, 2005 ABCA 259, [2005] A.J. No. 921 (QL), where the result remained the same, even though there were certain irregularities observed, costs were not awarded. The Alberta Court of Appeal observed there “is no statutory authority for awarding costs against the Crown in this matter” (para. 4), however, it “strongly” recommended the Legislative Assembly consider adopting costs legislation in recount cases on the basis, “[t]hat public interest extends beyond the actual holding of the election to both the electoral process and the determination of the ultimate result” (para. 5).

[23] In *Opitz v. Wrzesnewskyj*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76, Rothstein and Moldaver JJ., upheld a judge’s decision to dismiss an application for costs by the elected candidate despite the fact there were twenty votes struck for irregularities. As in this case, the Supreme Court declined to order costs against any of the parties. The application judge concluded that Elections Canada could not be characterized as an unsuccessful party for that purpose. At para. 7 of the application decision (2012 ONSC 3718, [2012] O.J. No. 3002 (QL)), Lederer J. wrote: “This is not a question of blame, but in the nature of what these people were asked to do. The system has checks. An application to set aside an election is one of them. In this case, the lessons to be learned are not who is at fault, but how to improve the system so the same mistakes are not made again.”

[24] At para. 9, he found: “It is a fact that coming to court can be expensive. In this case, there was no suggestion that those involved did not have the necessary resources available to them.” The Supreme Court’s reasons in *Opitz* were applied in *Cusimano v. Toronto (City)*, 2012 ONCA 907, [2012] O.J. No. 6126 (QL). There Weiler J.A, writing for the court, concludes:

Based on *Opitz*, on a go forward basis, when the validity of an election is challenged on account of procedural errors rather than misconduct, the City adopts a position of neutrality, and [where] there is no indication that the parties do not have the necessary resources to bear their own costs, the parties may generally expect to bear their own costs. [...]
[para. 168]

[25] In *McNabb v. Cyr*, 2018 SKCA 51, [2018] S.J. No. 256 (QL), it was ordered that each party bear its own costs on the basis the legislation was silent with respect to who should bear the costs of an election challenge or if costs should be awarded.

[26] The judge writes:

Like in Alberta in 2005 when *Lukaszuk* was decided, there is no legislation in force in New Brunswick which would permit an order of costs in this case against the Chief Electoral Officer or the Province. Absent such legislation, there are no cases in which a Chief Electoral Officer has been found to be legally responsible for the errors and mistakes of election officials or had to pay costs because of their errors.
[para. 76]

[27] The judge erroneously determined in para. 81 of the reasons that he “must follow those precedents.” At para. 77 of his reasons, he finds he “cannot order costs against the Chief Electoral Officer.”

[28] While I do not agree with the judge’s statement he was bound to follow the precedents cited in his reasons, I am not persuaded his choice of words tainted the ultimate conclusion not to order costs. I do not doubt the correctness of his decision.

D. *The application of Rule 59*

[29] The intended appellants contend the judge failed to consider Rule 59. I disagree. As noted, the judge referred to Rule 59 in his reasons. Rule 59.01 states that, subject to any Act and the *Rules*, the costs of a proceeding, or any step in a proceeding, are in the discretion of the court. Discretionary orders are entitled to deference by this Court, unless they are determined to be manifestly wrong. See *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161 at para. 4.

[30] The above principles were recently summarized in *M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 N.B.R. (2d) 313, at paras. 35-36.

[31] While the judge may have incorrectly found there was no statutory authority to award costs against the Chief Electoral Officer, as stated above, I nevertheless do not doubt the correctness of his ultimate decision not to award costs. It is clear he considered Rule 59 and was alive to the criteria, but concluded he would not order costs. That discretionary decision is entitled to deference, absent manifest error which I am unable to find. It is my opinion that an appeal against the reasons in this case would not ultimately affect the result.

[32] Turning to the criterion of “sufficient importance,” the Chief Electoral Officer writes the following in her brief:

Elections have been contested throughout the history of New Brunswick and the Supreme Court of Canada has acknowledged that it is inevitable that administrative mistakes will be made in elections. There is nothing particularly unique about this case that would warrant the use of Rule 62.03(4)(c) to provide any specific guidance as to the interpretation of costs on an application to set aside an election.

I agree.

[33] Rule 62.03(4)(c) is reserved for those cases of sufficient importance the Court is persuaded it should weigh in. Leave to appeal is granted when there are conflicting decisions, when there is clear doubt about the lower court decision concerning the application of a statutory provision or when the question to be determined would have the effect of changing the interpretation of the common law or of a statute. Novel questions become fodder for courts of appeal. I am not convinced this is one.

III. Conclusion

[34] Taking the above into consideration, even if I were convinced that one of the criteria has been met in this case, I would not be persuaded to grant leave to appeal. Both motions are therefore dismissed without costs. As noted, the Chief Electoral Officer did not seek costs.

IV. Disposition

[35] The motions for leave to appeal are dismissed without costs.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction

[1] Notre Cour est appelée à trancher deux motions en autorisation d'appel d'une décision de la cour d'instance inférieure portant sur les dépens. Les appelants éventuels invoquent les règles 62.03(1)b) et (4)b) et c) des *Règles de procédure*, qui permettent à notre Cour d'accorder l'autorisation d'interjeter appel lorsque certains critères sont remplis. L'autorisation de la Cour est requise lorsqu'une partie souhaite interjeter appel d'une ordonnance ou d'une décision portant sur les dépens uniquement.

II. Contexte

[2] À la suite d'une élection provinciale tenue le 24 septembre 2018, un juge de la Cour du Banc de la Reine a ordonné, en application de la *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3 (la *Loi*), qu'il soit procédé à un dépouillement judiciaire pour la circonscription électorale de Saint John Harbour. À l'issue du dépouillement, l'appelant éventuel Gerry Lowe disposait d'un avantage de dix voix.

[3] Peu après, les appelants éventuels Barry Ogden et Peter Lawrence Josselyn ont déposé une demande d'annulation de l'élection, le résultat en étant faussé par des irrégularités dans le vote, selon leurs dires. Aucun intimé n'était nommément désigné dans l'avis de requête original. De son propre chef, le juge saisi de la demande a joint la directrice générale des élections de la province du Nouveau-Brunswick et M. Lowe en qualité de parties à la demande.

[4] La demande a donné lieu à diverses audiences, s'étendant sur environ 17 jours ou jours partiels, entre le 29 octobre 2018 et le 11 octobre 2019. Dans une décision de 48 pages datée du 23 août 2019, le juge a rejeté la demande [TRADUCTION]

« d'annulation de l'élection de Gerry Lowe à Saint John Harbour » et ordonné qu'une date soit fixée pour la tenue d'une audience sur les dépens.

[5] Le 25 octobre 2019, le juge n'a condamné aucune des [TRADUCTION] « parties perdantes » aux dépens. Il a décidé que chaque partie devait supporter ses propres frais. C'est de cette décision que MM. Lowe, Ogden et Josselyn demandent l'autorisation d'interjeter en appel.

[6] M. Lowe soutient que la directrice générale des élections devrait être condamnée à lui payer des dépens ou, subsidiairement, que MM. Ogden et Josselyn devraient l'être, comme il s'agissait des parties perdantes et comme lui-même avait dû se défendre contre les allégations énoncées dans leur demande. MM. Ogden et Josselyn demandent que la directrice générale des élections soit condamnée aux dépens, affirmant que ce sont les irrégularités procédurales relevées par eux lors du vote qui les ont conduits à présenter leur demande. La directrice générale des élections ne sollicite pas de dépens et, tout au long, elle est demeurée neutre.

A. *Quand l'autorisation devrait-elle être accordée en vertu de la règle 62.03(4)?*

[7] Dans l'arrêt *Canadian Broadcasting Corp. c. New Brunswick Broadcasting Co.* (2000), 230 R.N.-B. (2^e) 332, [2000] A.N.-B. n^o 450 (C.A.) (QL), le juge en chef Daigle écrit ceci :

[TRADUCTION]
[...] l'autorisation d'appel devrait uniquement être accordée si le juge saisi de la motion s'est mal enquis du droit et n'a pas appliqué les principes voulus, ou s'il a fait une appréciation des faits qui est erronée au point où il en résulterait une injustice. [...] [par. 26]

[8] Dans *Agnew c. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 R.N.-B. (2^e) 63, le juge d'appel Drapeau tire la conclusion suivante :

[TRADUCTION]
[...] De plus, la règle 62 doit recevoir une interprétation qui

est fondée sur le bon sens et qui vise à favoriser l'utilisation la plus efficace possible des ressources judiciaires. [...]
[par. 35]

- [9] Dans l'arrêt *Breen c. MacIntosh et al.*, [2001] N.B.R. (2d) Uned. 59, [2001] A.N.-B. n° 226 (C.A.) (QL), le juge d'appel Drapeau, s'exprimant au nom de la Cour, déclare que l'autorisation peut toujours être refusée même si un ou plusieurs des critères sont remplis. Voir aussi l'arrêt *Bransfield (S.) Ltd. c. Fletcher et al.* (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 28, [2003] A.N.-B. n° 29 (C.A.) (QL), dans lequel le juge d'appel Drapeau conclut que la règle 62.03(4) n'oblige pas le juge qui entend la motion à accorder automatiquement l'autorisation d'appel : « Le juge conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l'autorisation dans le cas où un tel résultat serait conforme à l'intérêt supérieur de la justice » (par. 22).
- [10] En outre, dans l'arrêt *HB Construction Co. c. Potash Corp. of Saskatchewan Inc. et al.*, (2015), 438 R.N.-B. (2^e) 137, [2015] A.N.-B. n° 169 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) a ajouté à ce qui précède : « [...] [L]e principe de proportionnalité doit être pris en considération lorsqu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel [...] » (par. 16). Je suis du même avis.
- B. *Application de la règle 37.03*
- [11] La directrice générale des élections soutient que la motion en autorisation d'appel de M. Lowe devrait être rejetée puisque ce dernier n'a pas respecté les dispositions de la règle 37.03, qui lui prescrivent d'indiquer dans sa motion les motifs à discuter et les renvois aux dispositions législatives ou règles qu'il entend invoquer. Il lui faut deviner, affirme-t-elle, pour quels motifs la décision serait incorrecte, M. Lowe n'ayant pas renvoyé à la *Loi*, ni ne l'ayant invoquée, préférant plutôt insister sur le fait que la cour d'instance inférieure, en ne lui attribuant pas les dépens, a commis une erreur qui justifie l'infirmité de sa décision.

[12] Dans *LeBlanc c. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 R.N.-B. (2^e) 325, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) écrit : « [...] notre Cour a insisté à maintes reprises sur la nécessité de se conformer aux exigences de contenu de la règle 37.03 [...] » (par. 25).

[13] M. Lowe avance que le juge n'a pas appliqué les bons principes devant régir les ordonnances d'adjudication des dépens, et il déclare que je devrais avoir un doute, pour divers motifs, sur le bien-fondé de la décision et que sont soulevées des questions d'une importance suffisante. Il ne précise toutefois pas sur quel fondement sa décision sur l'octroi des dépens devrait être infirmée, bien qu'il fournisse certaines explications dans son mémoire.

[14] La directrice générale des élections n'a pas insisté sur cette question dans ses observations orales. Je ne doute aucunement que toutes les parties aient conscience de la portée étroite de la question dont la Cour est saisie. Appliquant les règles 1.02(1) et 1.03(2), je ne rejette pas, pour un simple motif d'irrégularité procédurale, la motion de M. Lowe en autorisation d'appel.

C. *Argument et analyse*

[15] Dans les deux motions, les appelants éventuels font valoir que, bien que le par. 122.1(4) de la *Loi* reste muet sur la question des dépens, la cour conserve le pouvoir résiduel, au titre de la règle 59, de rendre une ordonnance en matière de dépens.

[16] Le Règl. du N.-B. 2006-50 pris en vertu de la *Loi* prévoit ce qui suit :

3(2) Subject to subsection (3) and to the extent they are not inconsistent with this Regulation or the Act, the Rules of Court apply to an application or the appeal of an order under section 122.1 of the Act.

3(2) Sous réserve du paragraphe (3) et dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le présent règlement ou avec la Loi, les Règles de procédure s'appliquent à une demande ou à un appel de l'ordonnance en vertu de l'article 122.1 de la Loi.

3(3) Rules 38.09(b), 39.02 and 39.03 of the Rules of Court do not apply to an application. 3(3) Les règles 38.09b), 39.02 et 39.03 des Règles de procédure ne s'appliquent pas à une demande.

[17] Précurseur de la *Loi, The New Brunswick Controverted Elections Act*, C.S.N.B. 1903, ch. 4, autorisait expressément l'octroi des dépens.

[18] En l'espèce, le juge a souligné ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ainsi, de 1869 à 2005, la loi régissant les requêtes en annulation des élections au Nouveau-Brunswick autorisait l'adjudication des dépens. Depuis 2005, tel n'est plus le cas. La directrice générale des élections accorde une grande importance à ce changement. [par. 10]

[19] Le juge a développé l'argument, puis a conclu qu'en qualité de *persona designata*, aux termes de l'art. 7.1 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, il avait « compétence en matière de frais ». Il écrit ceci :

[TRADUCTION]

En l'occurrence, la *Loi électorale* est muette au sujet des frais. Par conséquent, elle « ne s'y oppose pas » en ce qui concerne les frais. De ce fait, même si j'agis seulement à titre de *persona designata*, l'art. 7.1 de la *Loi sur l'organisation judiciaire* me confère « la même compétence en matière de frais que dans les causes et questions soumises à la Cour en vertu de [ma] compétence ordinaire ». [par. 41]

[20] Le juge tire aussi la conclusion suivante :

La compétence ou le pouvoir légal d'adjudger les dépens ne signifie pas que dans tous les cas, les dépens [TRADUCTION] « suivent l'issue de la cause » ou sont automatiquement ordonnés. Les *Règles de procédure* attribuent aux juges un pouvoir discrétionnaire considérable pour statuer sur les questions mettant en cause les dépens :

59.01 Rien dans la présente règle ne saurait s'interpréter comme portant atteinte au pouvoir de la cour

- (e) de fixer les dépens afférents à une instance ou à une étape de l'instance en ayant recours ou non à un tarif, plutôt que d'exiger leur calcul,
- (f) d'accorder ou de refuser d'accorder les dépens afférents à une question donnée ou à une partie de l'instance,
- (g) d'ordonner le calcul des dépens suivant le tarif des frais entre avocat et client, ou
- (h) d'ordonner la compensation des dépens lorsque les parties peuvent les récupérer l'une de l'autre.

Dans l'arrêt *Williams et al. c. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 10, [1985] A.N.-B. n° 93, au par. 62, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a confirmé ce qui suit :

Cette règle [59.01] est, en fait, l'énoncé du principe que rien ne doit porter atteinte au pouvoir inhérent à la Cour de traiter de la question des dépens indépendamment des règles. [par. 33 et 34]

[21] M. Lowe soutient que le juge a commis une erreur de droit en tirant la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Dans les affaires *Russell (2), Anderson* en première instance, *Keirstead, Inman, Lukaszuk* et *Opitz*, chaque partie a dû supporter ses propres frais. Je suis tenu de suivre ces précédents. [par. 81]

[22] Dans l'arrêt *Lukaszuk c. Kibermanis*, 2005 ABCA 259, [2005] A.J. No. 921 (QL), où le résultat n'a pas changé, les dépens n'ont pas été adjugés même si certaines irrégularités avaient pu être observées. La Cour d'appel de l'Alberta a souligné [TRADUCTION] « l'absence de disposition législative autorisant à condamner la Couronne aux dépens dans la présente affaire » (par. 4); elle a toutefois [TRADUCTION] « fortement » recommandé à l'Assemblée législative d'envisager l'adoption de dispositions relatives aux dépens dans les affaires de dépouillement judiciaire, au motif que

[TRADUCTION] « [L]’intérêt public s’étend au-delà de la tenue même de l’élection et touche aussi le processus électoral et la détermination du résultat final » (par. 5).

[23] Dans l’arrêt *Opitz c. Wrzesnewskij*, 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76, les juges Rothstein et Moldaver ont confirmé la décision d’un juge de rejeter la demande de dépens présentée par le candidat élu, bien que 20 bulletins de vote aient été annulés en raison d’irrégularités. Comme dans la présente affaire, la Cour suprême n’a condamné aucune partie aux dépens. Le juge saisi de la requête avait conclu qu’Élections Canada ne pouvait être qualifiée de partie perdante à cette fin. Au paragraphe 7 de la décision sur la requête (2012 ONSC 3718, [2012] O.J. No. 3002 (QL)), le juge Lederer a écrit : [TRADUCTION] « Il ne s’agit pas d’attribuer un blâme, le tout relevant de la nature de leurs attributions. Le système comporte certaines mesures de vérification. La requête en annulation d’élection en est une. Dans la présente affaire, on ne tire pas de leçon en établissant qui est en faute, mais en trouvant des façons d’améliorer le système pour éviter la répétition des mêmes erreurs. »

[24] Au paragraphe 9, le juge Lederer a tiré la conclusion suivante : « Il est vrai qu’aller en cour peut coûter cher. En l’espèce, toutefois, personne n’a laissé entendre que les intéressés ne disposaient pas des ressources nécessaires. » Les motifs de la Cour suprême dans l’arrêt *Opitz* ont été appliqués dans l’arrêt *Cusimano c. Toronto (City)*, 2012 ONCA 907, [2012] O.J. No. 6126 (QL). S’exprimant au nom de la cour, la juge Weiler a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Sur le fondement de l’arrêt *Opitz*, la Ville fera désormais preuve de neutralité dans les cas de contestations d’élections pour motif d’erreur procédurale plutôt que d’inconduite et, si rien n’indique que les parties n’ont pas les ressources nécessaires pour supporter leurs propres frais, elles pourront généralement s’attendre à les prendre en charge. [...]

[par. 168]

[25] Dans *McNabb c. Cyr*, 2018 SKCA 51, [2018] S.J. No. 256 (QL), il a été ordonné à chaque partie de supporter ses propres frais, la loi ne précisant pas qui devait

prendre en charge les frais afférents à une contestation d'élection, ni même si des dépens devaient être adjugés.

[26] Le juge a écrit :

[TRADUCTION]

Comme en Alberta en 2005, lorsque l'arrêt *Lukaszuk* a été rendu, il n'existe au Nouveau-Brunswick aucune loi permettant en l'espèce la condamnation aux dépens de la directrice générale des élections ou de la Province. En l'absence d'une telle loi, il n'existe aucune affaire dans laquelle la directrice générale des élections a été déclarée légalement responsable des erreurs ou des fautes commises par des fonctionnaires électoraux ou condamnée aux dépens en raison de leurs erreurs.

[par. 76]

[27] Au par. 81 de ses motifs, le juge a conclu à tort qu'il était [TRADUCTION] « tenu de suivre ces précédents ». Au par. 77, il dit ne pas pouvoir [TRADUCTION] « condamner la directrice générale des élections aux dépens ».

[28] Bien que je ne sois pas d'accord avec le juge quant à sa déclaration voulant qu'il soit tenu de suivre les précédents invoqués dans ses motifs, je ne suis pas convaincue que son choix de mots ait vicié la conclusion ultime de ne pas adjuger les dépens. Je n'ai aucun doute du bien-fondé de sa décision.

D. *Application de la règle 59*

[29] Les appelants éventuels affirment que le juge a omis de tenir compte de la règle 59. Je ne suis pas du même avis. Comme il a été indiqué, le juge a mentionné la règle 59 dans ses motifs. La règle 59.01 prévoit que, sous réserve de toute loi et des *Règles*, les dépens afférents à une instance ou à une étape de l'instance sont à la discrétion de la cour. Notre Cour doit faire preuve de retenue à l'endroit des ordonnances discrétionnaires, à moins qu'elles ne soient jugées manifestement erronées. Voir l'arrêt *La Beaverbrook*

Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, au par. 4.

[30] Les principes mentionnés ci-dessus ont été récemment résumés dans l'arrêt *M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 R.N.-B. (2^e) 313, aux par. 35 et 36.

[31] Bien que le juge ait pu conclure à tort qu'il n'existait aucun fondement législatif pour condamner la directrice générale des élections aux dépens, comme je l'ai mentionné précédemment, je n'ai néanmoins aucun doute quant au bien-fondé de sa décision ultime de ne pas adjuger les dépens. Manifestement, le juge a pris en compte la règle 59 et il avait conscience des critères en cause, mais il a conclu qu'il ne devait pas adjuger les dépens. En l'absence d'une erreur manifeste, que la décision ne me paraît pas contenir, la retenue est de mise à l'endroit de cette décision discrétionnaire. Selon moi, un appel interjeté à l'encontre des motifs en l'espèce n'aurait au bout du compte aucune incidence sur le résultat.

[32] Quant au critère de l'« importance suffisante », la directrice générale des élections écrit ceci dans son mémoire :

[TRADUCTION]

Des élections ont été contestées au Nouveau-Brunswick depuis le début de son histoire, et la Cour suprême du Canada a reconnu que les erreurs administratives étaient inévitables lors de la tenue d'élections. La présente affaire n'a rien de vraiment unique qui justifierait d'utiliser la règle 62.03(4)c) comme guide quant à l'interprétation de la question particulière des dépens dans le cadre d'une demande d'annulation d'élection.

Je suis du même avis.

[33] Le recours à la règle 62.03(4)c) est réservé aux affaires d'importance suffisante sur lesquelles la Cour est persuadée devoir se prononcer. L'autorisation d'appel est accordée lorsque la jurisprudence est contradictoire, lorsqu'il existe un doute certain au

sujet de la décision du tribunal inférieur quant à l'application d'une disposition législative ou lorsque la question en litige, une fois tranchée, modifiera l'interprétation de la common law ou d'une loi. Les questions nouvelles sont l'aliment des tribunaux d'appel. Je ne suis pas convaincue qu'il s'agisse ici de ce type d'affaire.

III. Conclusion

[34] Compte tenu de ce qui précède, même si j'étais convaincue que l'un des critères est rempli en l'espèce, je ne serais pas persuadée d'accorder l'autorisation d'appel. Les deux motions sont par conséquent rejetées sans dépens. Comme je l'ai mentionné précédemment, la directrice générale des élections n'a pas sollicité de dépens.

IV. Dispositif

[35] La motion en autorisation d'appel est rejetée sans dépens.