

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

24-10-CA

835637 ALBERTA LTD., TRUSTEE FOR THE
MAXINE MOORE SPOUSAL TRUST AND AS
GENERAL PARTNER FOR THE MMCK
REALTY PARTNERSHIP

APPELLANT

- and -

MOONRAKER REALTY INC.

RESPONDENT

835637 Alberta Ltd. v. Moonraker Realty Inc.,
2010 NBCA 72

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
February 10, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 30, 2010

Judgment rendered:
September 23, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

835637 ALBERTA LTD., FIDUCIAIRE DE LA
MAXINE MOORE SPOUSAL TRUST ET EN
SA QUALITÉ D'ASSOCIÉE GÉRANTE MMCK
REALTY PARTNERSHIP

APPELANTE

- et -

MOONRAKER REALTY INC.

INTIMÉE

835637 Alberta Ltd. c. Moonraker Realty Inc.,
2010 NBCA 72

CORAM :

L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 10 février 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 30 juin 2010

Jugement rendu :
Le 23 septembre 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:
James L. Mockler

For the respondent:
Matthew M. Tweedie

THE COURT

The appeal is allowed and the order made at first instance is set aside. The application for declaratory relief is converted to an action pursuant to Rule 38.09(b). The respondent is entitled to an interlocutory injunction pending disposition of the action on the terms set out in the reasons for judgment. There will be no order as to costs with respect to any of underlying proceedings.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
James L. Mockler

Pour l'intimée :
Matthew M. Tweedie

LA COUR

L'appel est accueilli et l'ordonnance rendue en première instance est annulée. La requête visant à obtenir une mesure déclaratoire est convertie en action conformément à la règle 38.09b). L'intimée a droit à une injonction interlocutoire en attendant qu'il soit statué sur l'action aux conditions énoncées dans les présents motifs. Aucuns dépens ne seront adjugés relativement à l'une quelconque des instances sous-jacentes.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

[1] The respondent, Moonraker Realty Ltd., sought a declaration that it possessed a right of way over lands belonging to the appellant, 835637 Alberta Ltd. The application was filed after 835637 Alberta Ltd. erected a barricade preventing Moonraker from gaining access to the rear of its property. The application judge granted the declaratory relief and a permanent injunction enjoining 835637 Alberta Ltd. from interfering with Moonraker's use of the right of way and that of its tenant, together with an ancillary order directing the removal of the barricade.

[2] As the application judge failed to provide reasons, be they formal or informal, written or oral, the deference doctrine does not come into play. As to the duty to provide reasons in both civil and criminal matters, see generally *T.L.M. v. Department of Social Development (formerly the Minister of Family and Community Services)*, 2009 NBCA 8, 341 N.B.R. (2d) 33; *Guttman v. Law Society of Manitoba*, 2010 MBCA 66, [2010] M.J. No. 198 (QL); *Kalin v. Ontario College of Teachers*, [2005] O.J. No. 2097 (QL), *Vancouver v. Picadilly Investments Ltd.*, 2010 BCSC 245, [2010] B.C.J. No. 328 (QL); *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869 and *R. v. Penny*, 2010 NBCA 49, [2010] N.B.J. No. 234 (QL).

[3] In my respectful view, the appeal must be allowed because of the application of Rule 38.09(b) of the *Rules of Court*. Under that Rule, the court must direct the application to proceed to trial if there is a substantial dispute of fact. Such is the reality of this case. As well, the contention that Moonraker breached Rule 39.01(5) is well founded even though not fatal to its application for declaratory relief. I also conclude that Moonraker is entitled to an interlocutory injunction pending disposition of the litigation. For the time being, its documentary title under the *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1 must prevail over the legal arguments of 835637 Alberta Ltd.

[4] From the extensive documentary record placed before this Court, I was able to reconstruct the following factual scenario underlying the litigation. On December 30, 2003, Moonraker purchased a building, located in downtown Fredericton, from 835637 Alberta Ltd. The civic address of the building is 428 Queen Street. At present, the building is rented to a third party who operates a restaurant (“Garrison District Ale House”). Immediately behind and contiguous to the restaurant is a parcel of land described as “Parcel F”. In 2005, Moonraker purchased Parcel F from 835637 Alberta Ltd. That parcel is presently used on a seasonal basis as a patio for the restaurant’s customers. In order to gain access to the restaurant and patio from the rear, one has to travel over another property owned by 835637 Alberta Ltd. That property fronts on 421 King Street (King Street runs parallel to Queen). The 421 King Street property consists of a building and an alley running alongside the building. The alley leads to the patio and the back of the restaurant. However, at the end of the alley, and just before you arrive at the patio, is the entrance to the underground parking garage attached to the 421 King Street property.

[5] Moonraker claims that when it acquired the 428 Queen Street property from 835637 Alberta Ltd., Moonraker also acquired a right of way over the alley running along the 421 King Street property owned by 835637 Alberta Ltd. Evidence of this right is found in documents issued under the *Land Titles Act*. The title document shows this property as having the benefit of a right of way (No. 10571520). It would appear the right of way is over the lands of 835637 Alberta Ltd. fronting on 421 King Street. Notwithstanding the documentary evidence, 835637 Alberta Ltd. insists the sale of the 428 Queen Street property was not to include the disputed right of way and points to the Agreement of Purchase and Sale which states: “Any existing easement or rights of way over [the vendor’s other lands] shall be discontinued after the closing.” To complicate matters, the “Statement of Adjustments” indicated that the “Certificate of Effect” registered with the transfer would show the removal of another right of way (No. 10571447) as an encumbrance. That right of way would also appear to run over the lands of 835637 Alberta Ltd. which front on 421 King Street.

[6] As noted earlier, Moonraker acquired Parcel F in January of 2005. However, the title document does not include a right of way over any of the lands belonging to 835637 Alberta Ltd., including the property at 421 King Street. To complicate matters, the certificate of title would appear to have been unilaterally rectified on December 16, 2009, so as to show the 428 Queen Street property having the benefit of a right of way (No. 10571520) over the lands owned by 835637 Alberta Ltd. and fronting on 421 King Street. As to the reasons underscoring the apparent unilateral rectification of title, the only evidence adduced came from the solicitor who represented 835637 Alberta Ltd. on the sale of Parcel F to Moonraker. In his affidavit, Mr. Keith Allen, Q.C., deposes: (1) he prepared the transfer in 2005; (2) that an easement had not been part of the 2005 transfer; and (3) that he had not been consulted with respect to the 2009 rectification. Mr. Allen also deposed that during the time of his initial involvement with the sale, he “was not personally involved with the discussions about the easement which is the subject matter of this application”.

[7] The pre-hearing briefs filed with the application judge reveal the underlying dispute between the parties to be as follows. Moonraker claims to be the registered owner of a right of way over the 421 King Street property owned by 835637 Alberta Ltd. The claim of ownership is supported by documents issued under the *Land Titles Act* and, therefore, Moonraker claims it is entitled to a declaration and an injunction preventing 835637 Alberta Ltd. from interfering with Moonraker’s and its tenant’s use of the right of way. As to the agreement of purchase and sale governing the 428 Queen Street property, Moonraker took the position that the agreement merged with the transfer of title and their mutual intention was that Moonraker would obtain the benefit of the right of way. With respect to the purchase and sale of Parcel F and the failure to include the right of way at the time of the initial transfer, Moonraker stated the omission was an oversight cured by the issuance of a rectification document. On the other hand, 835637 Alberta Ltd. claims that it was never intended that Moonraker would obtain a right of way over the King Street property. In a supplemental brief, 835637 Alberta Ltd. asked that the matter be converted into an action because of the dispute over essential facts.

[8] The transcript of the application hearing reveals that Moonraker adopted the position that its documentary evidence, which had been issued under the *Land Titles Act*, was conclusive evidence it had obtained a right of way over lands belonging to 835637 Alberta Ltd. With respect to the corollary and ancillary relief being sought, Moonraker argued there was sufficient affidavit evidence that 835637 Alberta Ltd. had interfered with the use of the right of way (erection of a barricade). The application judge went on to acknowledge that counsel for 835637 Alberta Ltd. was seeking to have the application converted to an action. The same counsel also questioned whether counsel for Moonraker was in a conflict of interest situation as he had acted for Moonraker on the purchase of both properties and might have to testify. As well, counsel for 835637 Alberta Ltd. raised an objection to the admissibility of a supplemental affidavit filed on behalf of Moonraker because the affidavit contained statements of fact not within the personal knowledge of the deponent as required under Rule 39.01(5).

[9] The application judge dismissed the conflict of interest argument on the basis there was no need for Moonraker's counsel to testify. However, the application judge avoided the question of whether the application should be converted to an action by introducing, for the first time, the notion that the *Statute of Frauds*, R.S.N.B. 1973, c. S-14, was a complete answer to the submissions of 835637 Alberta Ltd. The transcript reveals that the application judge understood 835637 Alberta Ltd. to be arguing the existence of an oral agreement not to include the right of way in the transfer(s). From there, the application judge reasoned that as the oral agreement was never reduced to writing, the agreement was not enforceable under the *Statute of Frauds*. The fact that neither party raised the possible application of that legislation was of no moment to the application judge. The remainder of the hearing focused on whether 835637 Alberta Ltd. could cross-examine the corporate secretary of Moonraker. The request was denied because of the application judge's perception that the case hinged on the applicability of the *Statute of Frauds*. In point of fact, the application judge refused to entertain any further arguments from counsel for 835637 Alberta Ltd. The reason for the refusal is found in the following passage taken from the transcript of the application hearing:

My view, of the matter is that [Moonraker] ha[s] presented a paper record which establishes a right-of-way. You have presented an argument that the right-of-way was altered orally. I find that it couldn't have been. And all the arguments in the world are not going to change that as far as I'm concerned. I invited you to tell me that I was wrong on the *Statute of Frauds* and neither of you has, so –and I don't think I am. You can't alter it. You've got to do it in writing. That's what the *Statute of Frauds* says. And you have not presented any evidence that this was done.

[10] Neither the pre-hearing submissions nor the transcript show 835637 Alberta Ltd. to be arguing the existence of an oral agreement to alter or remove the right of way contained in the title documents that issued under the *Land Titles Act*. Indeed, on appeal to this Court it is common ground the *Statute of Frauds* has no application whatsoever to the issues that should have been addressed below. In short, both parties have distanced themselves from the application judge's resolve to decide the case on the basis of a statute not pleaded and argued.

[11] In my respectful view, the application judge erred in refusing to convert the application to an action. It is obvious that at least one substantial dispute of fact exists: whether the parties intended the sale of both properties would include a right of way over lands belonging to 835637 Alberta Ltd. True, the documentary title to the two properties shows the right of way being claimed, but there is credible evidence to suggest this was not the intention of the parties. While one might think a title document issuing under the *Land Titles Act* would be deemed conclusive of the issue as to whether Moonraker obtained the right of way in question, that *Act* makes provision for possible rectification in cases of "mistake" (see ss. 68 and 70). This type of relief makes eminent good sense in cases where the rectification involves the original parties to the transfer. With respect to the option of seeking rectification, it has not escaped my attention that when it comes to the Registrar General effecting a rectification, in circumstances where all of the concerned parties do not consent, s. 68 states that the Registrar "shall first give notice of his intention to rectify the register to all persons appearing to be interested or

affected by such rectification”. Whether or not that statutory obligation was honoured in this case is a question I need not address.

[12] Another outstanding factual issue pertains to the existence and difference between the two rights of way noted above (No. 10571447 and No. 10571520). The reason for and the difference between the two rights of way has not been explained, nor is the difference self-evident from a reading of the relevant documents tendered on the application. This is so for two related reasons. First, the documents creating the respective rights of way are between predecessors in title and, second, the documents describe the parties/owners and the dominant and servient tenements by reference to a metes and bounds description. Hence, it is unclear who owns what and who is giving what to whom. The inclusion of a plan showing the right of way is not as helpful as one would have hoped. Frankly, this is a case in which the application judge should have been provided with an abstract of title prepared by an independent solicitor knowledgeable in the field (so-to-speak). The ideal solicitor is one who is capable of explaining and breathing life into arcane legal descriptions in a way that brings clarity to matters otherwise mired in the antiquities of property and conveyancing law as seen through the relatively recent prescriptive lenses of the *Land Titles Act*. The ideal solicitor is one who can bridge the old conveyancing system with the new without insulting those judges who chose not to practice in this area of the law or who were appointed to the Bench before the new regime came into effect.

[13] The failure to provide an abstract of title or to explain how the easements came into existence, and whether 835637 Alberta Ltd. had agreed to convey the right of way, leads me to the other issue raised on this appeal: whether the application judge erred in failing to find that certain affidavit evidence submitted by Moonraker was tendered in breach of Rule 39.01(5) and, therefore, should have been rejected. The Rule states that an affidavit for use on an application must be confined to facts within the personal knowledge of the deponent unless those facts are non-contentious. The impugned affidavit was sworn by Pamela Price, the Secretary-Treasurer of Moonraker. In her supplemental affidavit, Ms. Price engages in a detailed discussion of the circumstances

surrounding the sale of the two properties and of the legal effect to be attributed to certain documents. With respect to one of the documents, she bases her opinion on the advice of counsel for Moonraker (paragraph 6). At another point, Ms. Price states she was advised, by the same counsel, that on the purchase of Parcel F, no Statement of Adjustments was signed and none of the correspondence between solicitors referred to the release or discontinuance of a right of way (paragraph 12). Clearly Ms. Price was neither qualified nor entitled to give opinion evidence as to the legal effect of documents issued under the *Land Titles Act* or, for that matter documents signed by the parties. Rule 39.01(5) states an affidavit for use on an application shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent.

[14] The impugned affidavit is problematic in another regard. It is well established in the jurisprudence of this Court that a lawyer may not act as both counsel and a witness in the same legal proceeding, failing which the lawyer and his or her law firm may be disqualified from further participation: *Hughes v. City of Moncton*, 2006 NBCA 83, 304 N.B.R. (2d) 92. It should follow that one cannot do indirectly what one cannot do directly. Hence, if counsel is generally unable to tender his or her own affidavit in a proceeding in which counsel is representing one of the parties, counsel cannot tender an affidavit in which the affiant restates what he or she has been told by the very same counsel.

[15] For purposes of deciding this appeal, I need not decide whether the proper remedy for breach of Rule 39.01(5) is to excise from the impugned affidavit the offending paragraphs or to expunge the affidavit in its entirety. I so conclude for this reason. The affidavit was tendered to rebut the argument that 835637 Alberta Ltd. never intended to convey a right of way to Moonraker. The affidavit which Moonraker tendered adds fodder to the argument that the case involves one or more substantial disputes of fact and, therefore, the application should have been converted to an action.

[16] Three additional matters must be addressed. The first pertains to the disposition of this appeal and the relief that should have been granted at first instance.

The second relates to the issue of costs. The third is tied to the precedential significance of this case when it comes to any statement of facts contained herein.

[17] The application judge erred in granting a declaration with respect to the existence of the right of way and a permanent injunction preventing 835637 Alberta Ltd. from interfering with Moonraker's use of the right of way. Therefore, those orders must be set aside. However, the application judge also ordered 835637 Alberta Ltd. to remove the barricade it had erected preventing Moonraker from accessing the rear of the two properties. Prior to the hearing of the present appeal, 835637 Alberta Ltd. brought a motion before a judge of this Court asking for a stay with respect to removal of the barricade. The motion was denied with the issue of costs being left to this panel. As one would expect, 835637 Alberta Ltd. complied with the removal order. Where does this leave us?

[18] In my view, Moonraker was and is entitled to an interlocutory injunction preventing 835637 Alberta Ltd. from interfering with Moonraker's use of the right of way as set out in the documents that have issued under the *Land Titles Act*. Those documents prevail until such time as the issue is resolved at trial. In short, Moonraker's documentary title must prevail over the legal arguments of 835637 Alberta Ltd. until such time as the pending action is resolved. It follows that the decision of this Court to refuse the stay was, in my respectful opinion, justified.

[19] With respect to the issuance of an interlocutory injunction preventing 835637 Alberta Ltd. from interfering with Moonraker's use of its documentary right of way, ancillary matters must be addressed. Moonraker's title document describes the permitted uses of the right of way (and I am paraphrasing the relevant passage) in terms of Moonraker, its tenants and workmen having the right of ingress and egress, with or without vehicles, over the right of way in question. In short, the right of way appears to be an "ingress/egress right of way". I mention this because until Parcel F was purchased by Moonraker that parcel was apparently used for parking purposes. Indeed, the document creating the right of way has an attached plan which designates the lands, now

known as Parcel F, as a parking lot. The conversion of Parcel F to a seasonal patio for the restaurant poses an additional problem.

[20] The affidavit evidence shows pictures revealing that the patio is adjacent to and contiguous to the entrance to the underground parking garage attached to the building located at 421 King Street. Therein lays one of the primary causes underscoring the litigation. Persons using the right of way in the name of Moonraker are alleged to have parked their vehicles next to the patio, thereby blocking the entrance to the underground parking lot. At the same time, Moonraker maintains that it needs access to the right of way in order for repairmen to do work at the rear of the building (e.g. install a heating/air-conditioning unit) and for commercial deliveries and garbage pickup. Also Moonraker claims the right side of the right of way is being used by 835637 Alberta Ltd. for parking purposes and this prevents larger service and delivery vehicles from accessing the alley (right of way). All of this leads me to ask whether the right of way entitles Moonraker, its tenant and any service and delivery vehicles to park on the right of way as opposed to parking on Parcel F. In short, if the right of way was granted for the purpose of providing access to a parking and delivery area and the owner decides to use that area for another purpose, how is it that the owner retains the right to use other parts of the right of way in order to service the converted use? Where does this lead me?

[21] It is difficult to see how one can issue a permanent or interlocutory injunction, preventing the interference with a right of way, without first determining the scope of the person's right to use the right of way. Otherwise, the court is extending an invitation for the parties to engage in further litigation. In the circumstances of this case, I am prepared to grant an interlocutory injunction on the understanding that either party may apply to another judge of the Court of Queen's Bench for an order clarifying the respective rights of the parties until such time as the ultimate validity and scope of the right of way is determined at trial. Until a clarification order issues, the temporary injunction should mirror the language found in the document creating the right of way.

[22] While this Court is empowered to order the conversion of the application to a trial, pursuant to Rule 38.09(b), the terms of the conversion must be left to the discretion of another judge of the Court of Queen's Bench. Finally, there should be no order for costs at any level. Success should have been divided in the court below. While Moonraker was not entitled to declaratory relief, it was entitled to an interlocutory injunction and an order directing the removal of the barricade. In these circumstances, it is proper not to make a costs order. While Moonraker was successful before a judge of this Court on the motion to stay the order to remove the barricade, it was 835637 Alberta Ltd. that was largely successful on this appeal. This is why I am not prepared to make a costs order.

[23] As to the precedential significance of this case, I wish to point out that any factual observations made in these reasons for judgment are not binding on the judge of the Court of Queen's Bench who is assigned to hear any interlocutory motions or the trial. I have done my best to identify contentious and non-contentious facts, but there is always a chance of misinterpreting lengthy and complicated documentary records. Aside from statements of settled law, the true precedential significance of this case lies in the conclusion that the litigation involves substantial disputes of fact. Hence, for example, provisions of the *Land Titles Act* may well have to be interpreted and applied and findings made with respect to whether either or both parties are interfering with their respective rights.

[24] In conclusion, the appeal should be allowed and the order granted in the court below set aside. Instead, an order should issue converting the application to a trial as required by Rule 38.09(b). Also, the matter should be remitted to another judge of the Court of Queen's Bench with respect to the terms of the conversion. The respondent, Moonraker Realty Ltd. is entitled to an interlocutory injunction pending disposition of the action. The injunction should enjoin the appellant, 835637 Alberta Ltd., from interfering with the respondent's use of the right of way as set out in the document creating the right of way. Either party may apply to another judge of the Court of Queen's Bench for a

clarification, modification or enforcement of the injunction should the need arise. No order for costs should issue with respect to any of the underlying proceedings.

LE JUGE ROBERTSON

[1] L'intimée, Moonraker Realty Ltd., sollicitait une déclaration portant qu'elle avait un droit de passage sur des terres appartenant à l'appelante, 835637 Alberta Ltd. La requête a été déposée après que 835637 Alberta Ltd. eut élevé une barrière empêchant Moonraker d'avoir accès à l'arrière de son bien-fonds. La juge saisie de la requête a accordé la mesure déclaratoire ainsi qu'une injonction permanente interdisant à 835637 Alberta Ltd. d'empêcher Moonraker et son locataire d'utiliser le droit de passage, et rendu une ordonnance corollaire ordonnant l'enlèvement de la barrière.

[2] Étant donné que la juge saisie de la requête a omis de donner des motifs, qu'ils soient formels ou informels, par écrit ou oralement, la doctrine de la retenue judiciaire n'entre pas en jeu. Pour ce qui est de l'obligation de donner des motifs dans les affaires tant civiles que criminelles, voir de façon générale *T.L.M. c. Ministère du Développement social (auparavant la ministre des Services familiaux et communautaires)*, 2009 NBCA 8, 341 R.N.-B. (2^e) 33; *Guttman c. Law Society of Manitoba*, 2010 MBCA 66, [2010] M.J. No. 198 (QL); *Kalin c. Ontario College of Teachers*, [2005] O.J. No. 2097 (QL); *Vancouver (City) c. Picadilly Investments Ltd.*, 2010 BCSC 245, [2010] B.C.J. No. 328 (QL); *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, et *Penny c. R.*, 2010 NBCA 49, [2010] A.N.-B. n^o 234 (QL).

[3] Je suis respectueusement d'avis que l'appel doit être accueilli en raison de l'application de la règle 38.09b) des *Règles de procédure*. Aux termes de cette règle, la cour doit prescrire l'instruction de la requête s'il existe une contestation importante des faits. C'est le cas dans la présente instance. Par ailleurs, la prétention voulant que Moonraker ait enfreint la règle 39.01(5) est bien fondée sans être pour autant fatale à sa requête visant à obtenir une mesure déclaratoire. Je conclus également que Moonraker a droit à une injonction interlocutoire en attendant que le litige soit tranché. Pour le

moment, son titre documentaire établi en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.-B. 1981, ch. L-1.1, doit l'emporter sur les arguments juridiques invoqués par 835637 Alberta Ltd.

[4] À partir de l'abondante preuve documentaire qui a été présentée à notre Cour, j'ai pu reconstituer le contexte factuel suivant qui est à l'origine du litige. Le 30 décembre 2003, Moonraker a acheté à 835637 Alberta Ltd. un bâtiment situé au centre-ville de Fredericton. L'adresse de voirie de ce bâtiment est le 428, rue Queen. À l'heure actuelle, il est loué à une tierce partie qui exploite un restaurant (le « Garrison District Ale House »). Immédiatement derrière se trouve une parcelle de terrain attenante au restaurant qui est décrite comme la « parcelle F ». En 2005, Moonraker a acquis la parcelle F de 835637 Alberta Ltd. Cette parcelle sert actuellement de terrasse à l'intention de la clientèle du restaurant sur une base saisonnière. Afin d'accéder au restaurant et à la terrasse par l'arrière, il faut traverser un autre bien-fonds appartenant à 835637 Alberta Ltd. Ce bien-fonds donne sur le 421, rue King (la rue King est parallèle à la rue Queen). Le bien-fonds du 421, rue King se compose d'un bâtiment et d'une allée longeant le bâtiment. Cette allée mène à la terrasse et à l'arrière du restaurant. Cependant, au bout de l'allée et juste avant d'arriver à la terrasse se trouve l'entrée du parc souterrain rattaché au bien-fonds du 421, rue King.

[5] Moonraker fait valoir que lorsqu'elle a acheté le bien-fonds du 428, rue Queen à 835637 Alberta Ltd., Moonraker a également acquis un droit de passage sur l'allée qui longe le bâtiment du 421, rue King qui appartient à 835637 Alberta Ltd. L'existence de ce droit de passage est attestée par les documents établis en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. Le titre documentaire montre que ce bien-fonds bénéficie d'un droit de passage (n° 10571520). Il semblerait que le droit de passage grève le bien-fonds donnant sur le 421, rue King dont 835637 Alberta Ltd. est propriétaire. En dépit de la preuve documentaire, 835637 Alberta Ltd. soutient que la vente de la propriété du 428, rue Queen n'était pas censée inclure le droit de passage contesté et elle invoque la convention d'achat-vente qui stipule ce qui suit : [TRADUCTION] « Tout droit de passage ou servitude existants grevant [les autres biens-fonds de la venderesse] cesseront

d'exister à la date de clôture ». Pour compliquer les choses, l'« état des rajustements » indiquait que le « certificat des conséquences » enregistré en même temps que le transfert ferait état de l'annulation d'un autre droit de passage (n° 10571447) à titre de grèvement. Il semblerait que ce droit de passage grevait également le bien-fonds de 835637 Alberta Ltd. qui donne sur le 421, rue King.

[6] Comme je l'ai indiqué plus haut, Moonraker a acquis la parcelle F en janvier 2005. Cependant, le titre documentaire ne comprend pas de droit de passage sur l'un quelconque des biens-fonds appartenant à 835637 Alberta Ltd., dont la propriété située au 421, rue King. Pour ne rien arranger, il semblerait que le certificat de titre ait été unilatéralement rectifié le 16 décembre 2009 de façon à montrer que la propriété du 428, rue Queen bénéficie d'un droit de passage (n° 10571520) sur les terrains appartenant à 835637 Alberta Ltd. qui donnent sur le 421, rue King. En ce qui concerne les motifs qui sous-tendent ce qui semble avoir été une rectification unilatérale de titre, la seule preuve produite émanait de l'avocat qui représentait 835637 Alberta Ltd. lors de la vente de la parcelle F à Moonraker. Dans son affidavit, M^e Keith Allen, c.r., déclare ce qui suit : (1) il a préparé le transfert en 2005; (2) le transfert de 2005 n'était pas assorti d'une servitude et (3) il n'a pas été consulté au sujet de la rectification de 2009. M^e Allen a également déclaré que lorsqu'il était initialement intervenu dans la vente, il [TRADUCTION] « n'avait pas été personnellement associé aux discussions concernant la servitude qui fait l'objet de la présente requête ».

[7] Les mémoires préalables à l'audience déposés auprès de la juge saisie de la requête révèlent que le litige sous-jacent qui oppose les parties est le suivant. Moonraker prétend être le propriétaire inscrit d'un droit de passage sur le bien-fonds du 421, rue King qui appartient à 835637 Alberta Ltd. Cette prétention s'appuie sur des documents établis en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier* et Moonraker fait donc valoir qu'elle est en droit d'obtenir une déclaration et une injonction interdisant à 835637 Alberta Ltd. d'empêcher Moonraker et son locataire d'utiliser le droit de passage. S'agissant de la convention d'achat-vente régissant la propriété située au 428, rue Queen, Moonraker a fait valoir que la convention s'est fondue avec le transfert de titre et que

l'intention mutuelle des parties était que Moonraker bénéficie du droit de passage. En ce qui concerne l'achat et la vente de la parcelle F et l'omission d'inclure le droit de passage au moment du transfert initial, Moonraker a soutenu que cette omission était une erreur qui avait été corrigée par l'établissement d'un document de rectification. Au contraire, 835637 Alberta Ltd. fait valoir qu'elle n'a jamais eu l'intention d'accorder à Moonraker un droit de passage sur la propriété de la rue King. Dans un mémoire supplémentaire, 835637 Alberta Ltd. a sollicité la conversion de l'affaire en action en raison d'une contestation de faits essentiels.

[8] La transcription de l'audition de la requête révèle que Moonraker a plaidé que sa preuve documentaire, qui avait été établie en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, prouvait de manière concluante qu'elle avait obtenu un droit de passage sur les terrains appartenant à 835637 Alberta Ltd. En ce qui concerne les mesures de redressement accessoires sollicitées, Moonraker a fait valoir qu'il existait une preuve par affidavit suffisante que 835637 Alberta Ltd. avait porté atteinte à l'utilisation de son droit de passage (installation d'une barrière). La juge saisie de la requête a ensuite reconnu que l'avocat représentant 835637 Alberta Ltd. sollicitait la conversion en action de la requête. Ce même avocat a également posé la question de savoir si l'avocat de Moonraker se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts étant donné qu'il avait représenté Moonraker lors de l'achat des deux propriétés et pourrait devoir témoigner. De plus, l'avocat de 835637 Alberta Ltd. a soulevé une objection à l'admissibilité d'un affidavit supplémentaire déposé pour le compte de Moonraker au motif que cet affidavit relatait des faits que le déposant ne connaissait pas personnellement, contrairement à ce que prescrit la règle 39.01(5).

[9] La juge saisie de la requête a rejeté l'argument relatif au conflit d'intérêts au motif qu'il n'était pas nécessaire que l'avocat de Moonraker témoigne. Toutefois, la juge saisie de la requête s'est abstenue de répondre à la question de savoir si la requête devrait être convertie en action en invoquant pour la première fois la notion que la *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-14, apportait une réponse complète aux observations de 835637 Alberta Ltd. La transcription révèle que selon la juge saisie

de la requête, 835637 Alberta Ltd. se fondait sur l'existence d'une convention orale de ne pas inclure de droit de passage dans le(s) transfert(s). C'est sur ce fondement que la juge saisie de la requête a estimé que comme la convention orale n'avait jamais été mise par écrit, cette convention n'était pas exécutoire en vertu de la *Loi relative aux preuves littérales*. Le fait qu'aucune des deux parties n'avait soulevé la possibilité que ce texte de loi puisse s'appliquer n'a eu aucune importance pour la juge saisie de la requête. Le reste de l'audience a porté sur la question de savoir si 835637 Alberta Ltd. pouvait contre-interroger le secrétaire général de Moonraker. La juge saisie de la requête a rejeté la demande présentée à cet effet parce que selon sa perception, l'issue de l'instance reposait sur l'applicabilité de la *Loi relative aux preuves littérales*. De fait, la juge saisie de la requête a refusé d'autoriser l'avocat de 835637 Alberta Ltd. à présenter d'autres arguments. La raison de ce refus se trouve dans le passage suivant tiré de la transcription de l'audience de la requête :

[TRADUCTION]

Mon opinion sur la question est que [Moonraker] a présenté un document qui établit l'existence d'un droit de passage. Vous avez invoqué l'argument que ce droit de passage a été modifié oralement. Je conclus que cela n'était pas possible. Et en ce qui me concerne, tous les arguments du monde ne pourront pas changer cet état de fait. Je vous ai invités à me dire que je faisais erreur en me référant à la *Loi relative aux preuves littérales* et aucun de vous ne l'a fait – et je ne pense pas que je fasse erreur. Il est impossible de le modifier. Il faut le faire par écrit. C'est ce que prévoit la *Loi relative aux preuves littérales*. Or, vous ne m'avez présenté aucune preuve que cela a été fait.

[10] Ni les observations préalables à l'audience, ni la transcription n'indiquent que 835637 Alberta Ltd. invoquait l'existence d'une convention orale visant à modifier ou annuler le droit de passage que contenaient les titres documentaires établis en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. De fait, en appel devant notre Cour, les parties conviennent que la *Loi relative aux preuves littérales* ne s'applique d'aucune façon aux questions qui auraient dû être tranchées en première instance. Bref, les deux parties ont

pris leurs distances par rapport à la décision de la juge saisie de la requête de statuer en se fondant sur une loi qui n'avait été ni plaidée, ni débattue.

[11] Je suis respectueusement d'avis que la juge saisie de la requête a commis une erreur en refusant de convertir la requête en action. Il est manifeste qu'il existe au moins une contestation importante qui est la suivante : les parties voulaient-elles que la vente des deux propriétés soit assortie d'un droit de passage sur les terres appartenant à 835637 Alberta Ltd. Certes, le titre documentaire concernant les deux propriétés fait bel et bien état du droit de passage revendiqué, mais il existe une preuve crédible qui donne à penser que telle n'était pas l'intention des parties. Bien que l'on puisse penser qu'un titre documentaire établi sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier* serait réputé trancher la question de savoir si Moonraker a obtenu le droit de passage en question, cette *Loi* prévoit la possibilité d'apporter une rectification en cas d'« erreur » (voir les art. 68 et 70). Ce type de redressement est tout à fait logique dans les cas où la rectification met en cause les parties initiales au transfert. S'agissant de l'option de solliciter une rectification, il ne m'a pas échappé que lorsque c'est le registrateur général qui effectue une rectification, dans des circonstances où toutes les parties intéressées ne donnent pas leur consentement, l'art. 68 prévoit que le registrateur « doit d'abord aviser toutes les personnes qui semblent être intéressées ou affectées par la rectification [...] de son intention de rectifier le registre des titres. » Il n'est pas nécessaire que je tranche la question de savoir si cette obligation d'origine législative a été respectée dans la présente instance.

[12] Une autre question de fait en litige vise l'existence des deux droits de passage différents dont j'ai déjà fait état (le n° 10571447 et le n° 10571520). La raison pour laquelle il existe deux droits de passage différents n'a pas été expliquée, et la différence ne saute pas aux yeux lorsqu'on lit les documents pertinents produits dans le cadre de la requête. Cela est dû à deux raisons connexes. Premièrement, les documents créant les droits de passage respectifs ont été passés par des prédécesseurs en titre et deuxièmement, les documents décrivent les parties/propriétaires et les fonds dominant et servant en utilisant les descriptions par mesurage et délimitation. Par conséquent, il est

difficile de savoir qui est propriétaire de quoi et qui cède quoi à qui. L'inclusion d'un plan faisant état du droit de passage n'est pas aussi utile qu'on l'aurait espéré. Franchement, il s'agit d'une instance dans laquelle on aurait dû remettre à la juge saisie de la requête un résumé de titre préparé par un avocat indépendant compétent en la matière (si je peux m'exprimer ainsi). L'avocat idéal est quelqu'un qui est capable d'expliquer d'obscures descriptions officielles et de leur redonner vie de façon à rendre plus claires des choses dont l'origine remonte à l'antique droit des biens et du transport foncier en utilisant le prisme relativement récent des prescriptions de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. L'avocat idéal est quelqu'un qui est en mesure de concilier l'ancien système de transport foncier avec le nouveau sans pour autant faire un affront aux juges qui ont choisi de ne pas exercer dans ce domaine du droit ou qui ont accédé à la magistrature avant l'entrée en vigueur du nouveau régime.

[13] L'omission de produire un résumé de titre ou d'expliquer quelle était l'origine des servitudes et si 835637 Alberta Ltd. avait convenu de transporter un droit de passage m'amène à l'autre question soulevée dans le cadre du présent appel : la juge saisie de la requête a-t-elle commis une erreur en omettant de conclure qu'une certaine preuve par affidavit a été présentée par Moonraker en violation de la règle 39.01(5) et aurait donc dû être rejetée. Cette règle prévoit en effet qu'un affidavit à l'appui d'une requête doit être restreint aux faits que le déposant connaît personnellement à moins que ces faits ne soient non contentieux. L'affidavit contesté a été souscrit par Pamela Price, la secrétaire-trésorière de Moonraker. Dans son affidavit supplémentaire, M^{me} Price traite de façon détaillée des circonstances de la vente des deux propriétés et de l'effet juridique qu'il faut attribuer à certains documents. Pour un des documents, elle fonde son opinion sur l'avis de l'avocat de Moonraker (par. 6). À un autre endroit, M^{me} Price déclare avoir été informée par le même avocat que lors de l'achat de la parcelle F, aucun état des rajustements n'a été signé et que la correspondance échangée par les avocats ne faisait aucunement état du délaissement ou du désistement d'un droit de passage (par. 12). Manifestement, M^{me} Price n'était ni qualifiée ni habilitée à donner une preuve sous forme d'opinion au sujet de l'effet juridique des documents établis en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier* ou, d'ailleurs, des documents signés par les parties. La règle

39.01(5) prévoit qu'un affidavit à l'appui d'une requête doit être restreint aux faits que le déposant connaît personnellement.

[14] L'affidavit contesté pose problème à un autre égard. Il est bien établi dans la jurisprudence de notre Cour qu'un avocat ne peut se porter à la fois avocat et témoin dans la même procédure, à défaut de quoi l'avocat en cause et son cabinet peuvent se voir écartés du dossier : *Hughes c. Moncton*, 2006 NBCA 83, 304 R.N.-B. (2^e) 92. Il devrait s'ensuivre que l'on ne peut pas faire indirectement ce que l'on n'a pas le droit de faire directement. Par conséquent, si un avocat n'a généralement pas le droit de présenter son propre affidavit dans une instance dans laquelle il représente l'une des parties, il ne peut pas non plus produire un affidavit dans lequel le déposant répète ce que lui a dit ce même avocat.

[15] Aux fins de statuer sur le présent appel, il n'est pas nécessaire que je détermine si la mesure de redressement qui s'impose pour sanctionner la violation de la règle 39.01(5) consiste à retrancher les paragraphes contestés de l'affidavit en cause ou à radier carrément tout l'affidavit. J'arrive à cette conclusion pour la raison suivante. L'affidavit a été présenté pour réfuter l'argument que 835637 Alberta Ltd. n'a jamais eu l'intention de transporter un droit de passage à Moonraker. L'affidavit que Moonraker a produit renforce l'argument voulant que la présente instance mette en cause au moins une contestation importante des faits et que par conséquent, la requête aurait dû être convertie en action.

[16] Je dois maintenant traiter de trois questions supplémentaires. La première consiste à déterminer comment trancher le présent appel et quel est le redressement qui aurait dû être accordé en première instance. La seconde a trait à la question des dépens. La troisième est liée à la valeur de précédent de la présente cause relativement à tout exposé des faits qu'elle renferme.

[17] La juge saisie de la requête a commis une erreur en accordant une déclaration relativement à l'existence du droit de passage ainsi qu'une injonction

permanente interdisant à 835637 Alberta Ltd. d'empêcher Moonraker d'utiliser le droit de passage. Par conséquent, ces ordonnances doivent être annulées. Cependant, la juge saisie de la requête a également ordonné à 835637 Alberta Ltd. d'enlever la barrière qu'elle avait élevée dans le but d'empêcher Moonraker d'accéder à l'arrière des deux propriétés. Avant l'audition du présent appel, 835637 Alberta Ltd. a présenté devant une juge de notre Cour une motion dans laquelle elle sollicitait une suspension de l'ordonnance d'enlèvement de la barrière. Cette motion a été rejetée, la question des dépens devant être tranchée par le présent tribunal. Comme on pouvait s'y attendre, 835637 Alberta Ltd. s'est conformée à l'ordonnance d'enlèvement. Où en sommes-nous?

[18] Selon moi, Moonraker avait et a toujours le droit d'obtenir une injonction interlocutoire interdisant à 835637 Alberta Ltd. d'empêcher Moonraker d'utiliser le droit de passage dont font état les documents qui ont été établis en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. Ces documents l'emportent jusqu'à ce que la question soit tranchée au procès. Bref, le titre documentaire de Moonraker doit l'emporter sur les arguments juridiques de 835637 Alberta Ltd. tant que l'action en cours n'est pas arrivée à son terme. Il s'ensuit qu'à mon avis, la décision de notre Cour de refuser la suspension était justifiée.

[19] Pour ce qui est de la délivrance d'une injonction interlocutoire interdisant à 835637 Alberta Ltd. d'empêcher Moonraker d'utiliser son droit de passage documentaire, des questions auxiliaires doivent être tranchées. Selon les usages permis du droit de passage dont fait état le titre documentaire de Moonraker (et je paraphrase le passage pertinent), Moonraker, ses locataires et ses ouvriers ont le droit d'utiliser le droit de passage en question pour entrer et sortir, avec ou sans véhicule. En résumé, il semble qu'il s'agisse d'un [TRADUCTION] « droit de passage pour entrer et sortir ». Je le mentionne parce que jusqu'à l'achat de la parcelle F par Moonraker, cette parcelle servait apparemment de terrain de stationnement. De fait, un plan qualifiant de terrain de stationnement les terrains qui forment ce que l'on appelle aujourd'hui la parcelle F est annexé au document créant le droit de passage. La conversion de la parcelle F en terrasse saisonnière aux fins du restaurant pose un problème supplémentaire.

[20] La preuve par affidavit renferme des photos qui montrent que la terrasse est attenante et contiguë à l'entrée du parc souterrain rattaché au bâtiment situé au 421, rue King. C'est là l'une des causes principales qui sous-tendent l'instance. En effet, des personnes utilisant le droit de passage au nom de Moonraker auraient stationné leur véhicule à côté de la terrasse, bloquant ainsi l'entrée du parc souterrain. En même temps, Moonraker affirme avoir besoin du droit de passage afin de permettre aux ouvriers de travailler à l'arrière du bâtiment (par ex., pour venir installer une unité de chauffage/conditionnement d'air) et pour les livraisons commerciales et le ramassage des ordures. Moonraker revendique également que le côté droit du droit de passage est utilisé comme terrain de stationnement par 835637 Alberta Ltd., ce qui empêche les gros véhicules de service et de livraison d'avoir accès à l'allée (le droit de passage). Tout cela m'amène à me demander si le droit de passage habilite Moonraker, son locataire et les véhicules de service et de livraison à stationner sur le droit de passage plutôt que sur la parcelle F. Bref, si le droit de passage était accordé pour donner accès à un stationnement et à une aire de livraison et si le propriétaire décidait d'affecter cet endroit à une autre fin, comment le propriétaire pourrait-il conserver le droit d'utiliser d'autres parties du droit de passage dans le but de répondre aux besoins de cette autre fin? Où cela me mène-t-il?

[21] Il est difficile de comprendre comment il est possible de délivrer une injonction permanente ou interlocutoire interdisant d'empêcher quelqu'un d'utiliser un droit de passage sans avoir déterminé au préalable l'étendue du droit que possède cette personne d'utiliser le droit de passage. Autrement, la Cour est en train d'inviter les parties à entamer d'autres poursuites. Dans les circonstances de la présente instance, je suis disposé à accorder une injonction interlocutoire en tenant pour acquis que l'une ou l'autre des parties pourra demander à un autre juge de la Cour du Banc de la Reine de rendre une ordonnance clarifiant les droits respectifs des parties jusqu'à ce que la validité et l'étendue définitives du droit de passage soient déterminées à l'issue du procès. Jusqu'au prononcé d'une ordonnance de clarification, l'injonction temporaire devrait refléter le libellé du document créant le droit de passage.

[22] Bien que la règle 38.09b) habilite notre Cour à prescrire l'instruction de la requête, les conditions de la conversion doivent être laissées à la discrétion d'un autre juge de la Cour du Banc de la Reine. Finalement, aucune ordonnance ne devrait être rendue relativement aux dépens devant quelque instance que ce soit. Les deux parties auraient toutes deux dû avoir gain de cause devant le tribunal inférieur. En effet, même si Moonraker n'était pas en droit d'obtenir une mesure déclaratoire, elle avait droit à une injonction interlocutoire et à une ordonnance prescrivant l'enlèvement de la barrière. Dans ces circonstances, il convient de ne pas rendre d'ordonnance quant aux dépens. Bien que Moonraker ait obtenu d'un juge de notre Cour le rejet de la motion visant la suspension de l'ordonnance d'enlèvement de la barrière, c'est surtout 835637 Alberta Ltd. qui a obtenu gain de cause dans le présent appel. Voilà pourquoi je ne suis pas disposé à rendre une ordonnance quant aux dépens.

[23] Pour ce qui est de la valeur de précédent de la présente instance, je désire souligner que les observations factuelles, quelles qu'elles soient, qui sont faites dans les présents motifs ne sauraient lier le juge de la Cour du Banc de la Reine qui sera affecté à l'audition d'éventuelles motions interlocutoires ou qui présidera le procès. J'ai fait de mon mieux pour dégager les faits contentieux et non contentieux, mais il est toujours possible de mal interpréter une preuve documentaire longue et complexe. En dehors d'énoncés de principes établis, la véritable valeur de précédent de la présente affaire réside dans la conclusion selon laquelle l'instance comporte d'importantes contestations des faits. Ainsi, par exemple, il faudra peut-être interpréter et appliquer des dispositions de la *Loi sur l'enregistrement foncier* et tirer des conclusions sur la question de savoir si l'une ou l'autre des parties ou les deux portent atteinte à leurs droits respectifs.

[24] En conclusion, l'appel devrait être accueilli et l'ordonnance rendue par le tribunal inférieur annulée. Une ordonnance prescrivant l'instruction de la requête conformément à la règle 38.09b) devrait plutôt être rendue. Par ailleurs, l'affaire devrait être renvoyée devant un autre juge de la Cour du Banc de la Reine pour qu'il fixe les conditions de la conversion. L'intimée, Moonraker Realty Ltd., a droit à une injonction interlocutoire en attendant qu'il soit statué sur l'action. L'injonction devrait enjoindre à

l'appelante, 835637 Alberta Ltd., de ne pas empêcher l'intimée d'utiliser le droit de passage figurant sur le document créant ce droit de passage. Au besoin, l'une ou l'autre des parties pourra demander à un autre juge de la Cour du Banc de la Reine de clarifier, modifier ou exécuter l'injonction. Aucune ordonnance ne devrait être rendue quant aux dépens dans l'une quelconque des procédures sous-jacentes.