

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

4-10-CA

CARSON CONSTRUCTION (1999) LTD.

(Respondent) APPELLANT

- and -

CITY OF MONCTON

(Applicant) RESPONDENT

Carson Construction (1999) Ltd. v. City of
Moncton, 2012 NBCA 9

CORAM:

The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
December 11, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2009 NBQB 328 (Unreported)

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 31, 2011

Judgment rendered:
February 2, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

CARSON CONSTRUCTION (1999) LTD.

(Intimée) APPELANTE

- et -

MONCTON

(Requérante) INTIMÉE

Carson Construction (1999) Ltd. c. Moncton, 2012
NBCA 9

CORAM :

L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 11 décembre 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 328 (Inédite)

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 31 mai 2011

Jugement rendu :
Le 2 février 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Green

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Bell
L'honorable Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Brian F.P. Murphy

Pour l'appelante :
Brian F.P. Murphy

For the respondent:
Basile Chiasson, Q.C.

Pour l'intimée :
Basile Chiasson, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal and the cross-appeal are dismissed.

Rejette l'appel et l'appel reconventionnel.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN J.A.

I. Introduction

[1] The subject matter of this appeal is a dispute between a construction company (the appellant) and the municipality in which it is located (the respondent) over the operation of stone crushing equipment on a property owned by the company. At issue is whether that specific activity is a legal non-conforming use of the subject property, or whether it is integral or incidental to what is a legal non-conforming use. For the reasons which follow, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal.

II. Background

[2] The appellant is a construction company, and as part of its business it operates a construction/contractor's yard on its property at 815 Gorge Road, Moncton. As the application judge rightly observed, this is not a dispute without a history.

[3] In May 2006, having received complaints, the respondent conducted an inspection of the above-noted property and determined the appellant was conducting a stone crushing operation. An order pursuant to s. 93 of the *Community Planning Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-12, was issued by the City of Moncton on June 9, 2006, ordering the appellant to “[remove] the crusher equipment and [stop] the operation of stone crushing and aggregate storage on this property [...] within fourteen (14) days”.

[4] The matter did not end there. On January 25, 2008, the respondent brought an Application before a judge of the Court of Queen's Bench, Trial Division, arguing the appellant was using its property contrary to s. 9.7.1 of the City of Moncton Zoning By-law No. Z-202, *A By-law Relating to the Adoption of the City of Moncton Municipal Development Plan*, (August 6, 2010), and was therefore in violation of s. 95 of the *Community Planning Act*. The respondent requested the following relief:

[An order] immediately restraining [...] Carson Construction (1999) Ltd., their employees, agents, successors and assigns, and any other person having notice of this order, from using the lands situate at 815 Gorge Road, in the City of Moncton, County of Westmorland and Province of New Brunswick, PID #00943266, as a construction/contractor's yard, a repair and maintenance facility and an office, and immediately removing from the said lands any and all construction equipment, including but not limited to, dump trucks, earth moving equipment, storage trailers, heavy equipment, hauling (float) trailer, construction/office trailer, stone crusher, stockpiles of stone and other aggregate, and any and all equipment and materials associated with the construction or contracting industry.

[5] In a decision dated February 28, 2008, the application judge found in favour of Carson Construction, and determined "there was no change in the use of the lands" and further held that the activities being carried out on the property in question were "well within a fair definition of the 'pre-existing use' that benefitted from the legal non-conforming right" (paras. 36-37).

[6] Subsequent inspections conducted by the respondent confirmed the appellant continued to use the property as a construction/contractor's yard and for a "stone crushing operation". On December 22, 2008, the Director of Building Inspection for the respondent issued a new order, again pursuant to s. 93 of the *Community Planning Act*, requiring the appellant to cease said crushing operation. Further inspections at the site revealed her order was not being respected.

[7] On July 8, 2009, the respondent filed a Notice of Application seeking an order that the appellant be restrained from using the subject property "as a construction/contractor's yard, and/or for crushing stone or any other aggregate and immediately removing from the said lands any and all equipment related to the operation of a contractors/construction yard and the crushing of stone or aggregate".

[8] A hearing was held over the course of three days in November, 2009, before a different application judge. In his December 11, 2009, decision the judge held the request “to restrain the company from using the property as a construction/contractor’s yard is clearly *res judicata* and is denied” and the request that the appellant be ordered to remove equipment from the property was “also *res judicata* as squarely within the ambit of the previous decision” (para. 15).

[9] However, the application judge found that the specific issue of the appellant’s right to conduct a stone crushing operation on the property was not *res judicata*, as it had not been squarely before the court on the earlier application. As a result, he framed the remaining issue before him as follows:

[...] does the Company’s non-conforming use permit it to carry on a rock crushing operation on the property?
[para. 16]

[10] Following a review of the evidence, and an analysis of the applicable law, the application judge resolved the matter in the following terms:

I have for the reasons stated come to the conclusion that the legal non-conforming right which applies to [Carson Construction’s] use of the property at 815 Gorge Road, Moncton, New Brunswick, identified as PID #00943266 does not permit the Company to carry on a rock crushing operation on the property. [para. 58]

[11] The company appeals that finding, and the respondent, for reasons I will expand upon later, cross-appeals on the issue of the application judge’s costs award.

III. Issues

[12] The appellant sets out 6 grounds of appeal, which I believe can be summarized as follows:

1. Did the application judge err in finding that the stone crushing issue was not *res judicata*, having considered the February 28, 2008, decision?
2. Did the application err in finding that stone crushing was not a legal non-conforming use of the subject property?
3. Did the application judge err in finding that stone crushing was not an integral part of, or incidental to, the operation of the subject property as a construction/contractor's yard?

IV. Law and Analysis

A. *Res Judicata*

[13] The doctrine of *res judicata* is well established and serves to bring both certainty and finality to matters before the courts. Once a court of competent jurisdiction makes a final determination of a particular issue, that decision is conclusive and serves as a bar to any future action pursuing the same claim.

[14] In *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, the Supreme Court provided the following direction:

The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case. (There are corresponding private interests.) The first step is to determine whether the moving party (in this case the respondent) has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle, supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32; *Schweneke v. Ontario*

(2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38-39; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 56.
[para. 33]

[15] In this Court, Drapeau C.J.N.B. discussed the *res judicata* doctrine in *McNichol v. Co-operators General Insurance Company*, 2006 NBCA 54, 298 N.B.R. (2d) 44:

It is trite law that the principle of *res judicata* which is designed to achieve justice and whose application may involve the principled exercise of discretion, does not operate to oust the court's jurisdiction. The principle provides the parties a defence to which the court may give effect in the exercise of its jurisdiction to try the action: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Côté v. Desjardins*, (2000), 232 N.B.R. (2d) 343 (C.A.) at paras. 13-14, Larlee J.A.; *Executive Director of Assessment v. Ganong Bros. Ltd.* 2004 NBCA 46, (2004), 271 N.B.R. (2d) 43 (C.A.) at paras. 44-47, Robertson J.A. ; *Hoque v. Montreal Trust Co. et al.*, (1997), 162 N.S.R. (2d) 321 (C.A.) at paras. 37 and 64, Cromwell J.A.; *Desrosiers v. Banque Nationale du Canada*, (1998), 201 N.B.R. (2d) 103 (C.A.) and *Cayouette et al. v. Co-operators General Insurance Co.* (2000), 227 N.B.R. (2d) 283 (C.A.). Clearly, Rule 23.01(2) (a) is of no assistance to Co-Op. [para. 23]

[16] The appellant contends the *first* application judge “did turn his mind to the stone-crushing aspect of [the appellant’s] operations, and made a final determination in this regard”. The respondent adopts the position that the issue was not squarely dealt with, and was therefore open to further litigation.

[17] For his part, the second application judge considered the *res judicata* argument and came to this conclusion:

There can be no question that these two issues [non-conforming right to use the property as a construction/contractor’s yard, and discontinuance], as they

came before my colleague Dionne, are *res judicata* before me. However, in fairness the issue of whether the allowed non-conforming use permitted the use of a rock crushing operation was not put squarely before him.

It certainly was the thrust of the City's 2006 order. It was also danced around in the relief requested and in the evidence adduced at the 2008 Application. Nonetheless, [Carson Construction] had the onus only to show it was not using the property other than as a construction/contractor's yard, a repair and maintenance facility or an office to show it had legal right by way of non-conforming use to do so. This it did.

The City had the onus to show that the Company had discontinued the non-conforming use it had acquired. This it failed to do.

Again, the present Application before me is faulty. The Order to restrain the Company from using the property as a construction/contractor's yard is clearly *res judicata* and is denied. Further the ancillary relief requested to remove equipment from the property, whether related to a contractor's/construction yard or the crushing of stone or aggregate is also *res judicata* as squarely within the ambit of the previous decision. That request for relief is also denied.

That leaves me with the original question put, that is: does the Company's non-conforming use permit it to carry on a rock crushing operation on the property?

As I ruled orally at the hearing, I conclude this question was not issue estopped by the previous decision under the doctrine of *res judicata*. [paras. 12-17]

[18] That the parties were the same in each of the two applications is self-evident. It is also clear that the decision of the first application judge was final. The only remaining question is whether or not the decision of the first application judge on the appellant's right to a non-conforming use included a stone crushing operation. The second application judge concluded it did not, and I agree.

[19] The first application sought to prevent the appellant from using its property as:

1. a construction/contactor's yard;
2. a repair and maintenance facility; and
3. an office.

There was no mention of a stone crushing operation. In fairness, the respondent also sought to have removed from the property "any and all construction equipment", including a "stone crusher". The inclusion of a "stone crusher" in the list of equipment the respondent sought to have removed does not equate to its inclusion in the list of *activities* the respondent sought to have prohibited. I would dismiss the *res judicata* issue as a ground of appeal.

[20] In so dismissing the *res judicata* ground, I am mindful of our Court's decision, per Ryan J.A., in *Comeau v. Breau* (1994), 145 N.B.R. (2d) 329, [1994] N.B.J. No. 74 (QL), although it was not cited by either party. The following passage contains the relevant comments on the principle in question:

The authors Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto and Vancouver: Butterworths, 1993) offer two reasons why estoppel by *res judicata* is based upon broad principles of public policy. The first is that the state has an interest that there should be an end to litigation. Secondly, no individual should be sued more than once for the same cause. At page 989 the authors set out their assessment of the common law rule of estoppel by *res judicata* which they say is procedural, not substantive:

No Court shall try any suit or issue in which the matter directly and substantially in issue has been directly and substantially in issue in a former suit between the same parties, or between parties under whom they or any of them claim, litigating under the same title, in a court of jurisdiction competent to try such subsequent suit or the suit in which such issue has been subsequently raised, and has been heard and finally decided by such Court.

The essential components of estoppel by res judicata are set out by Aikins. J., in *Re Bullen* (1971), 21 D.L.R. (3d) 628 (B.C.S.C.) at 631 quoting from G. Spencer-Bower and A. Turner, *The Doctrine of Res Judicata* (2nd ed.) (London: Butterworths, 1969) at 18-19. They can be summarized as a final judicial decision pronounced by a court of competent jurisdiction in which the cause of action or the issues have been identified as well as the parties and anyone claiming under them or entitled through them to exert any right.

CAUSE OF ACTION AND ISSUE ESTOPPEL

In a cause of action estoppel, there must be a completely different cause of action asserted in order to avoid the rule. More simply put, were the facts upon which the Breaus were found liable to Comeau for the wrongful retaking of the restaurant business substantially the same and in issue in the intended second suit? The answer is "yes". The facts constituting the cause of action in this case remain the same whether the action is founded in contract or in tort although the remedy might well be different.

Issue estoppel, on the other hand, generally comes about when the parties are prevented from calling into question particular issues which have already been decided between them. The authors of *The Law of Evidence in Canada* offer as an example, at page 1003, the case of *Beeches Workmen's Club and Institute Trustees v. Scott*, [1969] 2 All E.R. 420 (C.A.). The case concerned the misappropriation of property by an employee. A complaint was laid under a certain statute and the employee was acquitted. The employer then sued in the county court for repayment. Denning, M.R. held there was no issue estoppel. The issue before the magistrate was whether the employee had contravened the statute whereas the issue before the county court was liability under a contract of service.

The constituent elements between "cause of action estoppel" on the one hand, which precludes a person from bringing an action again against another when the same cause of action has been determined in an earlier proceeding, and "issue estoppel", are further explained in the reasons for judgment of Dickson, J., in *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248 at 254.

See also *Oley and Moffatt v. Fredericton (City)* (1984), 57 N.B.R. (2d) 361 at 367. [para. 25-29]

[21] In that same case, Rice J.A. authored a concurring opinion which also merits mention here:

The principle of *res judicata* founded on estoppel is rooted in equitable principles. Defendants ought not to be subjected to multiple proceedings relating to the same cause of action. The words of Lord Wigram in *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100 at p. 115, 67 E.R. 313, at p. 319, are still appropriate today in enunciating the principle, and applying it to the circumstances of this appeal.

... where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a Court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time. [para. 13]

[22] The situation in *Comeau* saw the plaintiff successfully sue for breach of contract, and then launch a second action framed in tort based on the exact same facts, attempting to recover further damages. He was not permitted to do this. The case at bar presents a decidedly different scenario. In its first application, the respondent pursued the appropriate legal avenue to secure the relief sought, which was to prevent the appellant from using the subject property as a construction/contractor's yard.

[23] In the respondent's second application, the renewed attempt to close the yard in its entirety was clearly *res judicata*, that cause of action having already been adjudicated upon. The other component of the second application, however, was aimed squarely at bringing to an end the specific activity of ongoing stone crushing operations. I am not prepared to say that by pursuing the broad issue of operating a construction/contractor's yard in its first application, the respondent was forever after barred from pursuing the narrow issue of stone crushing. That outcome would permit the appellant to continue an ongoing pattern of activity it was not legally entitled to engage in. We are not dealing with an isolated incident which had taken place in the distant past. Instead, we are dealing with the repeated violation of a municipal zoning by-law, which was a legitimate cause for concern for both the respondent municipality and neighbouring property owners.

B. *Legal Non-Conforming Use and Integral or Incidental to a Legal Non-Conforming Use*

[24] I shall consider these final two grounds of appeal together. The second application judge, and both parties on appeal, relied on the Supreme Court decision in *Saint-Romuald (City) v. Olivier*, 2001 SCC 57, [2001] 2 S.C.R. 898, in which Binnie J. of the Supreme Court held as follows:

In my view, both remoteness and neighbourhood effects have a role to play in the proper disposition of this type of case. Each contributes to what Gonthier J. refers to as the real and natural expectation of the landowner. The Court's objective is to maintain a fair balance between the individual landowner's interest and the community's interest. The landowner overreaches itself if (i) the scale or intensity of the activity can be said to bring about a change in the type of use, as mentioned above, or if (ii) the addition of new activities or the modification of old activities (albeit within the same general land use purpose), is seen by the court as too remote from the earlier activities to be entitled to protection, or if (iii) the new or modified activities can be shown to create undue additional or aggravated problems for the municipality, the local authorities, or the neighbours, as compared with what went before. The

factors are balanced against one another. Thus, adding a metal panel beating operation to an automobile repair shop in a residential neighbourhood will probably (despite the logical business affinity) be characterized as a new type of use, whereas a local non-conforming grocer [sic] store use that adds an innocuous fax machine – clearly an activity unrelated to selling groceries – will likely succeed (assuming someone wished to challenge it) by defining its prior operation as a “convenience store” rather than a “grocery store”. [para. 34]

[25] Upon consideration of the evidence before him, the second application judge found that stone crushing was not “an intensification of pre-existing activity”. He further found that stone crushing was “too remote from earlier activities protected as a legal non-conforming use, i.e. beyond any fair definition of the pre-existing use” (paras. 50 and 56). With respect, the appellant has not convinced me that the application judge’s decision holds any reversible error. Given the evidence presented, I find the application judge’s conclusions were reasonable, and I would not interfere. I need not reproduce his analysis here, nor repeat the exercise to arrive at the same destination. As a result, I would dismiss the two remaining grounds of appeal.

C. *The Costs Issue*

[26] Counsel for the respondent/cross-appellant acknowledged that coming before the Court of Appeal on costs was what he termed “a risky venture”. It is well established that this Court will show considerable deference on costs, but that deference is not absolute. Two recent decisions have explored the issue. In *Townsend-Grant v. Grant*, 2011 NBCA 12, 369 N.B.R. (2d) 202, Bell J.A. stated as follows:

The trial judge is vested with a very broad discretion in relation to the assessment of costs. The exercise of that discretion should not be interfered with unless manifestly wrong: *Saint John Regional Hospital v. Comeau*, 2001 NBCA 113, 244 N.B.R. (2d) 201; *Ms. P.H. v. Mr. P.H.*, 2008 NBCA 17, 328 N.B.R. (2d) 245. In *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, LeBel J. stated:

The power to order costs is discretionary, but it is a discretion that must be exercised judicially, and accordingly the ordinary rules of costs should be followed unless the circumstances justify a different approach. [para. 22]

It is trite law that costs normally follow the cause. Should a trial judge decide to depart from that rule he or she is required to justify the departure: *Dupuis v. Moncton (City)*, 2005 NBCA 47, 284 N.B.R. (2d) 97, para. 40. In Orkin, *The Law of Costs* (Toronto: Canada Law Book Ltd., 1965), the author states:

The fundamental principles of costs as between party and party is that they are given by the court as an indemnity to the person entitled to them; they are not imposed as punishment on the person who must pay them. Party and party costs are in effect damages awarded to the successful litigant as compensation for the expense to which he has been put by reason of the litigation. [p. 14]

Orkin's observations have, of course, been expanded upon in Rule 59.02 of the New Brunswick *Rules of Court*. In fixing an award of costs under that Rule, trial judges may consider, in addition to success or failure, the amount claimed and recovered, the complexity of the proceedings, the importance of the issues, the conduct of any party which tends to lengthen the proceedings, and any improper or vexatious conduct. [paras. 14-16]

[27] The second decision I refer to is *Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, [2011] N.B.J. No. 153 (QL), in which Robertson J.A. wrote:

No one needs reminding of the principle that cost orders are owed deference. Appellate interference is not warranted unless it is established that the trial judge erred in principle, or fixed costs that are so inordinately high or so low as to be manifestly wrong. With respect to the deference issue see *Becker et al. v. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 N.B.R. (2d) 542, [1981] N.B.J. No. 198 (C.A.) (QL); *Boyle v. Atherton, Atherton Estate and Eureka Holdings* (1983), 51 N.B.R. (2d) 151, [1983] N.B.J. No. 345 (C.A.) (QL);

Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) v. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Co. and Frechette, (1987), 91 N.B.R. (2d) 189, [1987] N.B.J. No. 1019 (C.A.) (QL); *Proenca v. Squires Home Improvements & Total Renovations, Perry and Melanson*, 2001 NBCA 45, 252 N.B.R. (2d) 274; *Saint John Regional Hospital v. Comeau*, 2001 NBCA 113, 244 N.B.R. (2d) 201; and *Province of New Brunswick v. Stephen Moffett Ltd.*, 2008 NBCA 9, 326 N.B.R. (2d) 242; and *Townsend-Grant v. Grant*, 2011 NBCA 12, [2011] N.B.J. No. 33 (QL). [para. 115]

[28] In the present case, the application judge chose to deviate from the principle that costs follow the cause, and made an award of costs in favour of the unsuccessful party. In his decision, he explains his reasoning as follows:

The issue of costs on this Application has caused me some concern. It is my view that the issue of the use of the property as a rock crushing operation should have been squarely put before the Court by the City on its first Application. In the face of the 'stop' order of June 9, 2006 it was clearly the central issue. Yet the City went to the Court with the request that the Company be ordered to cease to use the property as a construction/contractor's yard, a repair and maintenance facility and an office.

In my view that request was correctly refused upon recognition of the company's right to such a non-conforming use.

The result was that the City brought this second Application and I can see no excuse as to why it was made necessary. The process caused unnecessary costs and unwarranted demand on the time of the parties, other interested persons and the Court.

I see this case as an exception of the general rule that costs follow the cause and I have decided that costs should be awarded against the City on this Application even in the face of its apparent success.

[...]

The respondent shall have costs against the Applicant which I set in the amount of \$5,000.00. [paras. 60-65]

[29] It is my view that the application judge was entirely reasonable in determining the circumstances of this case warrant a different approach to the awarding of costs. He exercised his discretion judicially and justified his decision with clear, concise reasons. I would accord deference to his decision, and not interfere.

V. Disposition

[30] For the reasons outlined above, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal. But for the cross-appeal, I would have awarded \$2,500 in costs to the respondent. Given the respondent's lack of success on that issue, I would reduce the costs awarded on appeal to \$1,500.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Le présent appel, qui oppose une compagnie de construction (l'appelante) à la municipalité où elle est située (l'intimée), porte sur l'exploitation d'une installation de concassage de pierres sur un bien dont la compagnie est propriétaire. Notre Cour doit déterminer si cette activité constitue un usage non conforme légal du bien en question, ou fait partie intégrante d'un usage non conforme légal ou y est accessoire. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter à la fois l'appel et l'appel reconventionnel.

II. Contexte

[2] L'appelante est une compagnie de construction. Une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction aménagée sur son bien du 815, chemin Gorge, à Moncton, sert à son entreprise. Comme le juge saisi de la requête l'a fait remarquer avec raison, les parties n'en sont pas à leurs premiers heurts.

[3] En mai 2006, par suite de plaintes, l'intimée a procédé à une inspection du bien et constaté que l'appelante pratiquait le concassage de pierres. Le 9 juin 2006, la Ville de Moncton a pris un arrêté en vertu de l'art. 93 de la *Loi sur l'urbanisme*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-12, qui sommait l'appelante [TRADUCTION] « [d'enlever] l'équipement de concassage et [de mettre fin] au concassage de pierres et au stockage de granulats sur ce bien [...] dans les quatorze (14) jours ».

[4] L'arrêté n'a pas résolu la situation. Le 25 janvier 2008, l'intimée a saisi la Cour du Banc de la Reine, Division de première instance, d'une requête où elle avançait que l'appelante usait de son bien en violation de l'art. 9.7.1 de l'arrêté de zonage n° Z-202 de la Ville de Moncton, *L'arrêté concernant l'adoption du plan d'aménagement*

municipal de la Ville de Moncton (6 août 2010), ce par quoi elle commettait l'infraction prévue à l'art. 95 de la *Loi sur l'urbanisme*. L'intimée priait la Cour de lui accorder :

[TRADUCTION]

[Une ordonnance] enjoignant sur-le-champ à [...] Carson Construction (1999) Ltd., à ses employés, à ses mandataires, à ses successeurs et à ses ayants droit, de même qu'à quiconque est avisé de l'ordonnance, de ne plus user du bien-fonds situé au 815, chemin Gorge, à Moncton, dans le comté de Westmorland et dans la province du Nouveau-Brunswick (NID 00943266), comme d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, comme d'un établissement d'entretien et de réparation et comme d'un bureau, et d'enlever sur-le-champ de ce bien-fonds la totalité du matériel de construction qui s'y trouve, dont les camions à benne, les engins de terrassement, les porte-engins, la machinerie lourde, les semi-remorques porte-engins, les unités mobiles de chantier ou remorques-bureaux, le concasseur et les stocks de pierres et de granulat, ainsi que la totalité de l'équipement et des matériaux associés au secteur de la construction et du contrat d'entreprise.

[5] Par une décision datée du 28 février 2008, le juge saisi de la requête a tranché en faveur de Carson Construction. Son prononcé porte que [TRADUCTION] « l'usage du bien-fonds n'a pas changé » et que les activités exercées sur le bien s'inscrivent dans [TRADUCTION] « une définition équitable de l'usage préexistant » qu'autorisait le droit à un usage non conforme légal du bien » (par. 36 et 37).

[6] Les inspections ultérieures réalisées par l'intimée ont confirmé que le bien de l'appelante continuait de servir de cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, en plus de servir au [TRADUCTION] « concassage ». Le 22 décembre 2008, la directrice du Service d'inspection des bâtiments a pris un nouvel arrêté, toujours en vertu de l'art. 93 de la *Loi sur l'urbanisme*, exigeant que l'appelante mette fin au concassage. De nouvelles inspections, sur les lieux, ont établi que l'arrêté n'était pas respecté.

[7] Le 8 juillet 2009, l'intimée a demandé aux tribunaux, par avis de requête, d'enjoindre à l'appelante de ne pas faire usage du bien [TRADUCTION] « comme d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, ou de ne pas en faire usage pour le concassage de pierres ou pour le granulats, ou encore de n'en faire usage à aucune de ces fins, et d'enlever sur-le-champ du bien-fonds la totalité du matériel associé à l'exploitation d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, ainsi qu'au concassage de pierres ou au granulats ».

[8] Un juge différent, saisi de cette autre requête, a tenu en novembre 2009 une audience qui a duré trois jours. Sa décision, rendue le 11 décembre 2009, porte ce qui suit [TRADUCTION] : « Une ordonnance qui enjoindrait à la compagnie de ne pas faire usage du bien comme d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction se heurte nettement à l'autorité de la chose jugée; cette demande est rejetée » (par. 15). Le juge ajoute, au même paragraphe, que la demande le priant d'ordonner à l'appelante d'enlever le matériel « se heurte elle aussi à l'autorité de la chose jugée, puisque la question ressortit directement à la décision antérieure ».

[9] Le juge saisi de la requête a cependant conclu que la question du droit de l'appelante de se livrer au concassage sur le bien n'était pas, en soi, chose jugée, car le juge saisi de la requête antérieure n'en avait pas été directement saisi. Il a formulé comme suit la question restante :

[TRADUCTION]

[...] l'usage non conforme que fait la compagnie lui permet-il le concassage de pierres sur le bien?

[Par. 16]

[10] Après avoir examiné la preuve et analysé le droit applicable, le juge saisi de la requête a conclu ainsi :

[TRADUCTION]

Pour les motifs qui précèdent, j'arrive à la conclusion que le droit de [Carson Construction] à un usage non conforme légal du bien du 815, chemin Gorge, à Moncton (NID

00943266), ne lui permet pas d'y pratiquer le concassage de pierres. [Par. 58]

[11] La compagnie appelle de cette conclusion, et l'intimée, pour des raisons que j'expose ci-après, forme appel reconventionnel des dépens accordés par le juge saisi de la requête.

III. Questions en litige

[12] L'appelante avance six moyens d'appel qui, je crois, peuvent être résumés comme suit :

1. Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que la question du concassage de pierres n'était pas chose jugée, vu la décision du 28 février 2008?
2. Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le concassage de pierres n'était pas un usage non conforme légal du bien en question?
3. Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le concassage de pierres ne faisait pas partie intégrante de l'exploitation du bien en tant que cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, et n'y était pas non plus accessoire?

IV. Droit et analyse

A. *Chose jugée*

[13] Le principe de la chose jugée est parfaitement établi. Il revêt de certitude et d'un caractère définitif les procédures judiciaires. Une fois qu'un tribunal compétent a

rendu une décision définitive sur un point donné, cette décision est péremptoire et interdit toute action future faisant valoir la même demande.

[14] Dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, la Cour suprême a donné les indications suivantes :

Les règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L'objectif fondamental est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'autre intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue. (Il existe des intérêts privés correspondants.) Il s'agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant (en l'occurrence l'intimée) a établi l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion devrait être appliquée : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38-39; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), par. 56.

[Par. 33]

[15] Notre Cour, en la personne du juge en chef Drapeau, a traité du principe de la chose jugée dans *McNichol c. Compagnie d'Assurance Générale Co-operators*, 2006 NBCA 54, 298 R.N.-B. (2^e) 44 :

Il est connu en droit que le principe de la chose jugée, qui repose sur une volonté de justice et dont l'application peut requérir l'exercice raisonné d'un pouvoir discrétionnaire, n'écarte pas la compétence de la cour. Le principe offre aux parties un moyen de défense que la cour peut accueillir ou non dans l'exercice de sa compétence de se saisir de l'action : (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Côté c. Desjardins* (2000), 232 R.N.-B. (2^e) 343 (C.A.), par. 13 et 14, la juge Larlee; *Ganong Bros., Limited c. Directeur exécutif de*

l'évaluation, 2004 NBCA 46, 271 R.N.-B. (2^e) 43, par. 44 à 47, le juge Robertson; *Hoque c. Montreal Trust Co. et al.* (1997), 162 N.S.R. (2d) 321 (C.A.), par. 37 et 64, le juge Cromwell; *Desrosiers c. Banque Nationale du Canada* (1998), 201 R.N.-B. (2^e) 103 (C.A.); *Cayouette et al. c. Co-operators General Insurance Co.* (2000), 227 R.N.-B. (2^e) 283 (C.A.)). De toute évidence, la règle 23.01(2)a n'est ici d'aucun secours à Co-operators. [Par. 23]

[16] La compagnie appelante soutient que le juge saisi de la *première* requête [TRADUCTION] « s'est bel et bien arrêté à l'aspect concassage [de ses] activités [...], et a rendu une décision définitive sur ce point ». L'intimée répond que la question n'a pas été directement examinée et qu'elle pouvait, de ce fait, faire l'objet d'une nouvelle procédure.

[17] Pour sa part, le juge saisi de la *seconde* requête s'est penché sur l'exception de la chose jugée et il est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Il ne fait aucun doute que ces deux questions [celle du droit, suivant un usage non conforme, d'user du bien comme d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, et celle de l'interruption d'usage], telles qu'elles se sont présentées à mon confrère le juge Dionne, sont choses jugées. Il faut admettre, cependant, qu'il n'a pas été saisi directement de la question de savoir si l'usage non conforme autorisé permettait le concassage de pierres.

Il est certain que l'arrêté de 2006 pris par la Ville visait essentiellement cette activité. La requête de 2008, par la réparation demandée et par la preuve présentée, glissait sur la question. Quoi qu'il en soit, [Carson Construction] avait uniquement à montrer qu'elle n'affectait le bien à rien d'autre qu'aux usages de cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, d'établissement d'entretien et de réparation ou de bureau, pour établir qu'elle avait le droit, sur le fondement d'un usage non conforme, de s'en servir ainsi. Elle l'a montré.

Il incombait à la Ville de montrer une interruption de l'usage non conforme que la compagnie s'était acquis. Elle ne l'a pas montré.

Encore une fois, la présente requête est défectueuse. Une ordonnance qui enjoindrait à la compagnie de ne pas faire usage du bien comme d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction se heurte nettement à l'autorité de la chose jugée; cette demande est rejetée. De même, la demande de réparation accessoire – demande d'enlèvement de matériel, qu'il soit associé à une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, au concassage de pierres ou au granulat – se heurte elle aussi à l'autorité de la chose jugée, puisque la question ressortit directement à la décision antérieure. Cette demande de mesure réparatoire est donc également rejetée.

Il me reste à trancher la question qui se posait à l'origine : l'usage non conforme que fait la compagnie lui permet-il le concassage de pierres sur le bien?

Comme je l'ai indiqué oralement à l'audience, je conclus que la décision antérieure ne préclut pas l'examen de cette question par application du principe de la chose jugée.
[Par. 12 à 17]

[18] De toute évidence, les parties aux deux requêtes étaient les mêmes. Il est clair, en outre, que la décision du juge saisi de la première requête était définitive. Seule demeure la question de savoir si la décision du premier juge sur le droit de l'appelante à un usage non conforme lui reconnaissait aussi le droit de pratiquer le concassage de pierres. Le juge saisi de la seconde requête a conclu que non, et je suis d'accord.

[19] La première requête visait à empêcher l'appelante d'affecter son bien aux usages suivants :

1. cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction;
2. établissement d'entretien et de réparation;
3. bureau.

Il n'était pas fait mention de concassage. Certes, l'intimée demandait aussi l'enlèvement de [TRADUCTION] « la totalité du matériel de construction », dont un [TRADUCTION] « concasseur ». L'inclusion d'un concasseur dans le matériel dont l'intimée demandait l'enlèvement n'équivaut pas à l'inclusion du concassage dans la liste des *activités* dont elle demandait l'interdiction. Je suis d'avis de rejeter le moyen d'appel fondé sur l'autorité de la chose jugée.

[20] En rejetant ainsi ce moyen, je tiens compte de la décision de notre Cour dans l'affaire *Comeau et al. c. Breau et al.* (1994), 145 R.N.-B. (2^e) 329, [1994] A.N.-B. n^o 74 (QL) (le juge Ryan s'exprimant au nom de la Cour), bien que ni l'une ni l'autre partie ne l'ait citée. Le passage suivant contient les observations pertinentes concernant le principe en question :

Dans leur ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada* (Toronto et Vancouver : Butterworths, 1993), les auteurs Sopinka, Lederman et Bryant proposent deux raisons expliquant pourquoi la préclusion du fait de la chose jugée est fondée sur les principes généraux de l'ordre public. La première est que l'État a intérêt à ce qu'un litige ait une fin. La deuxième est qu'aucune personne ne devrait être poursuivie plus d'une fois au regard d'une même affaire. À la page 989, les auteurs font état de leur évaluation de la règle de la préclusion du fait de la chose jugée, règle de common law qui, disent-ils, est une règle de procédure et non pas une règle de fond :

Aucun tribunal n'instruira une poursuite ou un litige dans lequel la question directement et essentiellement en litige a déjà été directement et essentiellement en litige dans une poursuite antérieure opposant les mêmes parties, ou des parties au nom desquelles elles, ou l'une quelconque d'entre elles, font valoir une prétention, sous le même intitulé, devant un tribunal compétent pour instruire cette poursuite ultérieure ou la poursuite dans laquelle cette question a subséquemment été soulevée, et que ce tribunal a entendue et définitivement tranchée.

Dans l'arrêt *Re Bullen* (1971), 21 D.L.R. (3d) 628 (C.S.C.-B.), à la page 631, le juge Aikins, qui citait un extrait de l'ouvrage de G. Spencer-Bower et A. Turner, intitulé *The Doctrine of Res Judicata* (2^e éd.) (London : Butterworths, 1969), aux pages 18 et 19, a exposé les éléments essentiels de la préclusion du fait de la chose jugée. Ils consistent, en résumé, dans une décision judiciaire définitive prononcée par un tribunal compétent et dans laquelle la cause d'action ou les questions en litige ainsi que les parties et toute personne faisant valoir une prétention en leur nom ou habilitée, par leur intermédiaire, à exercer un droit quelconque ont été identifiées.

LA PRÉCLUSION LIÉE À LA CAUSE D'ACTION ET LA PRÉCLUSION LIÉE À UNE QUESTION EN LITIGE

Lorsque la préclusion liée à la cause d'action est soulevée, on doit invoquer une cause d'action complètement différente pour se soustraire à l'application de cette règle. En d'autres termes, les faits sur lesquels le tribunal s'est appuyé pour tenir les Breau responsables envers Comeau de la reprise fautive de l'entreprise de restauration étaient-ils essentiellement les mêmes que les faits en litige dans la deuxième poursuite que l'on a voulu intenter? La réponse est « oui ». Les faits constitutifs de la cause d'action en l'espèce restent les mêmes, que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité délictuelle et ce, même s'il est fort possible que le redressement soit différent.

La préclusion liée à une question en litige, quant à elle, s'applique habituellement lorsqu'on interdit aux parties de remettre en question des points précis qui ont déjà été décidés entre elles. Dans *The Law of Evidence in Canada*, les auteurs donnent comme exemple, à la page 1003, l'arrêt *Beeches Workingmen's Club and Institute Trustees c. Scott*, [1969] 2 All E.R. 420 (C.A.). Dans cette affaire, un employé s'était approprié des biens à tort. Une plainte avait été déposée en vertu d'une loi et l'employé avait été acquitté. L'employeur avait ensuite intenté une poursuite en remboursement devant la cour de comté. Le maître des rôles Denning a statué qu'il n'y avait pas préclusion liée à une question en litige. La question dont le magistrat avait été saisi était celle de savoir si l'employé avait contrevenu à la

loi, alors que celle dont la cour de comté était saisie était celle de la responsabilité aux termes d'un contrat de travail.

Les éléments qui distinguent, d'une part, la préclusion liée à la cause d'action, laquelle empêche une personne d'intenter une action à une autre personne lorsque la même cause d'action a déjà été décidée dans une instance antérieure, et, d'autre part, la préclusion liée à une question en litige, sont davantage expliqués dans les motifs du jugement du juge Dickson, dans l'arrêt *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, à la page 254. Voir aussi *Oley and Moffatt c. Fredericton (City)* (1984), 57 R.N.-B. (2^e) 361, à la page 367.

[21] Dans cette même affaire, le juge Rice a rédigé une opinion concordante qui mérite aussi d'être citée ici :

Le principe de la préclusion du fait de la chose jugée tire son origine des principes reconnus en equity. Les défendeurs ne devraient pas faire l'objet de poursuites multiples se rapportant à la même cause d'action. Ce qu'a dit lord Wigram dans l'arrêt *Henderson c. Henderson* (1843), 3 Hare 100, à la page 115; 67 E.R. 313, à la page 319, est toujours valable aujourd'hui en ce qui concerne la formulation de ce principe et son application aux circonstances du présent appel.

[...] si un point donné devient litigieux et qu'un tribunal compétent le juge, on exige des parties qu'elles soumettent toute leur cause et, sauf dans des circonstances spéciales, on n'autorisera pas ces parties à rouvrir le débat sur un point qui aurait pu être soulevé lors du litige, mais qui ne l'a pas été pour l'unique raison qu'elles ont omis de soumettre une partie de leur cause, par négligence, inadvertance ou même par accident. Le plaidoyer de la chose jugée porte, sauf dans des cas spéciaux, non seulement sur les points sur lesquels les parties ont en fait demandé au tribunal d'exprimer une opinion et de prononcer jugement, mais sur tout point qui faisait objectivement partie du litige et que les parties auraient pu soulever à l'époque, si elles avaient fait preuve de diligence.

[22] Dans l'affaire *Comeau*, l'intimé a obtenu gain de cause dans la poursuite qu'il avait intentée pour rupture de contrat, et a ensuite introduit une deuxième poursuite, fondée sur la responsabilité délictuelle, qui se rapportait aux mêmes faits, dans le but de recouvrer d'autres dommages-intérêts. Cette deuxième poursuite n'a pas été autorisée. Les circonstances de la présente affaire sont nettement différentes. Dans sa première requête, l'intimée a employé le moyen juridique convenable pour obtenir le redressement qu'elle demandait, c'est-à-dire que l'appelante soit empêchée d'utiliser la propriété en cause comme cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction.

[23] Dans la deuxième requête de l'intimée, la nouvelle tentative faite pour fermer complètement l'exploitation en question était clairement chose jugée, la Cour ayant déjà statué sur cette cause d'action. L'autre élément de la deuxième requête, toutefois, visait directement à faire cesser une certaine activité pratiquée sur les lieux, celle du concassage de pierres. Je ne suis pas prêt à dire que parce que sa première requête portait sur la question générale de l'exploitation d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, il était à tout jamais interdit à l'intimée de faire trancher la question restreinte du concassage de pierres. Cette conclusion autoriserait l'appelante à continuer de pratiquer une activité qu'elle n'avait pas légalement le droit d'entreprendre. Il ne s'agit pas ici d'un incident isolé qui se serait produit dans un passé lointain, mais plutôt de la violation répétée d'un arrêté de zonage municipal qui préoccupait légitimement tant la municipalité intimée que les propriétaires des biens avoisinants.

B. *Usage non conforme légal, et usage faisant partie intégrante d'un usage non conforme légal ou accessoire à cet usage*

[24] Je compte examiner ensemble ces deux derniers moyens d'appel. Le juge saisi de la seconde requête et les parties au présent appel se sont appuyés sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Saint-Romuald (Ville) c. Olivier*, 2001 CSC 57, [2001] 2 R.C.S. 898. Le juge Binnie, de la Cour suprême, y a indiqué ce qui suit :

À mon avis, tant le degré de proximité que les effets sur le voisinage ont un rôle à jouer dans le règlement équitable de ce genre d'affaire. Chacun de ces éléments contribue à ce que le juge Gonthier appelle l'expectative réelle et naturelle du propriétaire foncier. L'objectif de notre Cour consiste à maintenir un équilibre équitable entre l'intérêt du propriétaire foncier et celui de la collectivité. Le propriétaire foncier va trop loin si (i) on peut dire que l'étendue ou l'intensité de l'activité entraîne un changement dans le type d'usage, comme je l'ai déjà mentionné, si (ii) le tribunal considère que l'ajout de nouvelles activités ou la modification des anciennes activités, même à l'intérieur des limites de l'usage général du terrain, s'éloigne trop des activités antérieures pour avoir droit à la protection, ou si (iii) on peut démontrer que les activités nouvelles ou modifiées créent des problèmes supplémentaires démesurés ou une aggravation excessive des problèmes existants pour la municipalité, les autorités locales ou les voisins, comparativement aux activités antérieures. Ces facteurs sont soupesés les uns par rapport aux autres. Ainsi, l'ajout d'une activité de modelage de panneaux de tôle à un atelier de réparation d'automobiles dans un quartier résidentiel sera probablement considéré (malgré le lien commercial logique) comme un nouveau type d'usage, tandis qu'une épicerie locale dérogatoire qui ajoute un télécopieur inoffensif – une activité manifestement non liée à la vente de provisions – aura vraisemblablement gain de cause (à supposer que quelqu'un souhaite contester cette activité) en qualifiant son entreprise antérieure de « dépanneur » plutôt que d'« épicerie ». [Par. 34]

[25] Après avoir soupesé la preuve dont il disposait, le juge saisi de la seconde requête a conclu que le concassage de pierres ne constituait pas [TRADUCTION] « une intensification d'une activité préexistante ». Il est aussi arrivé à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « [Le concassage est] trop éloigné des activités antérieures protégées au titre d'un usage non conforme légal; en d'autres termes, il ne saurait entrer dans quelque définition équitable que ce soit de l'usage préexistant » (par. 50 et 56). Je dois respectueusement indiquer que l'appelante ne m'a pas persuadé que la décision du juge présente une erreur justifiant son infirmation. Vu la preuve produite, il m'apparaît que les conclusions du juge saisi de la requête étaient raisonnables et je suis d'avis de ne pas

intervenir. Il ne m'est nécessaire ni de reproduire ici son analyse, ni d'emprunter le parcours qu'il a suivi pour arriver à la même destination. En conséquence, je suis d'avis de rejeter les deux moyens d'appel restants.

C. *La question des dépens*

[26] L'avocat de l'intimée, auteure d'un appel reconventionnel en l'instance, a admis qu'appeler des dépens devant notre Cour était, pour reprendre l'expression qu'il a employée, une « entreprise hasardeuse ». Il est connu que notre Cour fait montre d'une déférence considérable en matière de dépens, mais cette déférence n'est pas absolue. Deux arrêts récents traitent de la question. Dans *Townsend-Grant c. Grant*, 2011 NBCA 12, 369 R.N.-B. (2^e) 202, le juge d'appel Bell a indiqué ce qui suit :

Un très large pouvoir discrétionnaire est accordé au juge du procès dans l'évaluation des dépens. On ne devrait pas intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, à moins qu'il ne soit manifestement erroné : voir *Hôpital régional de Saint-Jean c. Comeau*, 2001 NBCA 113, 244 R.N.-B. (2^e) 201, et *M^{me} P.H. c. M. P.H.*, 2008 NBCA 17, 328 R.N.-B. (2^e) 245. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, le juge LeBel a affirmé :

Le pouvoir d'adjudication de dépens demeure discrétionnaire, mais c'est un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé de façon [judiciaire] et il faut donc suivre les règles ordinaires relatives à cette question à moins que les circonstances ne justifient une approche différente. [Par. 22]

Il est élémentaire que les dépens suivent normalement l'issue de la cause. Si le juge du procès décide de s'écarter de cette règle, il est tenu de justifier cet écart : *Dupuis c. City of Moncton*, 2005 NBCA 47, 284 R.N.-B. (2^e) 97, par. 40. Dans son ouvrage, *The Law of Costs* (Toronto : Canada Law Book Ltd., 1965), Orkin affirme :

[TRADUCTION]

Les principes fondamentaux des dépens entre parties veulent qu'ils soient accordés par la Cour pour

indemniser la personne qui y a droit; ils ne sont pas imposés comme punition à la personne qui doit les payer. Les dépens entre parties sont, en pratique, des dommages-intérêts accordés au plaideur qui a gain de cause comme dédommagement des frais qu'il lui a fallu engager par suite du litige. [P. 14]

Évidemment, les observations d'Orkin ont été amplifiées dans la règle 59.02 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick. En fixant le montant des dépens en vertu de cette règle, le juge du procès peut considérer, en plus du fait qu'une partie a eu gain de cause ou non, le montant de la poursuite et celui qui a été recouvré, le degré de complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, toute conduite d'une partie qui tend à prolonger la durée de l'instance ainsi que toute conduite injustifiée ou vexatoire. [Par. 14 à 16]

[27] Le second arrêt auquel je me reporte est *Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, [2011] A.N.-B. n° 153 (QL). Le juge Robertson y a écrit ce qui suit :

Il n'est besoin de rappeler à personne le principe de déférence envers les ordonnances de dépens. L'intervention d'une instance d'appel n'est pas justifiée, à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur de principe ou fixé des dépens si élevés ou si faibles qu'il y a erreur manifeste. En matière de déférence, ou de retenue, on pourra se reporter à *Becker et al. c. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 R.N.-B. (2^e) 542, [1981] A.N.-B. n° 198 (C.A.) (QL), *Boyle c. Atherton, Atherton's Estate and Eureka Holdings* (1983), 51 R.N.-B. (2^e) 151, [1983] A.N.-B. n° 345 (C.A.) (QL), *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) c. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Company and Frechette* (1987), 91 R.N.-B. (2^e) 189, [1987] A.N.-B. n° 1019 (C.A.) (QL), *Proenca c. Squire's Home Improvements & Total Renovations Ltd. et al.*, 2001 NBCA 45, 252 R.N.-B. (2^e) 274, *Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.*, 2001 NBCA 113, 244 R.N.-B. (2^e) 201, *Moffett (Stephen) Ltd. c. New Brunswick (Minister of Transportation)*, 2008 NBCA 9, 326 R.N.-B. (2^e) 242 et *Grant c. Townsend-Grant*, 2011 NBCA 12, [2011] A.N.-B. n° 33 (QL). [Par. 115.]

[28] Le juge saisi de la requête a choisi de s'écarter du principe selon lequel les dépens suivent l'issue de l'instance, et il a accordé des dépens à la partie perdante. Dans ses motifs, il a expliqué son raisonnement comme suit :

[TRADUCTION]

La question des dépens de la présente requête m'a posé problème. Je suis d'avis que la Ville aurait dû saisir directement la Cour, dès sa première requête, de la question de l'usage du bien pour le concassage de pierres. Vu l'arrêté de « suspension » du 9 juin 2006, cet usage était manifestement la question en litige essentielle. La Ville n'en a pas moins demandé à la Cour d'ordonner à la compagnie de cesser d'user du bien comme d'une cour d'entreposage de matériaux et d'équipement de construction, d'un établissement d'entretien et de réparation et d'un bureau.

J'estime que la Cour a eu raison de rejeter cette demande, après avoir reconnu le droit de la compagnie à l'usage non conforme que la Ville contestait.

La Ville, donc, a dû présenter une seconde requête et rien ne me paraît excuser qu'elle ait été nécessaire. Procéder ainsi a entraîné des frais inutiles, en plus de demander sans raison un temps considérable aux parties, aux autres intéressés et à la Cour.

Je tiens la présente cause pour une exception à la règle générale voulant que les dépens suivent l'issue de l'instance et j'ai décidé qu'il y avait lieu de condamner la Ville aux dépens de la présente requête, même s'il apparaît qu'elle a eu gain de cause.

[...]

L'intimée obtient de la requérante des dépens que je fixe à 5 000 \$. [Par. 60 à 65]

[29] À mon sens, le juge saisi de la requête s'est montré tout à fait raisonnable lorsqu'il a décidé que les circonstances de l'espèce justifiaient d'aborder différemment l'octroi de dépens. Il a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire, et justifié

sa décision par des motifs clairs et concis. Je suis d'avis de faire montre de déférence envers sa décision et de ne pas intervenir.

V. Dispositif

[30] Pour les motifs exposés précédemment, je suis d'avis de rejeter tant l'appel que l'appel reconventionnel. N'eût été l'appel reconventionnel, j'aurais accordé à l'intimée des dépens de 2 500 \$. Vu l'échec de l'intimée à cet égard, je suis d'avis de ramener les dépens d'appel à 1 500 \$.