COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

39-17-CA

THE TORONTO-DOMINION BANK

APPELLANT

- and -

ANDAL HOLDINGS (MONCTON) LTD.

RESPONDENT

The Toronto-Dominion Bank v. Andal Holdings (Moncton) Ltd., 2018 NBCA 68

CORAM:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
April 13, 2017

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 11, 2018

Judgment rendered:
October 25, 2018

Counsel at hearing:

For the appellant:
Richard J. Scott, Q.C. and
Michelle Awad, Q.C.

For the respondent:
Eugene J. Mockler, Q.C.

LA BANQUE TORONTO-DOMINION

APPELANTE

- et -

ANDAL HOLDINGS (MONCTON) LTD.

INTIMÉE

La Banque Toronto-Dominion c. Andal Holdings (Moncton) Ltd., 2018 NBCA 68

CORAM :
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
13 avril 2017

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 11 avril 2018

Jugement rendu :
le 25 octobre 2018

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Richard J. Scott, c.r. et
Michelle Awad, c.r.

Pour l'intimée :
Eugene J. Mockler, c.r.

THE COURT

The appeal is allowed with costs of $2,500.

LA COUR

L’appel est accueilli avec dépens de 2 500 $.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] The Toronto-Dominion Bank ("TD") appeals, with leave, an interlocutory order of a motion judge in which he ordered that no further steps be taken until Jobe Financial Management Inc ("Jobe") has been added as a defendant to TD's action against Andal Holdings (Moncton) Ltd. ("Andal"). In our opinion, the motion judge erred in effectively staying proceedings and not deciding the motions that were before him.

II. Background

[2] In December 1996, Andal purchased a commercial property in Moncton. At the time, TD occupied the ground floor of the building under a lease originally executed between TD and Central Guaranty Mortgage Corporation, a predecessor to Andal. In 2010, the lease was amended to include office space on the eighth floor. TD claims the lease prevents Andal from renting space in the building to its competitors. Clause 39 provides:

> 39. The Tenant and the Landlord acknowledge that no other deposit taking or loaning institution nor any other organization including, without limitation, insurance, investment, trust companies or credit unions making loans or selling retirement savings plans or income savings plans or pursuant to the *Income Tax Act* will be allowed to purchase, lease or occupy space within the Building or any future expansion thereof or any adjoining lands under the term management and/or control of the landlord during the term of the Lease or any renewals thereof. This provision will also apply to Automated Banking Machines and signage.

[3] In 2015, Andal and Jobe signed a lease for space on the eighth floor of the building. TD claimed that, by renting space to Jobe, Andal is in breach of Clause 39 of the lease, on the basis Jobe is involved in a competing financial business. In response, Andal maintains Clause 39 does not constitute a restrictive covenant and, even if it were, it contends TD waived the covenant on prior occasions with respect to other tenants, and it is therefore estopped from asserting rights pursuant to it. When attempts to negotiate a resolution failed, TD brought an action against Andal claiming:

a) a temporary injunction restraining and prohibiting Andal from continuing to breach the terms of the lease;
b) a permanent injunction restraining Andal's breach of the lease through Andal's permitting Jobe to lease and/or occupy space in the Building;
c) special and general damages for loss of revenue, profit and all expenses incurred as a result of Andal's breach of the lease, particulars of which will be provided prior to trial;
d) an accounting of all revenue and profits received by Andal as a result of Jobe's tenancy and the continuing breach of the terms of the lease by Andal;
e) general damages for nuisance, inconvenience and interference with TD's contractual rights;
f) punitive and/or aggravated damages.

[4] In its defence, Andal contends TD's action is premature since the lease requires the parties to submit firstly to arbitration. Additionally, Andal asserts there is no cause of action set out in the Statement of Claim and the matter should be summarily dismissed. Andal also asserts the claim should be dismissed as TD failed to particularize its damages and it argues there was acquiescence by TD for several years.

[5] In July 2016, TD filed a motion seeking an interlocutory injunction (pursuant to Rule 40.01(b), Rule 40.05, and s. 33 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2) requiring Andal to comply with Clause 39 of the lease and "terminate the rights" it granted to Jobe to lease and/or occupy space in the building. Jobe was served with a copy

of the motion as a "person who may be affected by the order sought" (pursuant to Rule 37.04(4)).

[6] In November 2016, Andal filed a motion pursuant to Rule 5.02(2) requesting that both TD's action and its motion be dismissed on the basis that all necessary parties had not been brought before the court. In the alternative, Andal claimed relief pursuant to s. 7 of the *Arbitration Act*, R.S.N.B. 2014, c. 100, submitting the motion should be stayed until the parties exercised their rights pursuant to the arbitration clause in the lease. Jobe was served with the motion.

[7] In response to TD's motion, Jobe filed an affidavit in which it acknowledged it risked irreparable harm should an interlocutory injunction issue; however, it did not apply to be added as a party or as an intervenor. On October 26, 2016, counsel for Jobe served notice he was no longer representing the company, and, in March 2017, Jobe advised TD it did not intend to participate in the legal proceedings stating "[…] this is your problem to work it out with them. Good luck to finding a resolution".

[8] In April 2017, the motion judge concluded Jobe was a necessary party. However, he did not grant Andal the relief it requested; that is, he did not dismiss TD's action and motion on the basis all necessary parties had not been brought before the court. Instead, the judge declined to hear the two motions until Jobe was added as a defendant to the action and was made a respondent to the motions. The order resulting from this decision reads:

> 2. No further steps are to be taken in this proceeding until Jobe Financial Management Inc. is added as a defendant to the Action and as a respondent to the Motions.

[9] The motion judge's dialogue with counsel, leading to the order, is helpful to understanding the decision appealed:

> **The Court:** "Okay. So what I will do, I – <u>I will not dismiss TD – TD's motion,</u> okay, so the – the motion that was filed

July 20th, 2016. **What I – my – my ruling is that the Court will not entertain or deal with that motion unless and until Jobe is brought in this proceeding – procedure as a – I have to include both, as a defendant in the main action and as a respondent in the motion because it's true that it's the initial originating process that – that determines who are the – the parties [...]. So, I find that today's ruling, it's an interim ruling on – on the motion**, okay? […]"

Mr. Mockler: "Well, Your – Your Lordship, […] when the plaintiff brought his motion, we defended against that motion by requesting either the action be dismissed for failure to join all the proper parties or that it be stayed and that would include any motion which is outstanding in the action. So I […] think you ought to rule one way or the other, namely that the action be dismissed or that the action be stayed".

The Court: "I […] will do neither. […] I don't see that I'm limited to these two options".

[…]

So – So this is what I'm doing here. I'm seeing there's […] a process before the Court. […] So we're not staying and I'm not dismissing anything. **I'm just telling the – the plaintiff: 'You're missing a party'.** So – so – so the main action – just give me a second here. Notice of Action with Statement of Claim as filed on May the 26th, 2016 along with the motion again filed by the plaintiff, this time on July the 20th, 2016. It – it's close to an order for stay, but it's not a stay. **'Will be suspended', okay, 'until – unless and until Jobe is included as a defendant and respondent.'** That – that's the essence of […] my ruling".

[…]

Mr. Mockler: "I – I don't think I've heard of an action being suspended, judge, and –"

[…]

Ms. Awad: "Well, my Lord, I'm not sure we need an actual word, but what I would say is that this – the motion for the injunction, we adjourned it and it cannot be brought

> before the Court again until Jobe is made a party to the motion and a party to the proceeding. So there's no staying, dismissing, anything like that. The proceeding is, […] the next step of the proceeding will be the hearing of this motion".
>
> […]
>
> **The Court:** "And – but the – the stay sounds to be a strong word. So maybe we'll – **we'll not be allowed to proceed until and unless Jobe is – is included as a defendant** and respondent in both the main action and – and motion".
>
> [Appeal Book, Volume 1, Transcript, pp. 67-74]
>
> [Emphasis added.]

III. Grounds of Appeal

[10] TD submits the motion judge committed reversible error:

1) in holding Jobe was a necessary party;
2) in placing undue emphasis on the avoidance of multiplicity of proceedings and failing to consider Jobe's expressed intention not to participate in the proceedings;
3) in failing to consider Rules 1.03(2), 5.04(1), 5.05, 15.02, 30.01, 37.04(1), 37.04(4) and 37.06(1);
4) in granting relief which was not proportionate (Rule 1.02.1).

IV. Standard of Review

[11] The ability of an appellate court to interfere with a discretionary interlocutory order is limited. This principle was reiterated in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, per Drapeau C.J.N.B. at (para. 4), where he concluded that an order which is the product of judicial discretion may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles, or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence.

V. Analysis

[12] TD's appeal asserts the motion judge erred in finding Jobe was a necessary party as contemplated by Rule 5.02(2). TD also maintains that even if the judge did not err in this regard, neither Rule 5.02(2) nor Rule 5.04(2) provide the judge with authority to order that no further steps are to be taken in connection with its action until Jobe is added as a defendant.

[13] In our opinion, the problematic issue is not the judge's finding that Jobe is a necessary party, rather it is his decision to effectively stay proceedings until Jobe is added as a defendant to TD's action and as a respondent to TD's motion for an interim injunction.

[14] TD's submissions of error respecting the motion judge's determination that Jobe is a necessary party are unconvincing in view of the claims pleaded by TD. All acknowledge Jobe's rights will be affected should TD successfully obtain a temporary and/or permanent injunction terminating Jobe's occupancy under the lease. This is addressed directly by Jobe in an affidavit sworn October 12, 2016: "Notwithstanding this lawsuit commenced by TD against Andal, where in fact Jobe is not identified as a party per [se] but risks significantly from suffering irreparable harm and prejudice should an interlocutory or eventual permanent injunctive order be issued, Jobe maintained, and still maintains, excellent relationships with various employees at TD" (Appeal Book, p. 413, para. 18). We do not agree the judge's assessment of this issue reflects error.

[15] However, it is our view the judge's decision to suspend or effectively stay the proceedings "unless and until" Jobe is added as a defendant must be set aside. The decision must be viewed and assessed in the context of the motions before the judge: TD's motion for an interim injunction and Andal's "responding" motion for an order dismissing TD's action and, in the alternative, an order staying TD's action so the dispute could be arbitrated according to the requirements of the lease.

[16] It made good sense for the judge to first address Andal's motion, as either of its requests might dispose of the need to determine TD's motion. Also, the issue of Jobe not being a party to TD's action had been previously raised by the judge. Rule 5.02(2) is the basis for Andal's claim that TD's action should be dismissed for failing to join Jobe. The Rule provides:

5.02 Required Joinder of Necessary Parties	**5.02 Jonction obligatoire des parties essentielles**
(2) Everyone whose presence is necessary to enable the court to adjudicate effectively and completely the matter before it, **must** be joined as a party. [Emphasis added]	(2) Tous ceux dont la participation est nécessaire à la solution effective et complète de l'affaire par la cour **doivent** être joints comme parties. [les caractères gras sont de moi.]

[17] Having accepted Andal's submission that Jobe is a necessary party to TD's action, based principally on TD's claim for a permanent injunction, the motion judge focused on the appropriate next step or order.

[18] The judge expressly denied Andal's request for an order dismissing TD's action, at least at that time. It is noteworthy that Andal's motion requests an order dismissing TD's action in its entirety, not merely TD's claim for a permanent injunction, which is the only claim that could affect Jobe. It is difficult to appreciate the basis upon which the motion judge could grant such a request and thereby dismiss or strike claims that are advanced against and only affect Andal. For obvious reasons, there is no suggestion TD's claim for damages could have any effect on Jobe, unlike its claim for a permanent injunction which seeks to put Jobe out of the leased premises. While TD does advance a vague claim of damages for "interference with TD's contractual rights", it would appear this is a claim against Andal, the only defendant to its action. There is no claim against Jobe for tortious interference with contractual relations. In sum, even if the relief sought in Andal's motion were appropriate, it could only extend to TD's claim for a permanent injunction.

[19] Significantly, neither of the motions before the judge requested leave to add Jobe as a party pursuant to Rule 5.04(2). Clearly, Andal was not seeking to have Jobe added as a party; it pressed the judge to dismiss TD's action based on the fact Jobe was not a party. TD did not seek to add Jobe; it maintained before the motion judge that Jobe was not a necessary party to its action against Andal, as it did on appeal. TD also maintained that, by giving Jobe notice of its motion for an interim injunction, it had done all that was necessary under Rule 37 to recognize the fact that it was seeking an interim order which could affect a non-party.

[20] Before going further, we would point out what we expect has been obvious from the beginning: the main issues before the motion judge, and on appeal, derive from TD's position that (1) it is not necessary for Jobe to be joined as a defendant to its action claiming a permanent injunction and (2) the fact that Jobe is not a party to the action does not preclude or impair its entitlement to the interim injunction sought in its motion.

[21] The process under the *Rules* for leave to add a party begins with Rule 5.04. It provides as follows:

5.04 Misjoinder, Non-Joinder and Parties Named Incorrectly	**5.04 Fausse jonction, omission de joindre une partie et identification incorrecte des parties**
(2) At any stage of a proceeding the court may grant leave to add, delete or substitute a party or to correct the name of a party and such leave shall be given, on such terms as may be just, unless prejudice will result which cannot be compensated for by costs or an adjournment.	(2) La cour peut, au cours d'une instance, donner la permission d'ajouter, de soustraire, de substituer une partie ou de corriger le nom d'une partie. Cette permission doit être accordée, aux conditions qu'elle estime justes, à moins qu'il n'en résulte un préjudice qui ne saurait être compensé par l'attribution de dépens ou par un ajournement.

[22] As was noted by Ryan J.A. in *Mann, Knowles and Matheson v. Englehart, Mann's Estate and Central Trust Company* (1986), 76 N.B.R. (2d) 121, [1986] N.B.J. No. 160 (QL); "[t]here is no provision in the *Rules* for a judge of the Court of Queen's

Bench to add a party on his own motion although the previous *Rules* provided […] that 'the Court or a Judge may, at any stage of the proceedings, either upon or without the application of either party [...] order [...] that the names of any parties [...] be added'" (para. 8). He concluded the trial judge circumvented Rule 5.04(4), and he improperly balanced s. 26(9) of the *Judicature Act* against the rights of the intended defendant in that case. This disposition did not require Ryan J.A. to address the court's ability to add a party either under its inherent jurisdiction or under other Rules (see also *Murchison et al. v. Ruff*, 2007 NBCA 1, [2007] N.B.R. (2d) 349, where the Court, per Turnbull J.A., concluded the trial judge erred in not following the procedure laid out in Rule 5.04). That is an observation which is also applicable to the case before us.

[23] In the absence of a motion for leave to add Jobe as a party, pursuant to Rule 5.04, Jobe would not have notice such an order was being sought. This is not to suggest Jobe did not have an opportunity to participate in the issues before the motion judge. As mentioned earlier, Jobe had been served with TD's motion for an interim injunction and Andal's motion to dismiss TD's action, and Jobe appeared before the motion judge early in the proceedings. Subsequently, its counsel advised it did not intend to participate further.

[24] In the end, the motion judge decided not to continue with the hearing of either motion until Jobe is added as a party. He did not order that Jobe be added as a party; he ordered that "no further steps are to be taken" until Jobe is added as a defendant. TD maintains that the motion judge did not have the authority to indefinitely suspend or effectively stay all proceedings until Jobe is added. We agree.

[25] This said, it is not difficult to appreciate what the motion judge was attempting to achieve after he formed the opinion that Jobe is a necessary party. Jobe's status as a party to TD's action for a permanent injunction is an important issue in view of the two motions before him. Indeed, if Jobe is not a party to TD's action, it is difficult to see how that fact would not, at a minimum, weigh against or, more significantly, preclude entirely the granting of TD's motion for an interim injunction. TD has not

produced any authority or compelling argument supporting the granting of an interim injunction affecting a non-party in circumstances where a permanent injunction is unlikely because one of the affected parties has not been joined in the action.

[26] Had the judge adjourned the two motions for a period of time to allow the parties to consider their positions as a consequence of his accepting Andal's assertion that Jobe is a necessary party to TD's action, such case management would be beyond question on appeal. Had he done so, and if TD had subsequently sought to add Jobe as a party, the motion judge would have resumed the hearing of the motions and, presumably, he would have adjudicated, under these new circumstances, Andal's claim that the dispute be determined by arbitration and TD's motion for an interim injunction. Conversely, if by the time the hearing of the motions resumed the circumstances had not changed, the judge would have determined the motions on that basis.

[27] However, that was not the path taken and it is our view that, in effectively ordering an indefinite stay of all proceedings unless and until Jobe is added as a party, the motion judge exceeded his authority. He did not identify any authority for such an order and none is obvious to us. Had it been the judge's intention to add Jobe as a party, he should not have sought to force that result indirectly, he should have addressed the issue directly and according to the *Rules*.

[28] We would briefly address Andal's alternative request that the dispute with TD be arbitrated. Once it was determined that TD's action, its entire claim, would not be dismissed, as Andal had requested, there does not appear from the record to be any reason why Andal's alternative request could not have been addressed straight away.

[29] It is our view the hearing of the motions currently before the judge must be resumed and determined, along with any amendments or other motions that may be made.

VI. Disposition

[30] The appeal is allowed with costs of $2,500 and the matter is remitted to the motion judge for appropriate adjudication of the issues raised in the motions.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

I. Introduction

[1] La Banque Toronto-Dominion (« TD ») interjette appel, avec l'autorisation de la Cour, de l'ordonnance interlocutoire rendue par un juge saisi de différentes motions dans laquelle celui-ci a ordonné qu'aucune nouvelle démarche ne soit entreprise jusqu'à ce que Jobe Financial Management Inc. (« Jobe ») ait été ajoutée comme partie défenderesse à l'action que TD a engagée contre Andal Holdings (Moncton) Ltd. (« Andal »). Nous sommes d'avis que le juge saisi des motions a commis une erreur en suspendant, effectivement, l'instance et en ne tranchant pas les motions dont il était saisi.

II. Contexte

[2] En décembre 1996, Andal a acheté un bien commercial à Moncton. À l'époque, TD occupait le rez-de-chaussée de l'immeuble aux termes d'un bail initialement intervenu entre TD et Central Guaranty Mortgage Corporation, prédécesseure d'Andal. En 2010, le bail a été modifié afin d'y ajouter la location de locaux à bureaux au huitième étage. TD prétend que le bail interdit à Andal de louer à ses concurrents des locaux sis dans l'immeuble. La clause 39 est ainsi rédigée :

> [TRADUCTION]
> 39. La locataire et la locatrice conviennent qu'aucun autre établissement de dépôt ou de prêt non plus qu'aucune autre organisation, savoir notamment une compagnie d'assurance, une société de placement, une société de fiducie ou une caisse populaire accordant des prêts ou vendant des régimes d'épargne-retraite ou des régimes d'épargne au sens défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sera autorisé à acheter, louer ou occuper des locaux dans le bâtiment, dans un de ses agrandissements futurs ou dans un bien-fonds attenant

> relevant de la gestion ou du contrôle de la locatrice pendant la durée du bail ou de ses prolongations. Cette disposition s'applique également aux guichets automatiques bancaires et à la signalisation les concernant.

[3] En 2015, Andal et Jobe ont signé un bail prévoyant la location de locaux au huitième étage de l'immeuble. TD a prétendu qu'en louant des locaux à Jobe, Andal a contrevenu à la clause 39 du bail étant donné que Jobe exploite une entreprise de planification financière concurrente. Andal rétorque que la clause 39 ne constitue pas un covenant restrictif et que même si elle en était un, TD a renoncé au covenant à différentes reprises dans le passé relativement à d'autres locataires, de sorte qu'elle est empêchée par préclusion de revendiquer des droits en application de cette clause. Après que les tentatives en vue de négocier un règlement ont échoué, TD a engagé contre Andal une action dans laquelle elle demande ce qui suit :

a) une injonction temporaire interdisant à Andal de continuer à violer les clauses du bail;
b) une injonction permanente interdisant la violation du bail dont Andal se rend coupable en permettant à Jobe de louer et d'occuper des locaux dans l'immeuble;
c) des dommages-intérêts particuliers et généraux pour perte de revenus et profits ainsi que pour la totalité des dépenses engagées par suite de la violation du bail par Andal, des précisions à cet égard devant être fournies avant le procès;
d) une reddition de compte faisant état de la totalité des revenus reçus et des profits réalisés par Andal par suite de la location des locaux par Jobe et de la violation continue des clauses du bail par Andal;
e) des dommages-intérêts généraux pour nuisance, inconvénient et atteinte aux droits d'origine contractuelle de TD;
f) des dommages-intérêts punitifs ou majorés ou les deux.

[4] Pour sa défense, Andal fait valoir que l'action de TD est prématurée puisque le bail oblige les parties à recourir d'abord à l'arbitrage. De plus, Andal prétend qu'aucune cause d'action n'est énoncée dans l'exposé de la demande et que l'instance doit être rejetée sommairement. Elle fait également valoir que la demande devrait être rejetée parce que TD a omis de préciser ou de détailler ses dommages et elle prétend qu'il y a eu acquiescement de la part de TD pendant plusieurs années.

[5] En juillet 2016, TD a déposé une motion dans laquelle elle sollicitait une injonction interlocutoire (en vertu des règles 40.01b) et 40.05 et de l'art. 33 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2) enjoignant à Andal de se conformer à la clause 39 du bail et de [TRADUCTION] « mettre fin au droit » qu'elle a accordé à Job de louer et d'occuper des locaux dans l'immeuble. Jobe a reçu signification d'une copie de la motion à titre de « personne [...] qui pourrait être concernée par l'ordonnance sollicitée » (conformément à la règle 37.04(4)).

[6] En novembre 2016, Andal a déposé, en vertu de la règle 5.02(2), une motion dans laquelle elle demandait le rejet de l'action et de la motion de TD pour le motif que les parties essentielles n'avaient pas toutes été convoquées devant la Cour. Subsidiairement, Andal a sollicité la mesure réparatoire prévue à l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*, L.R.N.-B. 2014, ch. 100, en faisant valoir que la motion devrait être suspendue jusqu'à ce que les parties exercent leurs droits conformément à la clause d'arbitrage énoncée dans le bail. Jobe a reçu signification de la motion.

[7] En réponse à la motion de TD, Jobe a déposé un affidavit dans lequel elle reconnaissait qu'elle risquait de subir un préjudice irréparable pour le cas où une injonction interlocutoire serait délivrée; elle n'a pas, toutefois, demandé d'être ajoutée comme partie ou comme intervenante. Le 26 octobre 2016, l'avocat de Jobe a donné signification d'un avis portant qu'il ne représentait plus la compagnie et, en mars 2017, Jobe a informé TD qu'elle n'avait pas l'intention de prendre part à l'instance judiciaire et ajoutait : [TRADUCTION] « [C]'est à vous de régler votre problème avec eux. Bonne chance dans la recherche d'un règlement ».

[8] En avril 2017, le juge saisi des motions a conclu que Jobe était une partie essentielle. Toutefois, il n'a pas accordé à Andal la mesure réparatoire qu'elle demandait, c'est-à-dire qu'il n'a pas rejeté l'action et la motion de TD pour le motif que les parties essentielles n'avaient pas toutes été convoquées devant la Cour. Le juge a plutôt refusé d'entendre les deux motions jusqu'à ce que Jobe soit ajoutée comme partie défenderesse à l'action et comme intimée dans les motions. L'ordonnance qui a résulté de cette décision est ainsi rédigée :

> [TRADUCTION]
> 2. Aucune autre démarche ne devra être entreprise dans le cadre de la présente instance tant que la Jobe Financial Management Inc. n'aura pas été jointe comme partie défenderesse à l'action et comme intimée dans les motions.

[9] Le dialogue qu'a eu le juge saisi des motions avec les avocats, à l'issue duquel l'ordonnance a été rendue, est utile pour mieux comprendre la décision qui fait l'objet de l'appel :

> **[TRADUCTION]**
> **La Cour :** D'accord. Donc, ce que je vais faire, je – je ne rejetterai pas la motion de TD – de TD, d'accord, de sorte que – la motion qui a été déposée le 20 juillet 2016. **Ce que je – ma décision – j'ai décidé que la Cour n'entendra ni ne tranchera cette motion à moins que et jusqu'à ce que Jobe soit jointe à l'instance – à la procédure comme – je dois l'inclure à la fois comme défenderesse dans l'action principale et comme intimée dans la motion parce qu'il est vrai que c'est l'acte introductif d'instance initial qui – qui détermine qui sont les – les parties [...]. Je conclus donc que la décision que je rends aujourd'hui, il s'agit d'une décision provisoire sur – sur la motion**, d'accord? […]
>
> **Me Mockler :** Eh bien Votre – Votre Seigneurie, […] lorsque la demanderesse a déposé sa motion, nous avons présenté une défense à l'encontre de cette motion en demandant soit que l'action soit rejetée pour défaut de joindre toutes les parties concernées soit qu'elle soit

suspendue et cela comprendrait toute motion non encore tranchée dans le cadre de l'action. De sorte que je […] pense que vous devriez rendre une décision dans un sens ou dans l'autre, c'est-à-dire ordonner que l'action soit rejetée ou que l'action soit suspendue.

La Cour : Je […] ne ferai ni l'un ni l'autre. […] Je ne vois pas en quoi je serais limité à ces deux possibilités.

[…]

Donc – Donc, voici ce que je fais en l'espèce. Je vois que […] un acte de procédure a été déposé devant la Cour. […] Donc, nous ne suspendons rien et je ne rejette rien. **Je dis simplement à la – la demanderesse : « Il vous manque une partie. »** Donc – donc, l'action principale – donnez-moi juste un instant. L'avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande qui a été déposé le 26 mai 2016 ainsi que la motion, elle aussi déposée par la demanderesse, mais cette fois le 20 juillet 2016. C'est – ça s'apparente à une ordonnance de suspension, mais ce n'est pas une suspension. **« Sera suspendue », bien, « jusqu'à – à moins que et jusqu'à ce que Jobe soit jointe comme défenderesse et comme intimée ».** C'est – c'est là, essentiellement […], ma décision.

[…]

Me Mockler : Je – je ne crois pas avoir entendu parler de la suspension d'une action, Monsieur le juge, et –

[…]

Me Awad : Bien, Votre Seigneurie, je ne suis pas certaine qu'il nous faille le mot exact, mais je dirais que cette – la motion en injonction, nous l'avons ajournée et elle ne peut être réintroduite devant la Cour tant que Jobe n'aura pas été jointe comme partie à la motion et comme partie à l'instance. Donc, il n'y a pas suspension ou rejet, rien de ce genre. L'instance est, […] l'étape suivante de l'instance sera l'audition de la motion.

[…]

La Cour : Et – mais la – la suspension semble être un mot un peu fort. De sorte que peut-être que nous – **nous ne**

> **<u>serons pas autorisés à procéder à l'instruction jusqu'à ce que et à moins que Jobe soit – soit jointe comme défenderesse</u>** et comme intimée à la fois dans l'action principale et – et dans la motion.
>
> [Cahier d'appel, volume 1, transcription, p. 67 à 74]
>
> [C'est moi qui souligne.]

III. <u>Moyens d'appel</u>

[10] TD prétend que le juge saisi des motions a commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision :

i. en concluant que Jobe était une partie essentielle;

ii. en insistant de façon exagérée sur la nécessité d'éviter la multiplicité des instances et en ne tenant pas compte de l'intention qu'avait exprimée Jobe de ne pas prendre part à l'instance;

iii. en ne prenant pas en considération les règles 1.03(2), 5.04(1), 5.05, 15.02, 30.01, 37.04(1), 37.04(4) et 37.06(1);

iv. en accordant une mesure réparatoire qui ne respectait pas la règle de la proportionnalité (règle 1.02.1).

IV. <u>Norme de contrôle</u>

[11] Le pouvoir d'une cour d'appel de modifier une ordonnance interlocutoire discrétionnaire est limité. Ce principe a été réitéré dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2e) 161, sous la plume du juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, au par. 4, où il a conclu qu'une ordonnance découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve.

V. Analyse

[12] Dans son appel, TD prétend que le juge saisi des motions a commis une erreur en concluant que Jobe était une partie essentielle au sens où l'envisage la règle 5.02(2). TD fait également valoir que même si le juge n'a pas commis d'erreur à cet égard, ni la règle 5.02(2) ni la règle 5.04(2) ne confèrent au juge le pouvoir d'ordonner qu'aucune nouvelle démarche ne soit entreprise relativement à l'action qu'elle a engagée tant que Jobe n'aura pas été ajoutée comme défenderesse.

[13] Nous sommes d'avis que la question problématique n'est pas la conclusion du juge selon laquelle Jobe est une partie essentielle, mais plutôt sa décision de suspendre, effectivement, l'instance jusqu'à ce que Jobe ait été ajoutée comme partie défenderesse à l'action de TD et comme intimée dans la motion en injonction provisoire de TD.

[14] Les prétentions de TD concernant l'erreur qu'aurait commise le juge saisi des motions en concluant que Jobe est une partie essentielle sont peu convaincantes au regard des revendications qu'elle a plaidées. Tous reconnaissent que les droits de Jobe seraient compromis pour le cas où TD réussirait à obtenir une injonction interlocutoire ou permanente mettant fin à l'occupation des locaux par Jobe aux termes du bail. Jobe évoque directement cette question dans l'affidavit qu'elle a fait sous serment le 12 octobre 2016 : [TRADUCTION] « Malgré cette poursuite que TD a engagée contre Andal, dans laquelle Jobe n'est pas en fait nommément désignée comme partie mais risque réellement de subir des dommages et un préjudice irréparables pour le cas où une injonction interlocutoire ou éventuellement permanente serait rendue, Jobe a entretenu et entretient toujours d'excellentes relations avec différents employés de TD » (cahier d'appel, p. 413, par. 18). Nous ne souscrivons pas à la prétention voulant que l'évaluation qu'a faite le juge de cette question soit erronée.

[15] Toutefois, nous sommes d'avis que la décision du juge de suspendre, effectivement, l'instance [TRADUCTION] « à moins que et jusqu'à ce que » Jobe soit

ajoutée comme partie défenderesse doit être annulée. La décision doit être examinée et évaluée dans le contexte des motions dont le juge était saisi : il y avait la motion en injonction provisoire de TD ainsi que la motion déposée « en réponse » par Andal en vue d'obtenir une ordonnance portant rejet de l'action de TD et, subsidiairement, une ordonnance portant suspension de l'action de TD afin que le litige puisse être soumis à l'arbitrage conformément aux conditions du bail.

[16] Il était logique que le juge examine en premier lieu la motion d'Andal puisque l'une ou l'autre de ses demandes était susceptible de décider de la nécessité de trancher la motion de TD. De plus, le fait que Jobe n'était pas partie à l'action de TD avait précédemment été soulevé par le juge. C'est sur la règle 5.02(2) que repose la prétention d'Andal selon laquelle l'action de TD devrait être rejetée pour défaut de joindre Jobe comme partie. Cette règle est ainsi rédigée :

5.02 Required Joinder of Necessary Parties	**5.02 Jonction obligatoire des parties essentielles**
(2) Everyone whose presence is necessary to enable the court to adjudicate effectively and completely the matter before it, **must** be joined as a party. [Emphasis added]	(2) Tous ceux dont la participation est nécessaire à la solution effective et complète de l'affaire par la cour **doivent** être joints comme parties. [Les caractères gras sont de moi.]

[17] Après avoir souscrit à la prétention d'Andal voulant que Jobe soit une partie essentielle à l'action de TD, compte tenu, principalement, de la demande de TD en vue d'obtenir une injonction permanente, le juge saisi des motions s'est penché sur l'étape qui devait suivre ou l'ordonnance qu'il y avait ensuite lieu de rendre.

[18] Le juge a expressément rejeté la demande d'Andal en vue d'obtenir une ordonnance portant rejet de l'action de TD, du moins à ce moment-là. Il est à remarquer que dans sa motion, Andal sollicite une ordonnance portant rejet de l'action de TD dans sa totalité, pas seulement de la demande de TD en vue d'obtenir une injonction permanente, laquelle est la seule demande susceptible de porter préjudice à Jobe. Il est difficile de voir sur quoi le juge saisi des motions aurait pu s'appuyer pour faire droit à

cette demande et ce faisant, rejeter ou radier les prétentions qui sont formulées contre Andal et qui ne touchent que cette dernière. Pour des raisons évidentes, nul ne laisse entendre que la demande de TD en dommages-intérêts pourrait avoir une incidence sur Jobe, contrairement à sa demande en injonction permanente laquelle vise à faire expulser Jobe des locaux loués. Bien que TD formule une vague demande en dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « atteinte aux droits d'origine contractuelle de TD », il semblerait qu'il s'agisse d'une demande à l'encontre d'Andal, la seule partie défenderesse à l'action qu'elle a engagée. Aucune demande n'est formulée à l'encontre de Jobe pour délits commerciaux. En somme, même si la mesure réparatoire sollicitée dans la motion d'Andal était indiquée, elle ne pourrait s'appliquer qu'à la demande en injonction permanente de TD.

[19] Il y a lieu de souligner qu'on ne demande, dans ni l'une ni l'autre des motions dont le juge est saisi, l'autorisation d'ajouter Jobe comme partie en vertu de la règle 5.04(2). Il est évident qu'Andal ne cherchait pas à faire ajouter Jobe comme partie; elle a pressé le juge de rejeter l'action de TD en raison du fait que Jobe n'était pas partie à l'action. TD n'a cherché à faire ajouter Jobe; elle a soutenu devant le juge saisi des motions, tout comme elle l'a fait en appel, que Jobe n'était pas une partie essentielle à l'action qu'elle a engagée contre Andal. TD a également fait valoir qu'en avisant Jobe du dépôt de sa motion en injonction provisoire, elle avait fait tout ce qui était nécessaire aux termes de la règle 37 pour reconnaître le fait qu'elle sollicitait une ordonnance provisoire susceptible de concerner un tiers.

[20] Avant d'aller plus loin, nous aimerions rappeler ce qui devrait, croyons-nous, être évident depuis le début : les principales questions à trancher devant le juge saisi des motions, ainsi qu'en appel, découlent de la position de TD selon laquelle (1) il n'est pas nécessaire que Jobe soit jointe comme partie défenderesse à son action en injonction permanente et (2) le fait que Jobe ne soit pas partie à l'action ne la prive pas de son droit à l'injonction provisoire qu'elle sollicite dans sa motion.

[21] La procédure prévue aux *Règles* pour obtenir l'autorisation d'ajouter une partie commence par la règle 5.04. Elle est ainsi rédigée :

5.04 Misjoinder, Non-Joinder and Parties Named Incorrectly	**5.04 Fausse jonction, omission de joindre une partie et identification incorrecte des parties**
(2) At any stage of a proceeding the court may grant leave to add, delete or substitute a party or to correct the name of a party and such leave shall be given, on such terms as may be just, unless prejudice will result which cannot be compensated for by costs or an adjournment.	(2) La cour peut, au cours d'une instance, donner la permission d'ajouter, de soustraire, de substituer une partie ou de corriger le nom d'une partie. Cette permission doit être accordée, aux conditions qu'elle estime justes, à moins qu'il n'en résulte un préjudice qui ne saurait être compensé par l'attribution de dépens ou par un ajournement.

[22] Comme l'a souligné le juge d'appel Ryan dans l'arrêt *Mann, Knowles and Matheson c. Englehart, Mann's Estate and Central Trust Company* (1986), 76 R.N.-B. (2e) 121, [1986] A.N.-B. no 160 (QL) : [TRADUCTION] « Les *Règles* ne prévoient pas qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine peut ajouter de lui-même une partie, bien que les anciennes *Règles* prévoyaient […], que 'La cour ou le juge peut, en tout état de cause, soit sur demande ou en l'absence de demande de l'une ou l'autre des parties ... ordonner ... que les noms des parties quelles qu'elles soient ... soient ajoutés' » (par. 8). Il a conclu que le juge du procès avait passé outre à la règle 5.04(4), et n'avait pas convenablement fait l'équilibre entre le par. 26(9) de la *Loi sur l'organisation judiciaire* et les droits de la défenderesse éventuelle dans l'affaire. Cette conclusion n'obligeait pas le juge Ryan à examiner le pouvoir de la Cour d'ajouter une partie soit en vertu de sa compétence inhérente soit en vertu d'autres règles (voir aussi l'arrêt *Murchison et autres c. Ruff*, 2007 NBCA 1, [2007] R.N.-B. (2e) 349, où la Cour, sous la plume du juge d'appel Turnbull, a conclu que la juge du procès avait commis une erreur en ne respectant pas la procédure énoncée à la règle 5.04. C'est là une observation qui s'applique également à l'instance dont nous sommes saisis en l'espèce.

[23] En l'absence d'une motion en vue d'obtenir l'autorisation d'ajouter Jobe comme partie, présentée en vertu de la règle 5.04, Jobe n'aurait pas été avisée qu'une

ordonnance de cette nature était sollicitée. Nous ne voulons pas dire que Jobe n'a pas eu la possibilité de participer à l'instruction des questions en litige devant le juge saisi des motions. Comme nous l'avons vu, Jobe avait reçu signification de la motion en injonction provisoire de TD et de la motion d'Andal en rejet de l'action de TD et Jobe a comparu devant le juge saisi des motions aux premières étapes de l'instance. Par la suite, son avocat a fait part de l'intention de Jobe de ne plus prendre part à l'instance.

[24] Au final, le juge saisi des motions a décidé de ne pas poursuivre l'audition de l'une ou l'autre motion jusqu'à ce que Jobe soit ajoutée comme partie. Il n'a pas ordonné que Jobe soit ajoutée comme partie; il a ordonné [TRADUCTION] qu'« aucune autre démarche ne [soit] entreprise » tant que Jobe n'aura pas été jointe comme partie. TD fait valoir que le juge saisi des motions n'avait pas le pouvoir de suspendre indéfiniment, ou effectivement, l'ensemble des procédures tant que Jobe ne serait pas ajoutée comme partie. Nous souscrivons à sa prétention.

[25] Cela dit, il n'est pas difficile de saisir ce que le juge saisi des motions essayait d'accomplir après avoir acquis la conviction que Jobe est une partie essentielle. Le statut de Jobe comme partie à l'action de TD en vue d'obtenir une injonction permanente est une question importante étant donné les deux motions dont il est saisi. En effet, si Jobe n'est pas partie à l'action de TD, il est difficile de voir comment ce fait ne militerait pas, à tout le moins, contre ou, chose plus importante encore, empêcherait complètement le prononcé de l'injonction provisoire sollicitée par TD dans sa motion. TD n'a produit ni précédent ni argument convaincant étayant le prononcé d'une injonction provisoire qui concerne un tiers dans des circonstances où une injonction permanente est peu probable parce qu'une des parties concernées n'a pas été jointe à l'action.

[26] Si le juge avait ajourné les deux motions pour une certaine période afin de permettre aux parties de revoir leurs positions eu égard au fait qu'il avait souscrit à l'assertion d'Andal selon laquelle Jobe est une partie essentielle à l'action de TD, cette

façon de gérer l'instance n'aurait pas été mise en doute en appel. S'il avait fait cela, et si TD avait subséquemment sollicité la jonction de Jobe comme partie, le juge saisi des motions aurait repris l'audition des motions et il aurait vraisemblablement, à la lumière de ces nouvelles circonstances, tranché la demande d'Andal afin que le litige soit renvoyé à l'arbitrage ainsi que la motion en injonction provisoire de TD. À l'inverse, si, au moment de la reprise de l'audition des motions les circonstances n'avaient pas changé, le juge aurait tranché les motions en fonction de ce statu quo.

[27] Toutefois, ce n'est pas là la voie qui a été empruntée et nous sommes d'avis qu'en ordonnant effectivement la suspension de l'ensemble des procédures pour une durée indéterminée à moins que et jusqu'à ce que Jobe soit ajoutée comme partie, le juge saisi des motions a outrepassé ses pouvoirs. Il n'a mentionné ni jurisprudence ni doctrine à l'appui de cette ordonnance et aucune n'est évidente à nos yeux. Si le juge avait l'intention d'ajouter Jobe comme partie, il n'aurait pas dû chercher à imposer ce résultat indirectement, il aurait dû régler la question directement et conformément aux *Règles*.

[28] Nous examinerons brièvement la demande subsidiaire d'Andal afin que le litige qui l'oppose à TD soit tranché par voie d'arbitrage. Dès lors qu'il avait été jugé que l'action de TD, savoir la totalité de ses prétentions, ne serait pas rejetée, comme Andal l'avait demandé, il semblait n'y avoir, d'après le dossier, aucune raison pour laquelle la demande subsidiaire d'Andal n'aurait pas pu être tranchée sur-le-champ.

[29] Nous sommes d'avis que l'audition des motions dont le juge est actuellement saisi doit reprendre et que les motions doivent être tranchées, de même que les modifications qui pourront être apportées ou les autres motions qui pourront être déposées.

VI. Dispositif

[30] L'appel est accueilli avec dépens de 2 500 $ et l'affaire est renvoyée au juge saisi des motions afin que les questions soulevées dans les motions soient convenablement tranchées.