



THE TORONTO-DOMINION BANK

(Plaintiff) INTENDED APPELLANT

- and -

ANDAL HOLDINGS (MONCTON) LTD.

(Defendant) RESPONDENT

- and -

JOBE FINANCIAL MANAGEMENT INC.

A PERSON WHOSE INTERESTS MAY BE
AFFECTED

Motion heard by:
The Honourable Justice Baird

Date of hearing:
July 20, 2017

Date of decision:
August 29, 2017

Counsel at hearing:

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

For the intended respondent Andal Holdings
(Moncton) Ltd.:
Eugene J. Mockler, Q.C.

For Jobe Financial Management Inc.:
No one appeared

THE TORONTO-DOMINION BANK

(demanderesse) APPELANTE ÉVENTUELLE

-et-

ANDAL HOLDINGS (MONCTON) LTD.

(défenderesse) INTIMÉE ÉVENTUELLE

-et-

JOBE FINANCIAL MANAGEMENT INC.

PERSONNE DONT LES INTÉRÊTS PEUVENT
ÊTRE TOUCHÉS

Motion entendue par :
l'honorable juge Baird

Date de l'audience :
le 20 juillet 2017

Date de la décision :
le 29 août 2017

Avocats à l'audience :

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

Pour l'intimée éventuelle Andal Holdings
(Moncton) Ltd.:
Eugene J. Mockler, c.r.

Pour Jobe Financial Management Inc. :
personne n'a comparu

DECISION

I. Introduction and Background

[1] The Toronto-Dominion Bank, (“TD”), seeks an extension of time to appeal an order a judge of the Court of Queen’s Bench issued pursuant to Rule 5.02 of the *Rules of Court* requiring Jobe Financial Management Inc. (“Jobe”) to be added as a defendant to an action TD had commenced against Andal Holdings (Moncton) Ltd. (“Andal”). Jobe does not want to be added. Alternatively, TD submits that if the judge’s order was interlocutory in nature, then leave to appeal should be granted. The Notice of Motion was filed within the time period prescribed by the *Rules*.

[2] In the context of adjudicating on motions filed by TD and by Andal, a judge of the Court of Queen’s Bench ruled the proceedings should be adjourned until TD joined Jobe as a defendant to the action and as a respondent to the motions. TD claims this is a final order and seeks an extension of time to appeal it. For the reasons given below, I conclude the judge’s order was interlocutory in nature, thus triggering TD’s alternative plea that leave to appeal should be granted. As I explain below, I would grant leave.

[3] This matter arises as a result of a commercial lease agreement executed in 1992 between TD and Central Guaranty Trust for a building in Moncton. Andal purchased the building in 1996, and it acknowledges it is a successor in interest to the original landlord. The lease agreement contains a restrictive clause which prohibits the landlord from renting space to competitors. TD asserts that Andal violated the restrictive clause in the lease when it rented space to a competitor financial institution called Jobe Financial Management Inc. When TD unsuccessfully attempted to have Jobe removed from the premises, it initiated legal proceedings against Andal claiming damages for loss of income, along with a request for an injunction prohibiting Andal from continuing their lease with Jobe.

[4] TD then filed a Notice of Motion in which they sought an interim order requiring Andal to comply with the restrictive covenant and terminate the lease with Jobe. Jobe was named as “A person affected by the Order” and was served with all of the pleadings (Rule 37.04). Andal filed a Notice of Motion in which it sought an order dismissing TD’s claim on the basis “all necessary parties have not been brought before the court contrary to Rule 5.02”, and they invoked the arbitration clause set out in the lease.

[5] In the final recital to his order, the motion judge stated:

AND WHEREAS the Court was satisfied that Jobe Financial Management Inc., which was named as A Person Affected by the Order Requested by the Plaintiff, was served with the documents relating to the Plaintiff’s Motion, and has now indicated that it does not want to become involved in this proceeding[.]

[6] The motion judge then adjourned the motion hearing on the following terms:

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.

[7] TD submits the motion judge’s order has effectively stayed the proceedings asserting TD can only add Jobe as a defendant either on filing the consent of Jobe and of Andal, or with leave of the court (Rule 27.10(2)(b),(c)) and it was not necessary. It asserts the order violates Rule 37.04 on the basis it had served all documents on Jobe as a “person affected by the order requested”, pursuant to Rule 37.04; thus, Jobe was given the opportunity to participate. Jobe initially engaged the process by filing two affidavits which were before the motion judge; however, through written communication, it subsequently advised it would not participate further, asserting it had no interest in the dispute between TD and Andal. Jobe has never applied for intervenorship status (Rule 15.02).

[8] Should this Court determine the motion judge's order is interlocutory, TD must satisfy one of the criterion set out in Rule 62.03(4). If the order is considered to be a final order, TD must provide evidence to satisfy the criteria required for an extension of time in which to file a Notice of Appeal as set out in Rule 62.03(3). Andal has presented a practice argument, asserting as TD filed one affidavit in support of its alternative requests, there is insufficient evidence in the record to support its request for an extension of time; therefore, should I conclude the order is final, the request for an extension of time in which to file a Notice of Appeal should be dismissed on that basis alone. See *Doug's Recreation Centre Ltd. et al. v. Polaris Industries Ltd.* (2001), 237 N.B.R. (2d) 190, [2001] N.B.J. No. 162 (QL) at paras 3-4, 6-7, per Robertson J.A. on this point.

[9] Andal's Notice of Motion to introduce fresh evidence will be considered further in these reasons.

II. Standard of Review

[10] In *Simon et al. v. New Brunswick et al.* (2014), 426 N.B.R. (2d) 304, [2014] N.B.J. No. 266 (QL), Larlee J.A. observes:

Whether we are dealing with a motion for leave to appeal or an appeal, we always begin the analysis with the applicable standard of review of each question raised: *Roy v. Doucet*, 2005 NBCA 84, 288 N.B.R. (2d) 12, at para. 13 and *Godin v. Star-Key Enterprises and Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 N.B.R. (2d) 180, at para. 7. The standard of review of a discretionary judicial decision is the most deferential standard: *Local 772*, at para. 4. That standard is described in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, at para. 4 and *Local 772*, at para. 41. A discretionary judicial decision may only be interfered with if it is founded on 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.

[para. 10]

I adopt this reasoning.

III. Analysis

A. *Is the Order Final or Interlocutory*

[11] The Supreme Court in *R. v. Roberge*, 2005 SCC 48, [2005] 2 S.C.R. 469, stated the primary consideration is whether “the justice of the case requires an extension of time be granted”, in consideration of various factors (para.6). See *A.A. v. Human Rights Commission (N.B.)* (2013), 414 N.B.R. (2d) 30, [2013] N.B.J. No. 363 (C.A.) (QL); *Murray v. Rodgers*, [2012] N.B.J. No. 187 (C.A.) (QL); *Gaudet v. Gaudet* (2009), 350 N.B.R. (2d) 237, [2009] N.B.J. No. 223 (C.A.) (QL); *Bulmer-Woodard v. Bulmer* (2006), 307 N.B.R. (2d) 276, [2006] N.B.J. No. 363 (C.A.) (QL). See also *Sackville Car Wash v. Rothesay (Town)*, [2017] N.B.J. No. 17 (QL), per French J.A. at para. 25.

[12] At first blush, TD’s submission the motion judge’s order has effectively stayed the proceedings, and should therefore be considered final, is compelling; however, on closer examination, the weight of judicial opinion from this Court persuades me otherwise. In spite of Andal’s request that TD’s motion be dismissed or the action be stayed, the motion judge made it abundantly clear that “I will do neither”. When pressed by Andal’s counsel for clarity, the motion judge stated: “It’s not a stay” and he advised counsel the main action and the motion would not be allowed to proceed until Jobe was added as a party to the Motion and the main action.

[13] In this Province, the leading authority on whether an order should be considered as final or interlocutory is *Bourque v. New Brunswick, Province of, Leger and Leger* (1982), 41 N.B.R. (2d) 129, [1982] N.B.J. No. 247 (QL), where Stratton J.A. concludes if the merits of the proceeding have yet to be determined, the order should be treated as interlocutory (pp. 133-134). I recognize the analysis does not necessarily stop there, as the Court must also consider the proportionality rule (Rules 1.02 and 1.03), which is discussed further in these reasons. In *Zildjian v. Sabian Ltd. et al.* (2009), 342 N.B.R. (2d) 143, [2009] N.B.J. No. 15 (QL), Quigg J.A. states:

Interlocutory orders are subject to the leave requirement under Rule 62.03 of the *Rules of Court*. In *Bourque v. New Brunswick, Province of, Leger and Leger*, (1982), 41 N.B.R. (2d) 129 (C.A.), [1982] N.B.J. No. 247 (QL), Stratton J.A. (as he then was) states:

It is clear that Rule 62.03(1)(a) has application only to interlocutory orders or decisions which are to be contrasted with final orders or decisions. As is pointed out in *Halsbury's Laws of England* (4th Ed.), vol. 26, paras. 504-506, there is no definition in the Judicature Acts or the *Rules of Court* made under them of the terms "final" and "interlocutory" and a decision or order may be final for one purpose and interlocutory for another, or final as to part and interlocutory as to part. In general, a decision or order which determines the principal matter in question is termed "final" while an "interlocutory" decision or order does not deal with the final rights of the parties. [para. 5]

[para. 3]

[14] Taking my lead from the above, I conclude the motion judge's order was interlocutory. This was a procedural ruling pursuant to Rule 5. Although the ruling has effectively "suspended" the proceedings, the merits of the dispute have yet to be determined. The order did not finally dispose of or substantially decide the rights of the parties. In fact, not all of the matters before the motion judge have been decided. Having concluded the order is interlocutory, TD must satisfy the criterion set out in Rule 62.03(4)(b) if leave to appeal is to be granted.

[15] Rule 62.03(4) provides that the intended appellant need only to satisfy one of the following criterion:

- (a) whether there is a conflicting decision by another judge or court upon a question involved in the proposed appeal and, in the opinion of the judge hearing the motion, it is desirable that leave to appeal be granted;

- (b) whether he or she doubts the correctness of the order or decision in question;
or
- (c) whether he or she considers that the proposed appeal involves matters of sufficient importance that leave to appeal should be granted.

[16] In *HB Construction Co. v. Potash Corp. of Saskatchewan Inc. et al.* (2015), 438 N.B.R. (2d) 137, [2015] N.B.J. No. 169 (QL), Richard J.A. summarized the modern approach to leave applications generally:

The wording of Rule 62.03(4) makes it clear that the determination whether or not to grant leave to appeal is an exercise of a discretionary power. Before the rule was amended to its current form, it used to provide that leave to appeal “shall not be granted” unless one of three preconditions were satisfied. Even then, caselaw established that even if one of these were satisfied, or, for that matter, even if all three were satisfied, the motion judge retained a residual discretion not to grant leave: *Breen v. MacIntosh*, [2001] N.B.J. No. 226 (C.A.)(QL), *Bransfield (S.) Ltd. v. Fletcher et al.* (2003), 258 N.B.R. (2d) 28, [2003] N.B.J. No. 29 (C.A.) (QL), *Greater Shediac Sewerage Commission v. Petitpas* (2007), 318 N.B.R. (2d) 91, [2007] N.B.J. No. 143 (C.A.) (QL), and other similar cases. The current wording of the Rule, however, eliminates the need to satisfy any precondition, and makes it abundantly clear that what were once preconditions are now considerations to be weighed in the exercise of the discretionary power to grant leave to appeal. [para. 13]

[17] It goes without saying that leave to appeal should be granted in a manner that accords with Rules 1.03(2) and 1.03(3), so as to “secure the just, least expensive and most expeditious determination of every case on its merits”. This principle of proportionality was applied by Drapeau, J.A. (as he then was) in *MacArthur* at paras. 20-21, and by Richard J.A. in *HB Construction Co.* at para. 16, where he quotes Drapeau C.J.N.B. from *Canadian Union of Public Employees, Local 821 v. Vitalité Health Network (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, 429 N.B.R. (2d) 158, at para. 52.

[18] In contemplation of the above, I have carefully considered whether it is in the interests of justice to grant leave to appeal. I am aware that if leave is granted, the parties will be required to appear again and argue the merits of the appeal, with the attendant delay and costs associated with that result. I have considered whether this result accords with Rule 1.03(2) and (3). I do not wish to violate the principles so eloquently set out in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, and followed by this Court in *Sonier*.

[19] However, having considered these principles in light of the motion judge's decision, I conclude leave should be granted. I come to this conclusion for the following reasons:

- 1) I doubt the correctness of the motion judge's decision, more particularly, whether the motion judge was correct when he made an order pursuant to Rule 5.02(2). In the facts of this case, the decision is significant in terms of its likely influence on the overall conduct of the action;
- 2) there are conflicting decisions in this Province concerning the interpretation of Rule 37.04. See *Bernschein v. Bernschein*, 2008 NBQB 279, 339 N.B.R. (2d) 34; *Saint Cinnamon Bakery Ltd. v. Cimat Recycle Inc./Recyclage Cimat Inc. et al.*, 2006 NBQB 420, 311 N.B.R. (2d) 99.

[20] In fact, a close reading of the decision reveals the motion judge was myopically focused on the proportionality rule. He discussed the need to avoid a multiplicity of proceedings and he expressed the opinion that joinder would ensure an expeditious process which is consistent with Rule 5.03(1)(e); however, in the analysis, he neglected to inform on what evidence he determined Jobe was a "necessary party" as required by Rule 5.03(1), (2)(a-d). I am not able to conclude from the reasons whether there was any evidence before the motion judge that would have persuaded him joinder was necessary in the context of the action between TD and Andal. The motion judge did

not formulate his opinion in consideration of Rule 5.03 or 5.05. Jobe had advised in writing that it would not consent to be joined in the proceedings, it was served with all of the documents, and it informed the Court it did not wish to participate. In the end, it is my view TD has met the threshold necessary to persuade the Court leave to appeal should be granted. See *Nichol et al. v. Bérubé* (1998), 195 N.B.R. (2d) 318, [1998] N.B.J. No. 9 (QL), per Ryan J.A. at para. 2; *Nav Canada v. Greater Fredericton Airport Authority Inc.*, 2007 NBCA 8, [2007] N.B.J. No. 36, per curium, Drapeau C.J.N.B., Larlee and Deschênes J.J.A., at para. 3.

B. *The Motion to Introduce Fresh Evidence*

[21] Andal's motion to introduce fresh evidence is opposed by TD. I accept that the new information found in the affidavit filed by Andal was not available at the time of the hearing before the motion judge, and it generally meets the test for admission as discussed in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at page 775.

[22] Given TD's claim is yet to be decided, it is my opinion Andal's new evidence, its relevance and its probative effect on the result, is better left for the ultimate trier of fact or the arbitrator. I will not speculate whether, or not, the proposed "new" evidence "could reasonabl[y] have affected the result", as suggested by Andal.

[23] Andal's motion to introduce fresh evidence is dismissed.

IV. Costs

[24] As there was no request for costs, there will be no award.

V. Disposition

[25] The motion for leave to appeal is granted. The motion to introduce fresh evidence is denied.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction et contexte

[1] La Banque Toronto-Dominion Bank (la « TD ») sollicite une prolongation du délai imparti pour interjeter appel d'une ordonnance d'un juge de la Cour du Banc de la Reine rendue en vertu de la règle 5.02 des *Règles de procédure* obligeant la Jobe Financial Management Inc. (la « Jobe ») à être jointe comme partie défenderesse à une action que la TD a intentée à l'Andal Holdings (Moncton) Ltd. (l'« Andal »). La Jobe est opposée à sa jonction. Subsidiairement, la TD fait valoir que si l'ordonnance du juge était de nature interlocutoire, l'autorisation d'interjeter appel devrait alors être accordée. L'avis de motion a été déposé dans le délai prescrit par les *Règles*.

[2] C'est en statuant sur les motions déposées par la TD et par l'Andal qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu que l'instance devrait être ajournée jusqu'à ce que la TD joigne la Jobe comme partie défenderesse à l'action et comme intimée dans le cadre des motions. La TD prétend qu'il s'agit d'une ordonnance définitive et sollicite une prolongation du délai imparti pour la porter en appel. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'ordonnance du juge était de nature interlocutoire, ce qui a pour effet de déclencher le moyen subsidiaire de la TD visant à obtenir l'autorisation d'interjeter appel. Comme je l'explique ci-dessous, je suis d'avis d'accorder l'autorisation.

[3] La présente affaire tire son origine d'une convention de bail commercial passée en 1992 entre la TD et la Central Guaranty Trust relativement à un bâtiment situé à Moncton. L'Andal a acheté le bâtiment en 1996 et reconnaît qu'elle est la successeure du locateur initial. La convention de bail renferme une clause restrictive qui interdit au locateur de louer de l'espace à des concurrents. La TD soutient que l'Andal a violé cette clause restrictive en louant de l'espace à un établissement financier concurrent portant le nom de Jobe Financial Management Inc. Lorsque la TD n'a pas réussi à obtenir que la

Jobe quitte les lieux, elle a intenté à l'Andal une poursuite en justice dans laquelle elle réclamait des dommages-intérêts pour perte de revenu ainsi qu'une injonction interdisant à l'Andal de poursuivre son bail avec la Jobe.

[4] TD a ensuite déposé un avis de motion dans lequel elle sollicitait une ordonnance provisoire imposant à l'Andal l'obligation de se conformer au covenant restrictif et de résilier le bail conclu avec la Jobe. La Jobe a été désignée comme « une personne concernée par l'ordonnance » et a reçu signification de tous les actes introductifs (règle 37.04). L'Andal a déposé un avis de motion visant à obtenir une ordonnance rejetant l'allégation de la TD au motif que [TRADUCTION] « tous ceux dont la participation est nécessaire n'ont pas été amenés à comparaître devant la cour, contrairement à la règle 5.02 » et elle a invoqué la clause d'arbitrage énoncée dans le bail.

[5] Dans le dernier attendu de son ordonnance, le juge saisi de la motion a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

ET ATTENDU QUE la Cour était convaincue que la Jobe Financial Management Inc., qui était nommée comme personne concernée par l'ordonnance sollicitée par la demanderesse, avait reçu signification des documents relatifs à la motion de la demanderesse et a maintenant indiqué qu'elle ne veut pas participer à la présente instance[.]

[6] Le juge saisi de la motion a alors ajourné l'audition de la motion en imposant la condition suivante :

[TRADUCTION]

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 le cas des motions.

[7] La TD fait valoir que, en fait, l'ordonnance du juge saisi de la motion a eu pour effet de suspendre l'instance, affirmant qu'elle ne peut joindre la Jobe comme partie défenderesse que soit en déposant le consentement de la Jobe et d'Andal, soit en obtenant l'autorisation de la cour (règle 27.10(2)b,c)), et que cela n'était pas nécessaire. Elle affirme que l'ordonnance viole la règle 37.04 étant donné qu'elle avait signifié la totalité des documents à la Jobe en sa qualité de « personne concernée par l'ordonnance sollicitée » comme le prévoit cette règle, de sorte que la Jobe avait la possibilité de participer à l'instance. La Jobe avait participé au début en déposant deux affidavits qui avaient été présentés au juge saisi de la motion; toutefois, elle avait ensuite communiqué par écrit qu'elle n'avait pas l'intention de participer davantage au litige en affirmant qu'elle ne possédait aucun intérêt dans le différend qui opposait la TD et l'Andal. La Jobe n'a jamais demandé la qualité d'intervenante (règle 15.02).

[8] Advenant que notre Cour détermine que l'ordonnance du juge saisi de la motion est de nature interlocutoire, la TD doit alors remplir l'un des critères énoncés dans la règle 62.03(4). Si l'ordonnance est considérée comme définitive, la TD doit présenter des éléments de preuve qui répondent aux conditions voulues pour obtenir une prolongation du délai imparti pour déposer un avis d'appel comme le prévoit la règle 62.03(3). L'Andal a soulevé un argument fondé sur la pratique en faisant valoir que, comme la TD a déposé un seul affidavit à l'appui de ses demandes subsidiaires, la preuve figurant au dossier n'est pas suffisante pour étayer sa demande de prolongation; par conséquent, si je devais conclure que l'ordonnance est définitive, la demande de prolongation du délai imparti pour déposer un avis d'appel devrait être rejetée sur ce seul fondement. Voir sur ce point l'arrêt *Doug's Recreation Centre Ltd. et al. c. Polaris Industries Ltd.* (2001), 237 R.N.-B. (2^e) 190, [2001] A.N.-B. n^o 162 (QL) aux par 3 et 4, 6 et 7, motifs du juge d'appel Robertson.

[9] L'avis de motion en introduction de nouvelles preuves que l'Andal a présenté sera examiné plus loin dans les présents motifs.

II. Norme de contrôle

[10] Dans l'affaire *Simon et al. c. New Brunswick et al.* (2014), 426 R.N.-B. (2^e) 304, [2014] A.N.-B. n^o 266 (QL), la juge d'appel Larlee fait les observations suivantes :

Qu'il s'agisse d'une motion en autorisation d'appel ou d'un appel proprement dit, la Cour entame toujours son analyse à la lumière de la norme de contrôle applicable à chaque question soulevée : *Roy c. Doucet*, 2005 NBCA 84, 288 R.N.-B. (2^e) 12, au par. 13, et *Godin c. Star-Key Enterprises et Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 R.N.-B. (2^e) 180, au par. 7. La norme de contrôle à appliquer en révision d'une décision judiciaire discrétionnaire est la norme la plus déférente possible : *Section locale 772*, au par. 4. Cette norme est décrite dans les arrêts *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, au par. 4, et *Section locale 772*, au par. 41. La Cour peut uniquement infirmer une décision judiciaire discrétionnaire si elle est fondée sur une erreur de droit, sur une erreur dans l'application des principes directeurs ou sur une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de la preuve.

[par. 10]

J'adopte ce raisonnement.

III. Analyse

A. *L'ordonnance est-elle de nature définitive ou interlocutoire?*

[11] Dans l'arrêt *R. c. Roberge*, 2005 CSC 48, [2005] 2 R.C.S. 469, la Cour suprême a déclaré qu'il faut toujours se demander si « la prorogation de délai s'impose pour que justice soit rendue », compte tenu des différents facteurs (par. 6). Voir *A.A. c. Human Rights Commission (N.B.)* (2013), 414 R.N.-B. (2^e) 30, [2013] A.N.-B. n^o 363 (C.A.) (QL); *Murray c. Rodgers*, [2012] A.N.-B. n^o 187 (C.A.) (QL); *Gaudet c. Gaudet* (2009), 350 R.N.-B. (2^e) 237, [2009] A.N.-B. n^o 223 (C.A.) (QL); *Bulmer-Woodard c.*

Bulmer (2006), 307 R.N.-B. (2^e) 276, [2006] A.N.-B. n^o 363 (C.A.) (QL). Voir également l'arrêt *Sackville Car Wash c. Rothesay (Town)*, [2017] A.N.-B. n^o 17 (QL), motifs du juge d'appel French, au par. 25.

[12] À première vue, l'argument de la TD selon lequel l'ordonnance du juge saisi de la motion a effectivement suspendu l'instance et devrait donc être considérée comme définitive est convaincant; toutefois, après un examen plus approfondi, le poids de la jurisprudence de notre Cour me persuade du contraire. Bien que l'Andal ait demandé le rejet de la motion de la TD ou la suspension de l'action, le juge saisi de la motion a très clairement déclaré qu'il [TRADUCTION] « ne fera[it] ni l'un, ni l'autre ». Lorsque l'avocat de l'Andal l'a prié d'être plus clair, le juge saisi de la motion a déclaré : [TRADUCTION] « Ce n'est pas une suspension » et il a informé l'avocat que l'action principale et la motion ne seraient entendues qu'une fois que la Jobe aurait été jointe comme partie à la motion et à l'action principale.

[13] Dans notre province, l'arrêt de principe sur la question de savoir si une ordonnance devrait être considérée comme définitive ou comme interlocutoire est l'arrêt *Bourque c. New Brunswick, Province of, Leger and Leger* (1982), 41 R.N.-B. (2^e) 129, [1982] A.N.-B. n^o 247 (QL), dans lequel le juge d'appel Stratton conclut que si le bien-fondé de l'instance n'a pas encore fait l'objet d'une décision, l'ordonnance devrait être traitée comme interlocutoire (p. 133 et 134). Je reconnais que l'analyse ne prend pas nécessairement fin à ce stade, la Cour devant également tenir compte de la règle de la proportionnalité (règles 1.02 et 1.03), sur laquelle je reviendrai plus loin. Dans l'arrêt *Zildjian c. Sabian Ltd. et al.* (2009), 342 R.N.-B. (2^e) 143, [2009] A.N.-B. n^o 15 (QL), la juge d'appel Quigg déclare ce qui suit :

Les ordonnances interlocutoires sont assujetties à l'obligation d'obtenir l'autorisation en vertu de la règle 62.03 des *Règles de procédure*. Dans l'arrêt *Bourque c. New Brunswick, Province of, Leger and Leger*, (1982), 41 R.N.-B. (2^e) 129 (C.A.), [1982] A.N.-B. n^o 247 (QL), le juge d'appel Stratton (tel était alors son titre) s'exprime en ces termes :

[TRADUCTION]

Il est clair que la règle 62.03(1)a) ne s'applique qu'aux ordonnances ou décisions interlocutoires par opposition aux ordonnances ou décisions définitives. Comme cela est souligné dans *Halsbury's Laws of England* (4^e éd.), vol. 26, par. 504 à 506, ni les différentes lois sur l'organisation judiciaire, ni les règles de procédure adoptées sous leur régime ne renferment une définition des termes « définitive » et « interlocutoire » et une décision ou ordonnance peut être définitive à une fin et interlocutoire à une autre, ou en partie définitive et en partie interlocutoire. En général, une décision ou ordonnance qui tranche la principale question en litige est qualifiée de « définitive » tandis qu'une décision ou ordonnance « interlocutoire » ne se prononce pas sur les droits définitifs des parties. [par. 5]

[par. 3]

[14] En me fondant sur la jurisprudence qui précède, je conclus que l'ordonnance rendue par le juge saisi de la motion était de nature interlocutoire. Il s'agissait d'une décision procédurale rendue conformément à la règle 5. Bien que la décision ait effectivement entraîné la [TRADUCTION] « suspension » de l'instance, le litige doit encore être tranché sur le fond. L'ordonnance n'établissait pas définitivement les droits des parties ou n'en décidait pas de façon substantielle. De fait, les questions soumises au juge saisi de la motion n'ont pas toutes été tranchées. Puisque je suis arrivée à la conclusion qu'il s'agissait d'une ordonnance interlocutoire, la TD doit remplir les conditions énoncées à la règle 62.03(4)b) pour obtenir l'autorisation d'interjeter appel.

[15] La règle 62.03(4) prévoit qu'il suffit à l'appelant de remplir l'une des conditions suivantes :

- a) l'existence d'une décision contraire d'un autre juge ou d'un tribunal sur une question soulevée dans le projet d'appel qui fait en sorte qu'il est

souhaitable, de l'avis du juge saisi de la motion, d'accorder l'autorisation d'appel;

- b) le bien-fondé de l'ordonnance ou de la décision en question;
- c) le fait que le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante pour que l'autorisation d'appel soit accordée.

[16] Dans l'arrêt *HB Construction Co. c. Potash Corp. of Saskatchewan Inc. et al.* (2015), 438 R.N.-B. (2^e) 137, [2015] A.N.-B. n^o 169 (QL), le juge d'appel Richard a résumé en ces termes la méthode moderne qui s'applique généralement aux demandes d'autorisation :

Le libellé de la règle 62.03(4) indique clairement que la décision d'accueillir ou de rejeter une demande d'autorisation d'appel relève de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Avant que la règle ne soit modifiée pour prendre sa forme actuelle, elle prévoyait que l'autorisation d'appel « n'est accordée » que si l'une des trois conditions préalables énoncées était remplie. Même à cette époque, la jurisprudence avait établi que même si l'une de ces conditions était remplie, ou même, d'ailleurs, si elles étaient toutes trois remplies, le juge saisi de la motion conservait un pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas accorder l'autorisation demandée : *Breen c. MacIntosh*, [2001] A.N.-B. n^o 226 (C.A.) (QL), *Bransfield (S.) Ltd. c. Fletcher et al.* (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 28, [2003] A.N.-B. n^o 29 (C.A.) (QL), *Greater Shediac Sewerage Commission c. Petitpas et al.* (2007), 318 R.N.-B. (2^e) 91, [2007] A.N.-B. n^o 143 (C.A.) (QL), et d'autres affaires analogues. Toutefois, le libellé actuel de la règle élimine la nécessité de satisfaire à une condition préalable quelconque et établit clairement que les conditions préalables dont il était question à une certaine époque sont devenues aujourd'hui des considérations à soulever dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel. [par. 13]

[17] Il va sans dire qu'une autorisation d'appel devrait être accordée dans le respect des règles 1.03(2) et 1.03(3) afin « d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive ». Ce principe de proportionnalité a été appliqué par le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans

l'arrêt *MacArthur* aux par. 20 et 21 et par le juge d'appel Richard dans l'arrêt *HB Construction Co.* au par. 16, dans lequel il cite le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 821 c. Réseau de santé Vitalité (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, 429 R.N.-B. (2^e) 158, au par. 52.

[18] Compte tenu de ce qui précède, j'ai soigneusement examiné s'il est dans l'intérêt de la justice d'accorder l'autorisation d'appel. Je réalise que si l'autorisation est accordée, les parties devront comparaître à nouveau pour débattre du bien-fondé de l'appel, avec les retards et les frais supplémentaires que cela occasionnera. Je me suis demandée si ce résultat est conforme aux règles 1.03(2) et (3). Je ne veux pas violer les principes si éloquemment énoncés dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, que notre Cour a suivis dans l'arrêt *Sonier*.

[19] Toutefois, après avoir pris en considération ces principes à la lumière de la décision du juge saisi de la motion, je conclus que l'autorisation devrait être accordée. J'arrive à cette conclusion pour les motifs suivants :

- 1) je doute du bien-fondé de la décision du juge saisi de la motion et je me demande plus particulièrement si c'est à bon droit qu'il a rendu une ordonnance en vertu de la règle 5.02(2). Étant donné les faits en l'espèce, la décision est importante du point de vue de l'effet qu'elle aura vraisemblablement sur la conduite générale de l'action;
- 2) il existe dans notre province des décisions contradictoires au sujet de l'interprétation de la règle 37.04. Voir *Bernschein c. Bernschein*, 2008 NBBR 279, 339 R.N.-B. (2^e) 34; *Saint Cinnamon Bakery Ltd. c. Cimat Recycle Inc./Recyclage Cimat Inc. et autres*, 2006 NBBR 420, 311 R.N.-B. (2^e) 99.

[20] De fait, une lecture attentive de la décision révèle que le juge saisi de la motion a accordé une attention plutôt myope à la règle de la proportionnalité. Il a traité du besoin d'éviter la multiplication des instances et s'est dit d'avis que la jonction garantirait un processus expéditif, ce qui cadre bien avec la règle 5.03(1)e); toutefois, dans son analyse, il a négligé de préciser sur quels éléments de preuve il s'était fondé pour déterminer que la Jobe était une « partie essentielle » comme le prescrivent les règles 5.03(1) et 5.03(2)a) à d). Les motifs du juge saisi de la motion ne me permettent pas de conclure qu'il existait ou non une preuve quelconque susceptible de le persuader que la jonction était nécessaire dans le contexte de l'action opposant la TD et l'Andal. Le juge saisi de la motion n'a pas formulé son opinion en ce qui concerne les règles 5.03 ou 5.05. La Jobe avait indiqué par écrit qu'elle ne consentirait pas à être jointe à l'instance; elle avait reçu signification de tous les documents et avait informé Cour qu'elle refusait d'y participer. En fin de compte, je suis d'avis que la TD a répondu au critère établi pour persuader la Cour qu'elle devrait accorder l'autorisation d'interjeter appel. Voir *Nichol et al. c. Bérubé* (1998), 195 R.N.-B. (2^e) 318, [1998] A.N.-B. n^o 9 (QL), motifs du juge d'appel Ryan, au par. 2; *Nav Canada c. Greater Fredericton Airport Authority Inc.*, 2007 NBCA 8, [2007] A.N.-B. n^o 36, motifs de la Cour, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, et les juges d'appel Larlee et Deschênes, au par. 3.

B. *Motion en introduction de nouvelles preuves*

[21] La TD s'oppose à la motion en introduction de nouvelles preuves présentée par l'Andal. J'accepte que la nouvelle information que renferme l'affidavit déposé par l'Andal n'était pas disponible au moment de l'audience devant le juge saisi de la motion, et elle réunit de façon générale les conditions d'admissibilité dont il est question dans l'arrêt *Palmer c. la Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la page 775.

[22] Étant donné que la demande formée par la TD n'a pas encore été tranchée, je suis d'avis qu'il vaut mieux laisser à l'arbitre ou au juge des faits le soin de se prononcer sur la nouvelle preuve introduite par l'Andal, sa pertinence et sa valeur probante. Je ne me livrerai pas à des conjectures quant à la question de savoir si la

« nouvelle » preuve en question « aurait raisonnablement pu influencer sur le résultat », comme l'a suggéré l'Andal.

[23] La motion en introduction de nouvelles preuves de l'Andal est rejetée.

IV. Dépens

[24] Je n'accorderai aucuns dépens, puisqu'ils n'ont pas été sollicités.

V. Dispositif

[25] La motion en autorisation d'appel est accueillie. La motion en introduction de nouvelles preuves est rejetée.