

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

65-20-CA

B E T W E E N:

FERO WASTE & RECYCLING INC.

INTENDED APPELLANT

- and -

048835 N.B. INC., a corporation doing business
under the name of SAINT JOHN RECYCLING

INTENDED RESPONDENT

- and -

FERODOMINION, a partnership, 655228 N.B.
INC. and 655227 N.B. INC.

INTENDED RESPONDENTS

AND B E T W E E N:

FERODOMINION, a partnership, 655228 N.B.
INC. and 655227 N.B. INC.

INTENDED APPELLANTS

- and -

FERO WASTE & RECYCLING INC.

INTENDED APPELLANT

- and -

048835 N.B. INC., a corporation doing business
under the name of SAINT JOHN RECYCLING

INTENDED RESPONDENT

E N T R E :

FERO WASTE & RECYCLING INC.

APPELANTE ÉVENTUELLE

- et -

048835 N.B. INC., une corporation faisant affaire
sous l'appellation SAINT JOHN RECYCLING

INTIMÉE ÉVENTUELLE

- et -

FERODOMINION, société en nom collectif,
655228 N.B. INC. et 655227 N.B. INC.

INTIMÉES ÉVENTUELLES

ET E N T R E :

FERODOMINION, société en nom collectif,
655228 N.B. INC. et 655227 N.B. INC.

APPELANTES ÉVENTUELLES

- et -

FERO WASTE & RECYCLING INC.

APPELANTE ÉVENTUELLE

- et -

048835 N.B. INC., une corporation faisant affaire
sous l'appellation SAINT JOHN RECYCLING

INTIMÉE ÉVENTUELLE

66-20-CA

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice French

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge French

Date of hearing:
September 14, 2020

Date de l'audience :
le 14 septembre 2020

Date of decision:
November 12, 2020

Date de la décision :
le 12 novembre 2020

Reasons delivered:
January 15, 2021

Motifs déposés :
le 15 janvier 2021

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For Fero Waste & Recycling Inc.:
Stephen J. Hutchison, Q.C.

Pour Fero Waste & Recycling Inc. :
Stephen J. Hutchison, c.r.

For 048835 N.B. Inc., Saint John Recycling:
Donald V. Keenan

Pour 048835 N.B. Inc., Saint John Recycling :
Donald V. Keenan

For FeroDominion and 655228 N.B. Inc.:
M. Morley Rinzler

Pour FeroDominion et 655228 N.B. Inc. :
M. Morley Rinzler

For 655227 N.B. Inc.:
Ryan James MacDonald

Pour 655227 N.B. Inc. :
Ryan James MacDonald

DECISION

I. Introduction

[1] The defendants to an action seek leave to appeal the decision denying their motions for summary judgment. Both motions seek an order dismissing the action in its entirety, under Rule 22 of the *Rules of Court*.

[2] In the underlying action, the plaintiff, 048835 N.B. Inc. (carrying on business as Saint John Recycling), claims the defendants failed to meet their contractual obligation to supply cardboard, for use in its recycling business, during every year of a 5-year Supply Agreement, which ran from February 28, 2011 to February 28, 2016.

[3] At issue in the motions for leave is the judge's denial of the defendants' claim that there is no genuine issue requiring a trial of the action because:

1. Saint John Recycling did not have the right to commence the action in June 2016, since, before it had done so, on February 29, 2016, it sold the bulk of the assets used in its recycling business, including the right to commence the action for breach of the Supply Agreement, to a non-party to the litigation; and
2. alternatively, all claims relating to breaches that occurred prior to June 23, 2014 are barred by s. 5(1) of the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5.

[4] The two motions for summary judgment were filed in September 2018. The defendants claimed the Asset Purchase Agreement between Saint John Recycling and the non-party purchaser, Shred Guard Inc., transferred to Shred Guard the right to sue for breach of the, by then, expired Supply Agreement.

[5] In its response, Saint John Recycling denied the defendants' interpretation of the Asset Purchase Agreement. It maintained its residual interest in the Supply Agreement (the chose in action) was not assigned to Shred Guard, claiming it was one of the "Excluded Assets" under the agreement. Shred Guard supported this interpretation of the Asset Purchase Agreement and indicated that acquiring an interest in the expired Supply Agreement was not part of their agreement.

[6] The initial hearing of the motions (in December 2018) was adjourned until May 2019. In the interim, Saint John Recycling and the Shred Guard executed an Addendum to the Asset Purchase Agreement; it was made effective as of February 29, 2016, the date of the Asset Purchase Agreement. It provides:

For clarity, and without limiting the generality of the definition of Excluded Assets, the chose in action arising from the Supply Agreement dated February 28, 2011 made between the Vendor and FeroDominion, a partnership between Fero Waste & Recycling Inc. and 655227 N.B. Inc. and 655228 N.B. Inc. is specifically included as an Excluded Asset under the Agreement.

[Emphasis added.]

[7] The hearing was again adjourned to permit examination for discovery on the Addendum. It continued in December 2019, and again in February 2020.

[8] During these appearances, the parties' submissions regarding the right to pursue the action evolved; they included whether: (1) the Asset Purchase Agreement assigned the chose in action regarding the Supply Agreement to Shred Guard; (2) any error in the Asset Purchase Agreement could be rectified by court order; and/or (3) the Addendum could retroactively "clarify" the Asset Purchase Agreement, notwithstanding the defendants' intervening interest in its original, unclarified/unamended version.

[9] The motion judge rejected the defendants' request for an order dismissing the action based on the claim Saint John Recycling lacked the capacity to bring the action. He:

1. interpreted the Asset Purchase Agreement as transferring the right to sue for breach of the Supply Agreement to Shred Guard, albeit unintentionally;
2. found that: (i) the chose in action was not part of the assets to be transferred under the parties' agreement; (ii) the error in the Asset Purchase Agreement could be rectified by court order to make it accord with that agreement, based on the test set out for rectification in *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720; but (iii) the absence of a proper proceeding to claim rectification precluded the making of such an order; and
3. decided the Addendum Agreement was effective to validate, retroactively, that the Asset Purchase Agreement accorded with the parties' actual agreement – that chose in action was not one of the assets to be transferred.

[10] While the availability of rectification in the circumstances had been an object of the parties' submissions, and was addressed by the judge, Saint John Recycling had not brought a discrete proceeding to request rectification. The judge explained that the closest thing to a direct request was found in Saint John Recycling's post-hearing submission. It noted that, if the court did not accept its interpretation of the Asset Purchase Agreement, either as originally drafted or as clarified by the Addendum, the court had "all the facts needed to grant a rectification order."

[11] In their motions for leave to appeal, the defendants maintain the judge erred in law, in relation to Saint John Recycling's right to pursue the action, by both: (1) deciding the Addendum permitted the parties to effectively self-rectify the Asset Purchase Agreement, retroactively, despite their intervening interest; and (2) concluding that, on the record, rectification was available to correct an error in the Asset Purchase Agreement, and an order could have issued but for the lack of a proper request.

[12] There is no challenge to the motion judge's finding that Saint John Recycling and Shred Guard intentionally signed and closed the Asset Purchase Agreement after the Supply Agreement had expired, and that the ongoing obligations of the defendants to supply, and of Saint John Recycling to buy, had ended. His determination that Saint John Recycling did not intend to sell, and Shred Guard did not intend to acquire, the right to sue for breach of the Supply Agreement is not challenged either. It is not disputed that their post-contract/subsequent conduct is consistent with Shred Guard having no interest in the chose in action.

[13] I dismissed the motions for leave, with reasons to follow. These are my reasons. In summary, while the intersection between the legal principles relating to court-ordered rectification and the ability of contracting parties to establish the effective date for their obligations, including retroactively, is novel and of sufficient importance to weigh heavily in favour of granting leave, I do not doubt the correctness of the judge's decision to deny summary judgment on the basis that there was no need for a trial since Saint John Recycling lacked, irreparably, the ability to maintain the action. In these circumstances, leave to appeal would not promote the just, most expeditious, least expensive and most proportionate determination of this litigation on the merits.

[14] What follows also sets out my reasons for dismissing the motions for leave to appeal the judge's decision to partially deny summary judgment based on the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5. He dismissed the action, as it relates to breaches of the minimum supply obligation during the first three years of the Supply Agreement, but he refused to do so in relation to the alleged breaches of the obligation to sell exclusively to Saint John Recycling.

II. Background

[15] The three defendants in this proceeding, Fero Waste & Recycling Inc., 655227 N.B. Inc. and 655228 N.B. Inc. (collectively, the "Defendants"), were the partners of FeroDominion when the Supply Agreement was formed in 2011. There were soon

changes that are worth noting, even though they do not directly affect the issues in these motions. In January 2012, Fero Waste & Recycling Inc. ceased to be a partner, and FeroDominion became A.P.D.R. Enterprises, a partnership of 655227 N.B. Inc. and 645615 New Brunswick (2011) Ltd. (a successor to 655228 N.B. Inc. by amalgamation). In addition, it appears that, later in 2012, the partnership sold the refuse business to Royal Environmental Inc.

A. *The Supply Agreement*

[16] On February 28, 2011, FeroDominion acquired the refuse business of Dominion Refuse Collectors. The Supply Agreement was born out of this transaction.

[17] Until Dominion Refuse Collectors was acquired by FeroDominion, Dominion Refuse Collectors and Saint John Recycling were related enterprises. During the time they were related, Dominion Refuse Collectors supplied Saint John Recycling with cardboard for use in its recycling business. The principals of Saint John Recycling and Dominion Refuse Collectors made efforts to sell both businesses together; however, they were not successful.

[18] When FeroDominion agreed to buy only the business of Dominion Refuse Collectors, it was a condition of the agreement that FeroDominion enter into a separate 5-year contract for the continuation of the supply of cardboard to Saint John Recycling.

[19] The Supply Agreement between FeroDominion, as supplier, and Saint John Recycling, as buyer, was entered into on February 28, 2011 for a term that ended on February 28, 2016.

[20] At the hearing of the Defendants' motions, the parties offered somewhat conflicting evidence regarding the circumstances leading to para. 8 of the Supply Agreement. It sets out the Defendants' performance obligation, which forms the basis of Saint John Recycling's action:

The Seller shall not during the term of this agreement, sell to any other party other than the Buyer the Product or any other product which is the same or similar to the Product and is being recycled for a substantially similar purpose as the Product. The Seller hereby agrees to supply and sell a minimum of 4,000 tonnes of Product per year to the Buyer.
[Emphasis added.]

[21] Early in the term of the Supply Agreement, Saint John Recycling sought an extension of the agreement; it was not successful. Near the end of the agreement's term, Saint John Recycling pursued the sale of its business/assets.

[22] Before it entered into the agreement with Shred Guard for the sale of the bulk of its assets, Saint John Recycling advised the Defendants (or their successors, which were supplying cardboard under the Supply Agreement) that it intended to seek recovery of its losses arising from the breach of the Supply Agreement.

B. *The sale to Shred Guard and the Asset Purchase Agreement*

[23] An uncontested finding of the motion judge was that, prior to the formation of the Asset Purchase Agreement, Shred Guard knew of the Supply Agreement, and that it was to expire before the transaction would close. As was explained at discovery, Saint John Recycling "had an obligation to finish [the Supply Agreement [...]]. And [...] could sell the assets after it was finished." The judge noted the parties intentionally timed the closing to occur after the Supply Agreement expired, and there would be no ongoing performance obligations under that agreement.

[24] The Asset Purchase Agreement defines "Purchased Assets" as "all of the assets and property owned and used by the Vendor or held by it for use in, or in respect of the operation of, the Business, including, without limitation other than the Excluded Assets, the following [...]" (emphasis added). The list that follows regarding Purchased Assets does not expressly refer to a "chose in action" as a distinct genre of property.

[25] The definition of “Excluded Assets” is:

“Excluded Assets” – means the following property and assets of the Vendor pertaining to the Business:

- i. All cash, bank balances [...];
- ii. All the corporate, financial and other records [...] not pertaining to the Business;
- iii. Accounts Receivable;
- iv. Any real property of the Vendor;
- v. The post office box maintained [...]; and
- vi. The computer and filing cabinets [...].

[Emphasis added.]

[26] “Accounts Receivables” is defined as “all accounts receivable, trade notes, notes receivable, book debts, unbilled receivables and other debts due or accruing due to the Vendor in connection with the Business as at the close of business on the Closing Date” (emphasis added).

[27] Before the motion judge, the Defendants maintained the chose in action was caught by the definition of Purchased Assets. Saint John Recycling and Shred Guard maintained any amount recoverable from the Defendants for breach of the Supply Agreement was a debt and caught by the underlined words in the expanded definition of Accounts Receivables. The record does not indicate there was any assertion that the chose in action regarding the expired Supply Agreement could not be viewed as “held [...] for use in, or in respect of the operation of, the Business.”

C. *The action for breach of the Supply Agreement*

[28] On May 4, 2016, Saint John Recycling demanded payment of \$757,103 for breach of the Supply Agreement. This was the amount of revenue claimed to have been lost from the failure to receive the minimum amount of 4,000 tons of cardboard per year.

[29] In June 2016, Saint John Recycling commenced its action. In or shortly after August 2016, each of the Defendants filed a Statement of Defence.

[30] In September 2018, after the Defendants had learned of the Asset Purchase Agreement with Shred Guard, they brought their motions for summary judgment.

[31] In its reply to the Defendants' motions, Saint John Recycling advanced the following position:

The claim for the shortfall in the supply of cardboard pursuant to the supply agreement was excluded from the sale of assets by defining Accounts Receivable to include unbilled receivables and other debts and or accruing to the vendor or in connection with the business as at the close of business on the closing date.

[Emphasis added.]

[32] It also filed a supporting affidavit from a representative of Shred Guard:

4. It was agreed between the parties that [Saint John Recycling] would retain its accounts receivable which included "unbilled receivables and other debts or accruing to [Saint John Recycling] in connection with the Business.

5. Included within the unbilled receivables and other debts due or accruing to [Saint John Recycling] in connection with the Business is anything owing to [Saint John Recycling] pursuant to a Supply Agreement between [Saint John Recycling] and FeroDominion, a partnership of [...].

[Emphasis added.]

[33] As noted and reproduced above, following an adjournment, Saint John Recycling and Shred Guard executed an Addendum to the Asset Purchase Agreement.

III. Analysis

[34] The Defendants maintain their case for leave to appeal is compelling, since, they assert, all factors identified in Rule 62.03(4) exist. This Rule guides the exercise of the Court's discretion when considering whether to grant leave:

(4) In considering whether or not to grant leave to appeal, the judge hearing the motion *may consider* the following:

(a) whether there is a *conflicting decision* by another judge or court upon a question involved in the proposed appeal;

(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*.

[Emphasis added.]

(4) Pour décider s’il accordera ou non l’autorisation d’appel, le juge qui entend la motion peut prendre en considération ce qui suit :

a) l’existence d’une *décision contraire* d’un autre juge ou d’un tribunal sur une question soulevée dans le projet 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*.

[Les caractères gras et l’italique sont de moi.]

[35]

While the existence of one, or all, of the factors may weigh in favour of granting leave, this does not itself establish entitlement to leave. As explained by Richard J.A. (as he then was) in *HB Construction Co. v. Potash Corp. of Saskatchewan Inc. et al.* (2015), 438 N.B.R. (2d) 137, [2015] N.B.J. No. 169 (QL) (C.A.):

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 [...]. 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]

[36] The discretion to grant leave to appeal ought also to be exercised by having regard to Rules 1.02.1 and 1.03(2); that is, with an eye to the just, least expensive, most expeditious and most proportionate determination of the matter on the merits (see *Canadian Union of Public Employees, Local 821 v. Vitalité Health Network (Zone1B)*, 2015 NBCA 3, 429 N.B.R. (2d) 158, at paras. 55-57).

[37] I will first address my reasons for dismissing the motions for leave in relation to the judge's rejection of the Defendants' claim that Saint John Recycling did not possess the right to pursue the action for breach of the Supply Agreement. I will then address his decision to partially reject the Defendants' request to dismiss the claims arising from the first three years of the Supply Agreement, based on the *Limitation of Actions Act*.

A. *The Right to Commence the Action*

[38] The motion judge's decision turned on his concluding the Addendum was effective to cure, retroactively, what he accepted was a mistake in the Asset Purchase Agreement that rendered it inconsistent with the parties' agreement.

[39] However, before addressing the Addendum, he sets out his rationale for deciding the lack of a proper request for rectification precluded such an order, notwithstanding his determination that the evidence established Saint John Recycling was entitled to rectification of the Asset Purchase Agreement.

[40] In relation to the judge's determinations regarding both the Addendum and rectification, the Defendants submit he misapplied the principles applicable to rectification set out by the Supreme Court in *Attorney General v. Fairmont Hotels*.

[41] Like the motion judge, I will address the issue of court-ordered rectification before the issue of the Addendum. A review of the issues related to the former aids in an appreciation of the Defendant's challenge to the latter.

(1) The judge's determination that rectification is available

[42] While the defendants do not dispute that the evidence permitted the motion judge to find there was no intent to transfer the chose in action regarding the Supply Agreement to Shred Guard, they emphatically maintain the evidence respecting their discussions regarding the Supply Agreement lacked the specificity to permit the judge to conclude they had an agreement with the level of certainty and clarity required to satisfy the rigorous criteria for rectification set out in *Fairmont Hotels*. The judge expressly addressed this issue.

[43] In *Fairmont Hotels*, the Supreme Court confirmed its earlier decisions regarding rectification. Most significantly, it put to rest any notion that rectification could be grounded in a bare common intention to achieve an inchoate goal or outcome. Specifically, Brown J., writing for the majority, rejected the expansive approach applied in the lower courts, which followed *Juliar v. Canada (Attorney General)*, [1999] O.J. No. 3554 (QL) (S.C.J.), aff'd [2000] O.J. 3706 (QL) (C.A.). As Brown J. said: "*Juliar* is irreconcilable with this Court's jurisprudence and with the narrowly confined circumstances to which this Court has restricted the availability of rectification" (para. 16) (see also "*Narrowing the Doctrine of Rectification in Canadian Law*" (2018) *Canadian Business Law Journal*, vol. 611, pp. 248- 271).

[44] As is not uncommon in such decisions, Brown J.'s review of the general principles of rectification began with a reference to *MacKenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, at p. 375: "Courts of Equity do not rectify contracts; they may and do rectify instruments" (para. 13). Explaining that rectification is only available where the evidence establishes an agreement whose terms are "definite and ascertainable," Brown J. said:

To summarize, rectification is an equitable remedy designed to correct errors in the recording of terms in written legal instruments. Where the error is said to result from a mistake common to both or all parties to the agreement, rectification is available upon the court being satisfied that, on a balance of probabilities, there was a prior agreement whose terms are

definite and ascertainable; that the agreement was still in effect at the time the instrument was executed; that the instrument fails to accurately record the agreement; and that the instrument, if rectified, would carry out the parties' prior agreement. In the case of a unilateral mistake, the party seeking rectification must also show that the other party knew or ought to have known about the mistake and that permitting the defendant to take advantage of the erroneously drafted agreement would amount to fraud or the equivalent of fraud. [para. 38]

[Emphasis added.]

[45] The Defendants maintain the absence of evidence of specific discussions or an express agreement to exclude the Supply Agreement, precluded the judge from finding there was "definite and ascertainable" agreement, as described in *Fairmont Hotels*. They submit he could not find there had been such an agreement in relation to the assets to be sold, based simply on his finding that the parties' agreement did not extend to the Supply Agreement.

[46] I was not persuaded that I should doubt the correctness of the judge's determination rectification was justifiable on the record, including his conclusion that the Defendants' "third-party" interests were not such that they stood in the way of a rectification order.

[47] This latter determination was not challenged in the motion for leave to appeal. However, the issue of third-party interests is relevant to rectification and it was central to the motion judge's determination regarding the ability of the Addendum to remedy the Asset Purchase Agreement.

[48] The motion judge set out the principles applicable to third-party interests in relation to rectification by referring to the minority opinion in *Fairmont Hotels*. These well-established principles were not addressed in the majority opinion. As Abella J. explained:

Whether the errors are in transcription or in implementation, courts may refuse to exercise their discretion where allowing rectification would prejudice the rights of third parties (*Wise*

v. Axford, [1954] O.W.N. 822 (C.A.)). But the mere existence of a third party will not bar rectification. In *Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354, this Court concluded that the presence of a third party is only a bar to rectification where the third party has actually relied on the flawed agreement. This principle was subsequently explained by Gray J. in *Consortium Capital Projects Inc. v. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761 (H.C.J.), at p. 766, aff'd (1990), 72 O.R. (2d) 703 (C.A.): “[...] the proper test is whether the third party relied on the document as executed and took action based on that document”. (See also *McCamus*, at p. 595; *Spry*, at pp. 630-31; *Kolias v. Owners: Condominium Plan 309 CDC* (2008), 440 A.R. 389 (C.A.); *Carlson, Carlson and Hettrick v. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337 (C.A.), at paras. 24-26.)
[para. 67]

[49] In concluding the Defendants’ interests were not a bar to the availability of rectification of the Asset Purchase Agreement, the motion judge said:

Counsel for Fero Waste argued forcefully that the rights of the Partnership would be prejudiced if I did not hold 048835 and Shred Guard to the terms of the Shred Guard Agreement, because I would be depriving the Moving Parties of a defense. In my assessment, that is an overly broad categorization of what constitutes an impacted third-party right in the context of rectification.

To begin, the Supply Agreement terminated the day before the Shred Guard Transaction closed so there was no continuing nexus between that transaction and the rights and obligations of the parties under the Supply Agreement. In other words, regardless of which entity (Shred Guard or 048835) held the residual right of recovery under the Supply Agreement, the Partnership had no further performance obligations thereunder on the effective date of the Shred Guard Transaction. Secondly, the record reflects no involvement by the Moving Parties with the Shred Guard Transaction or course of conduct undertaken by them in consequence thereof. The Moving Parties certainly have a right to defend the Action, but to claim a vested right to a specific defence grounded on poor legal drafting in a transaction in which they had no involvement, and did nothing in reliance upon, goes well beyond the scope of protected third-party rights. To employ the language from

paragraph 67 of the Fairmont decision, the Moving Parties did not rely on the Supply Agreement as executed or take any action on the basis of same – in fact, they were not fully aware of this issue until I directed disclosure of the Shred Guard Agreement during the December 17, 2018 appearance. [paras. 28-29]

[Some emphasis mine.]

(2) The judge's determination regarding the Addendum Agreement

[50] According to the Defendants, the judge's determination regarding the Addendum impermissibly allowed Saint John Recycling and Shred Guard to self-rectify retroactively. While acknowledging parties are free to agree upon an effective date for their obligations that precedes the contract's formation, they maintain the law does not permit parties to retroactively change an existing agreement against the intervening interests of third parties, absent a court-ordered rectification. They argue the judge's line of reasoning does an end-run around rectification, as restrictively circumscribed by *Fairmont Hotels*, and the notion that only a court order for rectification can give a truly retrospective effect to a prior written document, as identified in *Persimmon Homes Ltd. v. Woodford Land Ltd.*, [2011] EWHC 3109 (Ch). In *Persimmon Homes*, the court stated:

Against this background, it is worth pausing to enquire why (as both parties agree) claims for rectification of the Agreement fall outside the scope of clause 18. I accept the submission of Mr McGhee QC for Woodford that the reason for this lies in the nature of the remedy sought. Rectification is a remedy that only the court can grant, and it is always discretionary in nature. Importantly, too, a decree of rectification has retrospective effect, with the consequence that the document in question “is to be read as if it had been originally drawn in its rectified form”: see *Craddock Bros v. Hunt* [1923] 2 Ch. 136 at 151 per Lord Sterndale MR and *Snell's Equity*, 32nd edition, para 16-027. This is a consequence that cannot be brought about by agreement between the parties or by the determination of an expert. It is something which it lies exclusively within the jurisdiction of the court to accomplish. [para. 21]

[Emphasis added.]

[51] The motion judge explicitly recognized and sought to reconcile, on the one hand, the equitable remedy of rectification and that “only the court can direct that a document be treated for all purposes as having been originally prepared in its rectified form,” and, on the other, the “principle that parties are, subject to [certain] constraints, contractually free to regulate their dealings from whatever date they chose” (para. 39).

[52] He noted the parties were unable to provide any Canadian authority on point, and reference was made to an article by Gerard McMeel, Q.C., titled “*Contracts: Rectification and Other Ways to Correct Mistakes*” (Thomson Reuters, Practical Law UK, 2019), and another by Jeffrey Kwall titled “*Backdating*” (Loyola University, Chicago USA, 2008). He also considered (mentioned in the Kwall article) *Debrezeni et al. v. The Outlet Company*, 784 F.2d 13 (1st Cir. 2013); and *Viacom International Inc. v. Tandem Productions Inc.*, 368 F. Supp 1264 (S.D.N.Y. 1974).

[53] In “*Contracts: Rectification and Other Ways to Correct Mistakes*,” McMeel canvasses three ways to correct a mistake in the written document to have it accord with the parties agreement: (1) construction of the document; (2) rectification; and (3) agreement between the parties. Indeed, where the goal is to correct a mistake in a document, construction/interpretation of the document and, alternatively, rectification, are typically pleaded together. Obviously, if the circumstances permit the resolution of the error by construction, a rectification order is unnecessary.

[54] The judge concluded, “parties can only retroactively re-order their affairs contractually when no third-party rights are compromised.”

[55] Having made this determination, he then assessed whether the Defendants’ interest was of the type that would “deprive [Saint John Recycling] and Shred Guard of the capacity to contractually regulate the terms of the Shred Guard Transaction in the fashion which was always intended effective February 29, 2016.” He concluded:

[...] I have concluded that the reality is the Shred Guard Addendum validates the Shred Guard Transaction, as

originally conceived and acted on by the parties thereto, must take precedence over the fact that giving retro-active effect to same will deprive the [Defendants] of the ability to erect an opportunistic defense grounded on poor legal drafting in a transaction to which they had no nexus and did nothing in reliance thereon. In these circumstances, to employ the language from the McMeel and Kwall articles previously referenced (paragraphs 36 and 39), there was no change in the reality of the Shred Guard Transaction and the [Defendants] cannot claim the status of impacted third-parties. [...] [para. 51]

[Emphasis added.]

- (3) Exercise of discretion against granting leave in relation to the decision regarding the right to pursue the action

[56] As the judge's analysis regarding the Addendum highlights, little has been written that confronts together the ability of contracting parties to establish their obligations from whatever date they chose (subject to certain limitations) and the implication of the limits to the remedy of rectification, particularly as expressed in *Persimmon Homes*.

[57] However, as mentioned earlier, I concluded I should deny leave, principally because I do not doubt the correctness of the decision *to dismiss the request for summary judgment*. I do not accept the notion that the motion judge erred by failing to conclude a trial was unnecessary because Saint John Recycling did not have the right to commence the action. Had that been the case, it was a defect that was the result of a mistake which could be remedied on the record before the judge.

[58] Regardless of the correctness of his decision regarding the Addendum, and without expressing an opinion on it, there is no reason to doubt the judge's disposition based on his finding respecting entitlement to rectification. As well, he made findings of fact that are both unassailable and undisputed and support a construction of the Asset Purchase Agreement that is consistent with the position initially advanced by Saint John Recycling and Shred Guard. All of these issues may reasonably be expected to be raised on appeal, by Notice of Contention, if leave were granted.

[59] As explained earlier, the judge's findings of fact and analysis do not leave me with a doubt about the correctness of his determination that rectification of the Asset Purchase Agreement was justifiable. He decided not to make the order in the absence of a proper request. Even if he ought not to have made the order for that reason, there is no dispute that the availability of rectification was clearly a live issue and was addressed by the parties, as well, of course, the judge. He may have decided it was unnecessary to consider the significance of his determination further, given his conclusion on the efficacy of the Addendum. However, in my opinion, his determination that Saint John Recycling was entitled to rectification was, itself, sufficient to either deny or, at least, adjourn the claim that a trial was unnecessary. At a minimum, the judge's determination recognized there was a mistake, which Saint John Recycling had the ability to remedy and secure the right to pursue the action to trial.

[60] The assessment of the issues on an appeal includes those that arise from the rejection of Saint John Recycling's initial position – that the Asset Purchase Agreement, in its original form, cannot be interpreted as assigning the chose in action respecting the Supply Agreement. While not as strong as the issue of rectification, it cannot be said that construction of the Asset Purchase Agreement provides no basis for grounding the dismissal of the request for summary judgment.

[61] It is not surprising that, upon becoming aware of the Asset Purchase Agreement, the Defendants advanced the view that the Agreement transferred the chose in action to Shred Guard. Indeed, viewed alone, on its face, it transfers “all of the assets and property owned and used by the Vendor or held by it for use in, or in respect of the operation of, the Business,” other than those assets that are specifically excluded. From the record, it seems that early in the appearances before the court, opposition to such an interpretation was limited. Clearly, the subjective intentions of the parties were of no assistance. Consistent with this, and the subsequent focus on the new Addendum Agreement, little is said in the decision about the interpretative analysis, other than it was obvious the chose in action is not excluded under the expanded definition of Accounts

Receivable. However, in the end, the motion judge made significant factual findings regarding the time the Asset Purchase Agreement was formed, most of which would form part of the surrounding circumstances.

[62] It goes without saying that the objective of contractual interpretation is the identification of the intent of the parties at the time they entered into the contract. This exercise requires reading the contract as a whole, in the context of the surrounding circumstances, and recognizing both that the interpretation of a provision must be grounded in the text and that the surrounding circumstances cannot overwhelm or deviate from the words of the agreement.

[63] If there is still ambiguity, post-contract/subsequent conduct may be available to assist in the interpretation of the agreement (see *Hart Stores Inc. v. 3409 Rue Principale Inc.*, 2020 NBCA 49, [2020] N.B.J. No. 167); *Shewchuk v. Blackmont Capital Inc.*, 2016 ONCA 912, [2016] O.J. No. 6190 (QL)). Here the findings of the judge are also significant. He noted that, after closing, the parties acted in relation to the Supply Agreement as though Shred Guard had no interest. This evidence includes Saint John Recycling's demand for payment and pursuit of the action, as well as the absence of any evidence that Shred Guard was supplied with a copy of the agreement, or with any of the particulars thereof, such as performance history or amounts due or payable. He found:

As noted, I am satisfied that it was never the intention of the parties that the Supply Agreement, or any right of recovery thereunder, be part of the Shred Guard Transaction. Mr. Northrup (on behalf of Shred Guard) and Mr. Yaffe (on behalf of 048835) conducted themselves at all times in a manner consistent with 048835's continued ownership of any interests under the Supply Agreement. Further, there is no record of any third-party taking any action on the basis that, effective February 29, 2019, Shred Guard because the owner of any residual interest or right of recovery under the Supply Agreement. Indeed, as noted, the internal communications between Messrs. Dubblestyne, Pollard and Fielding reflect that, in mid-February 2016, the Partnership (Fero Waste) was anticipating a claim from 048835 for breach of the Supply Agreement. [para. 27]

[64] All this said, if leave were granted, the issue of construction of the Asset Purchase Agreement cannot be excluded as a basis upon which the judge's decision to deny summary judgment could be upheld.

[65] While the defendants argued that granting leave would promote the just, most expeditious, least expensive, and proportionate determination of the action on its merits, I did not agree. In my view, that result was achieved by exercising my discretion to deny leave regarding this issue.

B. *Limitation of actions*

[66] The Defendants sought to have the motion judge dismiss all claims for breach of the Supply Agreement that occurred before June 23, 2014, pursuant to s. 5(1) of the *Limitation of Actions Act*. The judge dismissed the claim for breach of the obligation to supply a minimum of 4,000 tons of cardboard per year in each of the first three years of the agreement. However, he did not dismiss the claim against the Defendants for breach of another obligation under the Supply Agreement, that is, the prohibition on selling cardboard to any other party, often called the exclusivity obligation/provision. For ease of reference, I reproduce it again:

The Seller shall not during the term of this agreement, sell to any other party other than the Buyer the Product or any other product which is the same or similar to the Product and is being recycled for a substantially similar purpose as the Product. The Seller hereby agrees to supply and sell a minimum of 4,000 tons of Product per year to the Buyer.

[Emphasis added.]

[67] The judge's decision was grounded in his determination that Saint John Recycling did not discover the breach of the exclusivity obligation until December 20, 2017, when it was admitted, at discovery, that the Defendants had breached the obligation by selling cardboard to other purchasers.

[68] In the motions for leave, the Defendants' challenge to the judge's decision is grounded in their assertion the Statement of Claim does not properly plead a claim for breach of this obligation. They submit that, since the amount demanded in the Statement of Claim was equal to the damages for breach of the minimum supply obligation, no claim for damages is advanced for breach of the exclusivity obligation.

[69] The judge rejected such arguments. He decided the Statement of Claim "constitutes a claim for damages for breach of the Supply Agreement, including the minimum 4000-ton annual supply commitment and the exclusivity provisions" (emphasis added). This said, he noted it would have been preferable if Saint John Recycling had amended its claim, as had been discussed at one of the hearings.

[70] I do not doubt the correctness of the judge's interpretation of the Statement of Claim, for the reasons given by him, and exercised my discretion to deny leave in relation to this decision.

IV. Disposition and costs

[71] For these reasons, I dismissed the motions for leave to appeal. I would order the Defendants pay one set of costs of \$1,000.

DÉCISION

[Version française]

1. Introduction

[1] Les défenderesses à une action sollicitent l'autorisation de se pourvoir en appel de la décision qui rejette leurs motions en jugement sommaire. Les deux motions sollicitent l'octroi d'une ordonnance rejetant l'intégralité de l'action, sous le régime de la règle 22 des *Règles de procédure*.

[2] Dans l'action principale, la demanderesse, 048835 N.B. Inc. (faisant affaire sous l'appellation Saint John Recycling), soutient que les défenderesses ont manqué à leur obligation contractuelle de lui fournir du carton, pour ses activités de recyclage, à chacun des exercices d'un contrat d'approvisionnement d'une durée de 5 ans allant du 28 février 2011 au 28 février 2016.

[3] Les motions en autorisation portent sur le refus du juge de souscrire à la prétention des défenderesses selon laquelle il n'existe dans l'action aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, parce que :

1. Saint John Recycling n'était pas habilitée à intenter l'action en juin 2016, puisque, avant de le faire, le 29 février 2016, elle avait vendu à un tiers non partie au litige l'ensemble des actifs utilisés dans ses activités de recyclage, y compris le droit d'introduire une action en violation du contrat d'approvisionnement;
2. subsidiairement, toutes les demandes portant sur des violations qui ont eu lieu avant le 23 juin 2014 sont prescrites par application du par. 5(1) de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5.

[4] Les deux motions en jugement sommaire ont été déposées en septembre 2018. Les défenderesses alléguaient que, aux termes de la convention d'achat d'actifs conclue entre Saint John Recycling et l'acheteur qui n'est pas partie à l'instance, Shred Guard Inc., le droit d'intenter une action pour violation du contrat d'approvisionnement, lequel était alors venu à expiration, était transféré à Shred Guard.

[5] Dans sa réponse, Saint John Recycling a rejeté l'interprétation de la convention d'achat d'actifs mise de l'avant par les défenderesses. Elle a fait valoir que son intérêt résiduaire dans le contrat d'approvisionnement (la chose non possessoire) n'avait pas été cédé à Shred Guard, puisqu'il s'agissait de l'un des [TRADUCTION] « actifs exclus » aux termes de la convention. Shred Guard a appuyé cette interprétation de la convention d'achat d'actifs et indiqué que leur entente ne comprenait l'acquisition d'aucun intérêt dans le contrat d'approvisionnement expiré.

[6] L'audition initiale des motions (en décembre 2018) a été ajournée jusqu'en mai 2019. Entre-temps, Saint John Recycling et Shred Guard ont conclu un addenda à la convention d'achat d'actifs, lequel prenait effet le 29 février 2016, soit la date de la convention d'achat d'actifs. En voici l'énoncé :

[TRADUCTION]

Par souci de clarté, sans limiter la portée générale de la définition du terme « actifs exclus », toute chose non possessoire découlant du contrat d'approvisionnement daté du 28 février 2011 qui a été conclu entre le vendeur et FeroDominion, une société en nom collectif composée de Fero Waste & Recycling Inc., 655227 N.B Inc. et 655228 N.B Inc., constitue expressément un actif exclu aux termes de la convention.

[Le soulignement est de moi.]

[7] L'audition a été ajournée à nouveau afin de permettre aux parties de procéder aux interrogatoires préalables au sujet de l'addenda. Elle s'est poursuivie en décembre 2019, puis en février 2020.

[8] Lors de ces comparutions, les observations des parties ont évolué quant au droit d'intenter l'action; elles comprenaient les questions suivantes : 1) la convention d'achat d'actifs cédait-elle à Shred Guard la chose non possessoire découlant du contrat d'approvisionnement?; 2) une erreur dans la convention d'achat d'actifs pouvait-elle être rectifiée par voie d'ordonnance judiciaire?; 3) l'addenda pouvait-il [TRADUCTION] « clarifier » rétroactivement la convention d'achat d'actifs, malgré l'intérêt interposé des défenderesses dans la version originale, non clarifiée et non modifiée?

[9] Le juge saisi de la motion a rejeté la demande présentée par les défenderesses en vue d'obtenir une ordonnance de rejet de l'action au motif que Saint John Recycling n'avait pas qualité pour intenter l'action. Le juge saisi de la motion :

1. a interprété la convention d'achat d'actifs comme transférant à Shred Guard le droit d'intenter des poursuites pour violation du contrat d'approvisionnement, même si cela n'était pas son intention;
2. a tiré les conclusions suivantes : (i) la chose non possessoire ne faisait pas partie des actifs devant être transférés selon l'entente entre les parties; (ii) l'erreur dans la convention d'achat d'actifs pouvait être rectifiée par voie d'ordonnance judiciaire afin de la faire concorder avec cette entente, selon les critères de rectification énoncés dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720; (iii) l'absence de procédure appropriée dans laquelle était sollicitée la rectification l'empêchait toutefois de rendre cette ordonnance;
3. a jugé que l'addenda conclu avait comme effet de valider, rétroactivement, que la convention d'achat d'actifs était conforme à l'entente réelle intervenue entre les parties, soit que la chose non possessoire ne faisait pas partie des actifs devant être transférés.

[10] Bien que la possibilité pour le tribunal d'accorder la rectification dans les circonstances ait été traitée dans les mémoires des parties et que la question ait été abordée par le juge, Saint John Recycling n'a présenté aucune demande distincte sollicitant la rectification. Selon le juge, c'est dans le mémoire que Saint John Recycling a déposé postérieurement à l'audience que l'on peut trouver ce qui se rapproche le plus d'une telle demande. Saint John Recycling y indique que, si la Cour ne partage pas son interprétation de la convention d'achat d'actifs, que ce soit dans sa version originale ou dans sa version clarifiée par l'addenda, elle dispose de [TRADUCTION] « tous les faits requis pour rendre une ordonnance de rectification ».

[11] Dans leurs motions en autorisation d'appel, les défenderesses soutiennent que le juge a commis une erreur de droit en ce qui concerne le droit de Saint John Recycling d'intenter l'action, à la fois 1) en concluant que l'addenda autorisait les parties à effectivement rectifier par elles-mêmes la convention d'achat d'actifs rétroactivement, malgré l'intérêt interposé des défenderesses, et 2) en statuant que, sur la foi du dossier, il était possible d'avoir recours à la rectification pour corriger une erreur dans la convention d'achat d'actifs et que, n'eût été l'absence d'une demande en bonne et due forme, une ordonnance aurait pu être délivrée.

[12] La conclusion du juge saisi de la motion selon laquelle Saint John Recycling et Shred Guard avaient intentionnellement signé et conclu la convention d'achat d'actifs après l'expiration du contrat d'approvisionnement n'est pas contestée, ni celle selon laquelle les obligations continues incombant aux parties – d'approvisionnement en ce qui concerne les défenderesses et d'achat en ce qui concerne Saint John Recycling – avaient pris fin. Sa conclusion selon laquelle Saint John Recycling n'avait pas l'intention de vendre le droit d'intenter une action pour violation du contrat d'approvisionnement, et que Shred Guard n'avait pas l'intention d'acheter ce droit, n'est pas non plus contestée. Il n'est pas contesté que la conduite qu'elles ont adoptée postérieurement au contrat concorde avec le fait que Shred Guard n'avait aucun intérêt dans la chose non possessoire.

[13] J'ai rejeté les motions en autorisation et indiqué que mes motifs suivraient. Les voici. En résumé, bien que l'intersection entre les principes juridiques concernant la rectification judiciaire et la capacité des parties contractantes d'établir la date d'entrée en vigueur de leurs obligations, y compris de façon rétroactive, soit une question nouvelle et suffisamment importante pour militer fortement en faveur d'accorder l'autorisation, je ne doute pas de la justesse de la décision du juge de refuser d'octroyer un jugement sommaire au motif que la tenue d'un procès n'était pas requise puisque Saint John Recycling n'avait pas qualité pour intenter l'action et ne pouvait remédier à ce défaut. Dans ces circonstances, accorder l'autorisation d'appel ne faciliterait pas la résolution équitable sur le fond de la présente instance de la façon la plus expéditive, la moins coûteuse et la plus proportionnée.

[14] J'exposerai également ci-après les motifs pour lesquels je rejette les motions en autorisation d'appel de la décision du juge de rejeter partiellement la demande de jugement sommaire fondée sur la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5. Le juge a rejeté l'action en ce qui concerne les violations de l'obligation d'approvisionnement minimal commises au cours des trois premiers exercices du contrat d'approvisionnement, mais a refusé de le faire en ce qui concerne les violations alléguées de l'obligation de vendre exclusivement à Saint John Recycling.

II. Contexte

[15] Les trois défenderesses dans la présente instance, Fero Waste & Recycling Inc., 655227 N.B Inc. et 655228 N.B Inc. (collectivement, les défenderesses), étaient les associées de FeroDominion au moment de la conclusion du contrat d'approvisionnement en 2011. Des changements ont rapidement eu lieu. Même s'ils ne touchent pas directement les questions soulevées par les motions, ces changements méritent d'être soulignés. En janvier 2012, Fero Waste & Recycling Inc. a cessé d'être une associée et FeroDominion est devenue A.P.D.R Enterprises, une société en nom collectif composée de 655227 N.B Inc. et 645615 New Brunswick (2011) Ltd. (une société remplaçante, par voie de fusion, de 655228 N.B. Inc.). En outre, il appert que, plus tard en

2012, la société en nom collectif a vendu l'entreprise de gestion de déchets à Royal Environmental Inc.

A. *Le contrat d'approvisionnement*

[16] Le 28 février 2011, FeroDominion a acheté de Dominion Refuse Collectors l'entreprise de gestion de déchets. Le contrat d'approvisionnement est issu de cette transaction.

[17] Jusqu'à l'acquisition de Dominion Refuse Collectors par FeroDominion, Dominion Refuse Collectors et Saint John Recycling étaient des entreprises apparentées. Pendant la période au cours de laquelle elles étaient apparentées, Dominion Refuse Collectors fournissait à Saint John Recycling du carton pour ses activités de recyclage. Les dirigeants de Saint John Recycling et de Dominion Refuse Collectors se sont efforcés de vendre ensemble les deux entreprises, mais ils n'ont pas réussi.

[18] Lorsque FeroDominion a convenu d'acheter uniquement Dominion Refuse Collectors, une condition de l'entente était que FeroDominion conclue un contrat distinct d'une durée de 5 ans visant le maintien de l'approvisionnement en carton de Saint John Recycling.

[19] Le contrat d'approvisionnement entre FeroDominion, à titre de fournisseur, et Saint John Recycling, à titre d'acheteur, a été conclu le 28 février 2011 pour une période se terminant le 28 février 2016.

[20] Lors de l'audition des motions présentées par les défenderesses, les parties ont présenté des éléments de preuve qui se contredisaient en partie au sujet des circonstances ayant mené à l'insertion de l'art. 8 du contrat d'approvisionnement. Celui-ci énonce l'obligation d'exécution incombant aux défenderesses, laquelle constitue le fondement de l'action intentée par Saint John Recycling :

[TRADUCTION]

Pendant la durée du présent contrat, le vendeur ne vendra à personne d'autre que l'acheteur le produit ou tout autre produit identique ou semblable au produit qui est recyclé à des fins largement similaires. Le vendeur convient de fournir et de vendre à l'acheteur, à chaque exercice, une quantité minimale de 4 000 tonnes de produit.

[Le soulignement est de moi.]

[21] Peu de temps après l'entrée en vigueur du contrat d'approvisionnement, Saint John Recycling a demandé la prorogation du contrat, ce qu'elle n'a pas réussi à obtenir. Lorsque le contrat était sur le point d'expirer, Saint John Recycling a entrepris de vendre son entreprise/ses actifs.

[22] Avant de conclure avec Shred Guard la convention visant la vente de la plupart de ses actifs, Saint John Recycling a informé les défenderesses (ou leurs remplaçantes, qui fournissaient le carton au titre du contrat d'approvisionnement) qu'elle avait l'intention de leur réclamer une indemnité pour les pertes qu'elle avait subies par suite de la violation du contrat d'approvisionnement.

B. *La vente à Shred Guard et la convention d'achat d'actifs*

[23] Le juge saisi de la motion a conclu que, avant la formation de la convention d'achat d'actifs, Shred Guard était au courant de l'existence du contrat d'approvisionnement et savait qu'il allait expirer avant la clôture de la transaction. Cette conclusion n'a pas été contestée. Comme il a été expliqué lors de l'interrogatoire préalable, Saint John Recycling [TRADUCTION] « avait une obligation de terminer [le contrat d'approvisionnement [...]. Et [...] pouvait vendre les actifs une fois le contrat terminé. » Le juge souligne que les parties ont fait exprès pour fixer le moment de la clôture après l'expiration du contrat d'approvisionnement, de sorte qu'aucune obligation continue d'exécution ne leur incombe au titre de ce contrat.

[24] La convention d'achat d'actifs définit ainsi le terme [TRADUCTION] « actifs acquis » : [TRADUCTION] « la totalité des actifs et des biens que le vendeur

possède et qu'il utilise, ou qu'il détient afin de les utiliser dans l'entreprise ou dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, y compris, sans limitation à l'exception des actifs exclus, les actifs suivants [...] » (le soulignement est de moi). La liste des actifs acquis qui suit cette définition ne mentionne pas expressément que la [TRADUCTION] « chose non possesseur » est une catégorie de biens distincte.

[25] Le terme [TRADUCTION] « actifs exclus » est ainsi défini :

[TRADUCTION]

« actifs exclus » S'entend des biens et actifs du vendeur se rapportant à l'entreprise qui sont énumérés ci-dessous :

- i. la totalité de l'encaisse, des soldes bancaires [...];
- ii. la totalité des registres d'entreprise et des registres financiers et autres [...] qui ne concernent pas l'entreprise;
- iii. les comptes clients;
- iv. les biens réels du vendeur;
- v. la case postale conservée [...];
- vi. l'ordinateur et les classeurs [...].

[Le soulignement est de moi.]

[26] Le terme [TRADUCTION] « comptes clients » est ainsi défini :
[TRADUCTION] « La totalité des comptes clients, des effets de commerce, des effets à recevoir, des créances clients, des comptes clients non facturés et autres créances dues ou à échoir au vendeur en lien avec l'entreprise à la fermeture des bureaux à la date de clôture » (le soulignement est de moi).

[27] Devant le juge saisi de la motion, les défenderesses ont soutenu que la définition donnée au terme [TRADUCTION] « actifs acquis » englobait la chose non possesseur. Saint John Recycling et Shred Guard ont fait valoir que tout montant pouvant donner lieu à une indemnisation de la part des défenderesses pour violation du contrat d'approvisionnement était une créance et était donc compris dans la partie soulignée de la définition élargie donnée aux comptes clients. Le dossier ne fait état d'aucune allégation selon laquelle la chose non possesseur relative au contrat d'approvisionnement expiré ne

pourrait être considérée comme une chose que le vendeur [TRADUCTION] « détient [...] afin de [l']utiliser dans l'entreprise ou dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise ».

C. *L'action pour violation du contrat d'approvisionnement*

[28] Le 4 mai 2016, Saint John Recycling a exigé le paiement de 757 103 \$ pour violation du contrat d'approvisionnement. Il s'agit du montant des recettes que Saint John Recycling prétend avoir perdu parce qu'elle n'a pas reçu la quantité minimale de 4 000 tonnes de carton chaque année.

[29] En juin 2016, Saint John Recycling a intenté l'action. En août 2016, ou peu de temps après, chacune des défenderesses a déposé un exposé de la défense.

[30] En septembre 2018, après avoir appris l'existence de la convention d'achat d'actifs conclue avec Shred Guard, les défenderesses ont présenté leurs motions en jugement sommaire.

[31] Dans sa réponse aux motions des défenderesses, Saint John Recycling fait valoir la thèse suivante :

[TRADUCTION]

Le droit d'intenter une action pour les quantités de carton manquantes au titre du contrat d'approvisionnement était exclu de la vente des actifs en raison de la définition donnée au terme « comptes clients » qui incluait les comptes clients non facturés et autres créances dues ou à échoir au vendeur en lien avec l'entreprise à la fermeture des bureaux à la date de clôture. [Le soulignement est de moi.]

[32] À l'appui de ces arguments, elle a aussi déposé un affidavit d'un représentant de Shred Guard :

[TRADUCTION]

4. Les parties ont convenu que [Saint John Recycling] conserverait ses comptes clients, notamment les « comptes clients non facturés et autres créances dues ou à échoir à [Saint John Recycling] en lien avec l'entreprise.

5. Les comptes clients non facturés et autres créances dues ou à échoir à [Saint John Recycling] en lien avec l'entreprise comprennent toute créance exigible de [Saint John Recycling] au titre d'un contrat d'approvisionnement conclu entre [Saint John Recycling] et FeroDominion, une société en nom collectif composée de [...]

[Le soulignement est de moi.]

[33] Comme il est souligné et reproduit ci-dessus, après un ajournement, Saint John Recycling et Shred Guard ont conclu un addenda à la convention d'achat d'actifs.

III. Analyse

[34] Les défenderesses affirment qu'il serait opportun de leur accorder l'autorisation de se pourvoir en appel, puisque, selon elles, tous les critères énoncés à la règle 62.03(4) sont présents. Cette règle guide la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle évalue si elle accordera l'autorisation d'appel :

(4) In considering whether or not to grant leave to appeal, the judge hearing the motion **may consider** the following:

(a) whether there is a **conflicting decision** by another judge or court upon a question involved in the proposed appeal;

(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**.

[Emphasis added.]

(4) Pour décider s'il accordera ou non l'autorisation d'appel, le juge qui entend la motion peut prendre en considération ce qui suit :

a) l'existence d'une **décision contraire** d'un autre juge ou d'un tribunal sur une question soulevée dans le projet 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**.

[Les caractères gras et l'italique sont de moi.]

[35] Bien que la présence de l'un ou de plusieurs de ces facteurs puisse militer en faveur de l'octroi de l'autorisation, cela n'établit pas en soi de droit à l'autorisation. Comme l'a expliqué le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) 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) (C.A.) :

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 [...]. 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 soupeser dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel. [par. 13]

[36] Le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel doit également être exercé en gardant à l'esprit les règles 1.02.1 et 1.03(2), c'est-à-dire en vue d'assurer une résolution équitable sur le fond de la question de la façon la moins coûteuse, la plus expéditive et la plus proportionnée (voir *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, aux par. 55 à 57).

[37] J'exposerai d'abord les motifs pour lesquels je rejette les motions en autorisation d'appel concernant le refus du juge d'accepter la prétention des défenderesses selon laquelle Saint John Recycling n'avait pas qualité pour intenter l'action en violation du contrat d'approvisionnement. J'examinerai ensuite sa décision de rejeter partiellement la demande des défenderesses sollicitant le rejet des réclamations découlant des trois

premiers exercices du contrat d'approvisionnement, sur le fondement de la *Loi sur la prescription*.

A. *Le droit d'intenter l'action*

[38] La décision du juge saisi de la motion repose sur sa conclusion selon laquelle l'addenda a effectivement rectifié rétroactivement ce qu'il a accepté comme étant une erreur dans la convention d'achat d'actifs, erreur qui rendait la convention incompatible avec l'entente intervenue entre les parties.

[39] Toutefois, avant même d'examiner l'addenda, il a exposé les motifs qui l'ont amené à conclure que le fait de ne pas avoir été saisi d'une demande de rectification en bonne et due forme l'empêchait de rendre une telle ordonnance, malgré sa conclusion selon laquelle la preuve établissait que Saint John Recycling avait le droit d'obtenir la rectification de la convention d'achat d'actifs.

[40] En ce qui concerne les conclusions du juge sur l'addenda et la rectification, les défenderesses font valoir qu'il n'a pas appliqué correctement les principes applicables à la rectification énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*

[41] Comme l'a fait le juge saisi de la motion, j'examinerai la question de la rectification judiciaire avant celle de l'addenda. Un examen de la première question sera utile à la résolution de la contestation de la seconde par les défenderesses.

(1) La conclusion du juge selon laquelle la rectification peut être accordée

[42] Bien que les défenderesses ne contestent pas que la preuve au dossier permettait au juge saisi de la motion de conclure à l'absence d'intention de transférer à Shred Guard la chose non possessoire relative au contrat d'approvisionnement, elles soutiennent catégoriquement que la preuve concernant leurs discussions au sujet du contrat

d'approvisionnement n'est pas suffisamment précise pour permettre au juge de conclure que l'entente entre les parties possédait le niveau de certitude et de clarté requis pour satisfaire aux critères rigoureux de rectification énoncés dans l'arrêt *Hôtels Fairmont*. Le juge a traité de cette question expressément.

[43] Dans *Hôtel Fairmont*, la Cour suprême confirme ses décisions antérieures portant sur la rectification. Surtout, elle écarte toute thèse selon laquelle la rectification pouvait reposer sur une simple intention commune d'atteindre un objectif ou un résultat vague. Plus précisément, le juge Brown, au nom des juges majoritaires, rejette la conception large du recours en rectification retenue par les juridictions inférieures, qui s'appuyaient sur *Juliar c. Canada (Attorney General)*, [1999] O.J. No. 3554 (QL) (C. sup. Ont.), confirmé par [2000] O.J. No. 3706 (QL) (C.A.). Comme l'indique le juge Brown : « [...] l'arrêt *Juliar* est incompatible avec la jurisprudence de la Cour et les circonstances très restreintes auxquelles la Cour a limité le recours en rectification » (par. 16) (voir aussi « Narrowing the Doctrine of Rectification in Canadian Law » (2018) *Canadian Business Law Journal*, vol. 611, aux p. 248 à 271).

[44] Comme il n'est pas inhabituel dans ce genre de décisions, le juge Brown entame son examen des principes généraux de la rectification avec un renvoi à l'arrêt *MacKenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, à la p. 375 : [TRADUCTION] « Les tribunaux d'equity ne rectifient pas les contrats; ils peuvent rectifier et rectifient les instruments » (par. 13). Précisant que la rectification ne peut être accordée que lorsque la preuve établit l'existence d'une entente dont les modalités sont « déterminées et déterminables », le juge Brown s'exprime ainsi :

En résumé, la rectification est une réparation en equity visant à corriger les erreurs dans la consignation des modalités dans des instruments juridiques écrits. Lorsqu'on allègue que l'erreur découle d'une erreur commune à toutes les parties à l'entente, le tribunal peut accorder la rectification s'il est convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, il y avait une entente antérieure dont les modalités sont déterminées et déterminables, que l'entente était toujours en vigueur au moment de la signature de l'instrument, que

l'instrument ne consigne pas correctement l'entente et que l'instrument, s'il est rectifié, exécuterait l'entente antérieure des parties. Dans le cas d'une erreur unilatérale, la partie qui sollicite la rectification doit également démontrer que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'existence de l'erreur et que le fait de permettre à l'autre partie de tirer profit de cette entente mal rédigée constituerait une fraude ou l'équivalent d'une fraude. [par. 38]

[Le soulignement est de moi.]

[45] Les défenderesses font valoir que l'absence d'éléments de preuve au sujet de discussions précises ou d'entente expresse visant à exclure le contrat d'approvisionnement empêchait le juge de conclure à l'existence d'une entente dont les modalités étaient « déterminées et déterminables », comme l'exige l'arrêt *Hôtels Fairmont*. Elles soutiennent qu'il ne pouvait pas conclure à l'existence d'une telle entente relativement aux actifs faisant l'objet de la vente en s'appuyant uniquement sur sa conclusion selon laquelle l'entente entre les parties n'englobait pas le contrat d'approvisionnement.

[46] On ne m'a pas convaincu qu'il convenait de remettre en question la justesse de la conclusion du juge selon laquelle la preuve au dossier justifiait d'accorder la rectification, notamment sa conclusion selon laquelle les intérêts des défenderesses en tant que [TRADUCTION] « tiers » n'étaient pas de nature à faire obstacle à une ordonnance de rectification.

[47] Cette dernière conclusion n'a pas été contestée dans la motion en autorisation d'appel. La question des intérêts de tiers est néanmoins pertinente pour ce qui est de la rectification et elle était au cœur de la conclusion à laquelle est arrivée le juge saisi de la motion selon laquelle l'addenda permet de corriger la convention d'achat d'actifs.

[48] Le juge saisi de la motion a énoncé les principes applicables aux intérêts de tiers par rapport à la rectification en renvoyant aux motifs des juges minoritaires dans l'arrêt *Hôtels Fairmont*. Ces principes bien établis n'avaient pas été examinés par les juges majoritaires. Comme l'explique le juge Abella :

Que l'erreur réside dans la transcription ou dans la mise en œuvre, les tribunaux peuvent refuser d'exercer leur pouvoir discrétionnaire si la rectification serait préjudiciable aux droits des tiers (*Wise c. Axford*, [1954] O.W.N. 822 (C.A.)). Toutefois, la simple présence d'un tiers ne fait pas obstacle à la rectification. Dans l'arrêt *Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354, la Cour a conclu que la présence d'un tiers ne fait obstacle à la rectification que si le tiers en question s'est effectivement fondé sur l'entente erronée. Le juge Gray a ultérieurement expliqué ce principe dans la décision *Consortium Capital Projects Inc. c. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761 (H.C.J.), p. 766, conf. par. (1990), 72 O.R. (2d) 703 (C.A.) : [TRADUCTION] « ... le critère applicable est celui de savoir si le tiers s'est fondé sur le document signé et s'il a agi sur la foi de ce document ». (Voir aussi McCamus, p. 595; Spry, p. 630-631; *Kolias c. Owners : Condominium Plan 309 CDC* (2008), 440 A.R. 389 (C.A.); *Carlson, Carlson and Hettrick c. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337 (C.A.), par. 24-26.) [par. 67]

[49] En concluant que l'intérêt des défenderesses n'empêchait pas d'accorder la rectification de la convention d'achat d'actifs, le juge saisi de la motion a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'avocat de Fero Waste a soutenu énergiquement qu'il serait préjudiciable aux droits de la société en nom collectif que je n'astreigne pas 048835 et Shred Guard à respecter les clauses de la convention Shred Guard, privant ainsi les auteurs des motions d'un moyen de défense. On élargit ainsi exagérément, à mon avis, la portée de la définition, aux fins de rectification, des droits touchés de tiers.

Premièrement, le contrat d'approvisionnement est venu à expiration la veille de la clôture de la transaction Shred Guard, de sorte qu'il n'y avait pas de lien continu entre la transaction et les droits et obligations des parties au contrat d'approvisionnement. Autrement dit, quelle qu'ait été l'entité (Shred Guard ou 048835) disposant du droit résiduel de recouvrement au titre du contrat d'approvisionnement, la société en nom collectif n'était plus tenue à aucune obligation d'exécution en application du contrat à compter de la date d'entrée en vigueur de la transaction Shred Guard.

Deuxièmement, le dossier ne révèle aucune participation des auteures des motions à la transaction Shred Guard, ni aucun comportement adopté par celles-ci en conséquence de cette transaction. Les auteures des motions ont assurément le droit de présenter une défense dans l'action; toutefois, si elles revendiquent le droit dévolu à un moyen de défense précis reposant sur la rédaction déficiente d'un texte juridique dans le cadre d'une transaction à laquelle elles n'ont pas participé et sur laquelle elles ne se sont jamais fondées, cela dépasse largement la portée des droits protégés de tiers. Pour paraphraser le paragraphe 67 de l'arrêt *Fairmont*, les auteures des motions ne se sont pas fondées sur le contrat d'approvisionnement signé ni n'ont agi sur la foi de ce document – en réalité, elles n'étaient pas véritablement au fait de la question avant que, lors de la comparution du 17 décembre 2018, je n'ordonne la divulgation de la convention Shred Guard. [par. 28 et 29]

[Le soulignement est de moi.]

(3) La conclusion du juge quant à l'entente par voie d'addenda

[50] Selon les défenderesses, la conclusion du juge au sujet de l'addenda a permis à tort à Saint John Recycling et Shred Guard de rectifier elles-mêmes la convention de façon rétroactive. Même si elles reconnaissent que les parties sont libres de convenir que leurs obligations entreront en vigueur à une date antérieure à la formation du contrat, elles soutiennent que le droit ne permet pas aux parties de modifier rétroactivement une entente existante à l'encontre de l'intérêt interposé de tiers sans obtenir du tribunal une ordonnance de rectification. Elles affirment que le raisonnement adopté par le juge contourne les exigences applicables à la rectification circonscrites de façon restrictive par l'arrêt *Hôtels Fairmont* et la thèse selon laquelle seule une ordonnance de rectification rendue par un tribunal peut donner un effet véritablement rétroactif à un document rédigé antérieurement, comme l'établit l'arrêt *Persimmon Homes Ltd. c. Woodford Land Ltd.*, [2011] EWHC 3109 (Ch). Dans *Persimmon Homes*, la Cour a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Dans ce contexte, il vaut la peine de s'attarder (comme les deux parties en conviennent) sur le motif pour lequel les demandes de rectification de la convention ne tombent pas sous le coup de la clause 18. Je conviens avec l'avocat de

Woodford, M^e McGhee, c.r., que ce motif réside dans la nature de la réparation sollicitée. La rectification est une réparation, toujours discrétionnaire, que seul le tribunal peut octroyer. Il importe aussi de noter qu'un jugement de rectification a un effet rétroactif, de sorte que le document en cause [TRADUCTION] « doit être interprété comme s'il avait été rédigé à l'origine en sa version rectifiée » (voir *Craddock Bros c. Hunt*, [1923] 2 Ch. 136, p. 151, le maître des rôles lord Sterndale, et *Snell's Equity*, 32^e éd., par. 16-027). Une entente entre les parties ou une décision d'un expert ne peut entraîner un tel résultat, qui relève de la compétence exclusive du tribunal. [par. 21]

[Le soulignement est de moi.]

[51] Le juge saisi de la motion reconnaît explicitement, d'un côté, la réparation en equity qu'est la rectification et que [TRADUCTION] « seul un tribunal peut ordonner qu'un document soit considéré à tous égards avoir été rédigé à l'origine en sa version rectifiée » et, d'un autre côté, le [TRADUCTION] « principe selon lequel les parties sont libres de régir leurs rapports contractuellement, sous réserve des restrictions relevées, à compter de la date de leur choix » (par. 39), et il tente de concilier ces deux principes.

[52] Il souligne que les parties n'ont pu citer aucune jurisprudence canadienne sur cette question et fait référence à un article rédigé par Gerard McMeel, c.r., intitulé « Contracts: Rectification and Other Ways to Correct Mistakes » (Thomson Reuters, *Practical Law UK*, 2019), et un autre rédigé par Jeffrey Kwall intitulé « Backdating » (Loyola University Chicago, États-Unis, 2008). Il passe également en revue les arrêts *Debreceeni et al. c. The Outlet Company*, 784 F.2d 13 (1^{er} Cir. 2013), et *Viacom International Inc. c. Tandem Productions Inc.*, 368 F. Supp 1264 (S.D.N.Y. 1974), tous deux mentionnés dans l'article du professeur Kwall.

[53] Dans son article intitulé « Contracts: Rectification and Other Ways to Correct Mistakes », le professeur McMeel examine trois moyens de corriger une erreur dans un document écrit pour le rendre conforme à l'entente entre les parties : 1) l'interprétation du document; 2) la rectification; 3) l'entente entre les parties. En effet, lorsque l'objectif est de corriger une erreur qui s'est glissée dans un document,

l'interprétation du document et, subsidiairement, sa rectification sont généralement invoquées de pair. De toute évidence, si les circonstances permettent de corriger l'erreur en ayant recours à l'interprétation, l'ordonnance de rectification devient inutile.

[54] Le juge conclut que [TRADUCTION] « les parties ne peuvent modifier contractuellement leurs rapports avec effet rétroactif que s'il n'est porté atteinte à aucun droit d'un tiers ».

[55] Après avoir tranché ce point, il s'intéresse à la question de savoir si l'intérêt dont disposent les défenderesses permet de [TRADUCTION] « refuser à [Saint John Recycling] et Shred Guard la capacité de régir contractuellement, avec prise d'effet le 29 février 2016, les clauses de la transaction Shred Guard de la manière qui avait toujours été entendue ». Il conclut ainsi :

[TRADUCTION]

[...] j'ai conclu que le fait que l'addenda Shred Guard valide la transaction Shred Guard, comme les parties à la transaction l'avaient conçue à l'origine et tel qu'elles ont agi sur son fondement, l'emporte sur le fait que, en lui donnant un effet rétroactif, l'on privera les [défenderesses] de la possibilité de mettre au point une défense opportuniste reposant sur la rédaction déficiente d'un texte juridique dans le cadre d'une transaction avec laquelle elles n'avaient aucun lien et sur laquelle elles ne se sont jamais fondées. Dans ces circonstances, pour reprendre les termes employés par McMeel et Kwall dans leurs articles précités (paragraphe 36 et 39), la réalité quant à la transaction Shred Guard n'a pas été modifiée, et les [défenderesses] ne peuvent prétendre être des tiers touchés. [...] [par. 51]

[Le soulignement est de moi.]

(3) Exercice du pouvoir discrétionnaire pour refuser l'autorisation d'appel concernant la décision portant sur le droit d'intenter l'action

[56] Comme le souligne le juge dans son analyse portant sur l'addenda, peu de textes mettent en rapport la capacité des parties contractantes de choisir la date à laquelle leurs obligations prendront effet (sous réserve de certaines limites) et les conséquences des

limites au recours en rectification, particulièrement celles dont il est fait mention dans *Persimmon Homes*.

[57] Toutefois, comme je l'ai déjà indiqué, j'ai conclu que je devais refuser d'accorder l'autorisation, principalement parce que je ne doute pas de la justesse de la décision de *rejeter la demande de jugement sommaire*. Je n'accepte pas la thèse selon laquelle le juge saisi de la motion a commis une erreur en ne concluant pas que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire parce que Saint John Recycling n'avait pas qualité pour intenter l'action. Si tel avait été le cas, il s'agissait d'un vice de forme qui était le résultat d'une erreur pouvant être corrigée au dossier dont était saisi le juge.

[58] Indépendamment de la justesse de la décision sur l'addenda, et sans me prononcer sur son bien-fondé, il n'existe aucune raison de mettre en doute la décision du juge vu sa conclusion relative au droit à la rectification. Il a également tiré des conclusions de fait qui sont à la fois inattaquables et non contestées et qui étayaient une interprétation de la convention d'achat d'actifs qui concorde avec la position adoptée au départ par Saint John Recycling et Shred Guard. Autant de questions raisonnablement susceptibles d'être soulevées en appel, par voie d'avis de désaccord, si l'autorisation était accordée.

[59] Comme je l'ai expliqué précédemment, les conclusions de fait et l'analyse du juge ne laissent planer aucun doute quant à la justesse de sa conclusion selon laquelle la rectification de la convention d'achat d'actifs pouvait se justifier. Il a décidé de ne pas rendre l'ordonnance en l'absence d'une demande précise à cet effet. Même s'il ne devait pas rendre l'ordonnance pour ce motif, il n'est pas contesté que la possibilité de recourir à la rectification était une question en litige qui a été abordée par les parties et, bien entendu, examinée par le juge. Il a pu décider qu'il n'était pas nécessaire d'examiner plus en profondeur les conséquences de sa conclusion, étant donné sa conclusion sur l'efficacité de l'addenda. Je suis toutefois d'avis que sa conclusion selon laquelle Saint John Recycling avait droit à la rectification suffisait, en soi, pour rejeter la prétention que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire, ou, à tout le moins, pour ajourner la demande. En tirant cette

conclusion, le juge reconnaît pour le moins l'existence d'une erreur, que Saint John Recycling avait la possibilité de corriger et qui lui assure le droit de faire instruire l'action.

[60] L'analyse des questions en appel comprend celles qui découlent du rejet de la prétention initiale de Saint John Recycling – selon laquelle la convention d'achat d'actifs, dans son libellé initial, ne peut être interprétée comme opérant cession de la chose non possessoire découlant du contrat d'approvisionnement. Même si l'argument relatif à l'interprétation de la convention d'achat d'actifs n'est pas aussi solide que celui sur la question de la rectification, on ne peut pas dire qu'il n'offre aucun fondement au rejet de la demande de jugement sommaire.

[61] Il n'est pas étonnant que les défenderesses, dès qu'elles ont eu connaissance de la convention d'achat d'actifs, aient été d'avis que celle-ci transférait à Shred Guard la chose non possessoire. Effectivement, considérée isolément, elle transfère à première vue [TRADUCTION] « la totalité des actifs et des biens que le vendeur possède et qu'il utilise, ou qu'il détient afin de les utiliser dans l'entreprise ou dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise », à l'exception des actifs qui sont expressément exclus. Selon le dossier, il semble que, au début des comparutions qui ont eu lieu devant le tribunal, cette interprétation n'a pas vraiment été contestée. De toute évidence, l'intention subjective des parties n'a été d'aucun secours. Conformément à cela, et à l'attention portée ultérieurement sur la nouvelle entente par voie d'addenda, la décision traite assez peu de l'analyse interprétative à laquelle s'est livré le juge, si ce n'est qu'il était évident que la chose non possessoire n'était pas exclue selon la définition élargie du terme [TRADUCTION] « comptes clients ». Toutefois, à la fin de sa décision, le juge saisi de la motion tire des conclusions de fait importantes quant au moment de la formation de la convention d'achat d'actifs, dont la plupart auraient trait aux circonstances de l'espèce.

[62] Il va de soi que l'objectif de l'interprétation des contrats est d'établir l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat. Cela exige de lire le contrat dans son ensemble, dans le contexte des circonstances de l'espèce, et de reconnaître à la fois que l'interprétation d'une disposition doit reposer sur son libellé et que les

circonstances de l'espèce ne peuvent avoir préséance sur le libellé du contrat ou permettre de s'en écarter.

[63] Si une certaine ambiguïté subsiste, la conduite post-contractuelle/ultérieure peut être utile pour faciliter l'interprétation du contrat (voir *Magasins Hart Inc. c. 3409 Rue Principale Inc.*, 2020 NBCA 49, [2020] A.N.-B. n° 167 (QL); *Shewchuk c. Blackmont Capital Inc.*, 2016 ONCA 912, [2016] O.J. No. 6190 (QL)). Les conclusions du juge sur ce point sont elles aussi importantes. Il souligne que, après la clôture de la transaction, les parties ont agi à l'égard du contrat d'approvisionnement comme si Shred Guard n'avait aucun intérêt dans celui-ci. Cela est étayé notamment par la demande de paiement signifiée par Saint John Recycling et l'introduction de l'action, ainsi que par l'absence de tout élément de preuve selon lequel Shred Guard aurait reçu une copie de l'entente, ou des détails de celle-ci, comme le rendement antérieur ou les sommes dues ou payables. Voici ces conclusions :

[TRADUCTION]

On m'a convaincu, tel qu'il a été mentionné, que les parties n'ont jamais eu l'intention que la transaction Shred Guard vise le contrat d'approvisionnement, ou tout droit de recouvrement en découlant. M. Northrup (au nom de Shred Guard) et M. Yaffe (au nom de 048835) se sont toujours comportés d'une manière cadrant avec le maintien par 048835 de la propriété de tout intérêt dans le contrat d'approvisionnement. De plus, rien n'indique qu'un tiers quelconque se soit fondé pour agir sur le fait que, en date du 29 février 2019, Shred Guard soit devenue propriétaire de tout intérêt résiduel ou droit de recouvrement au titre du contrat d'approvisionnement. D'ailleurs, tel qu'il a été indiqué, les communications internes entre MM. Dubblestyne, Pollard et Fielding témoignent du fait que, à la mi-février 2016, la société en nom collectif (Fero Waste) s'attendait à un recours de la part de 048835 pour violation du contrat d'approvisionnement. [par. 27]

[64] Cela dit, si l'autorisation était accordée, la question de l'interprétation de la convention d'achat d'actifs ne peut être exclue comme fondement sur lequel maintenir la décision du juge de ne pas octroyer de jugement sommaire.

[65] Bien que les défenderesses aient fait valoir que le fait d'accorder l'autorisation favoriserait la résolution équitable de l'instance sur le fond de la manière la plus expéditive, la moins coûteuse et la plus proportionnée, je ne suis pas d'accord avec elles. À mon avis, ce résultat est atteint par l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder l'autorisation de porter cette question en appel.

B. *Prescription*

[66] Les défenderesses ont demandé au juge saisi de la motion de rejeter la totalité des réclamations ayant trait aux violations du contrat d'approvisionnement antérieures au 23 juin 2014, en s'appuyant sur le par. 5(1) de la *Loi sur la prescription*. Le juge a rejeté la demande en violation de l'obligation de fournir une quantité annuelle minimale de 4 000 tonnes de carton lors de chacun des trois premiers exercices visés par le contrat. Il n'a toutefois pas rejeté la demande contre les défenderesses en violation d'une autre obligation au titre du contrat d'approvisionnement, soit l'interdiction de vendre du carton à toute autre personne, souvent appelée la clause ou l'obligation d'exclusivité. Par souci de commodité, je reproduis cette clause encore une fois :

[TRADUCTION]

Pendant la durée du présent contrat, le vendeur ne vendra à personne d'autre que l'acheteur le produit ou tout autre produit identique ou semblable au produit qui est recyclé à des fins largement similaires. Le vendeur convient de fournir et de vendre à l'acheteur, à chaque exercice, une quantité minimale de 4 000 tonnes de produit.

[Le soulignement est de moi.]

[67] La décision du juge était fondée sur sa conclusion selon laquelle Saint John Recycling n'avait pas découvert la violation de l'obligation d'exclusivité avant le 20 décembre 2017, lorsque, lors de l'interrogatoire préalable, il a été admis que les défenderesses avaient violé cette obligation en vendant du carton à d'autres acheteurs.

[68] Dans leurs motions en autorisation d'appel, les défenderesses contestent la décision du juge en s'appuyant sur leur prétention selon laquelle l'exposé de la demande ne contient aucune demande en bonne et due forme à l'égard de la violation de cette obligation. Elles soutiennent que, puisque la somme réclamée dans l'exposé de la demande correspond aux dommages-intérêts pour violation de l'obligation d'approvisionnement minimal, aucune demande de dommages-intérêts n'est faite en ce qui concerne la violation de l'obligation d'exclusivité.

[69] Le juge a rejeté ces arguments. Il a décidé que l'exposé de la demande [TRADUCTION] « constitue une demande de dommages-intérêts fondée sur la violation du contrat d'approvisionnement, notamment l'engagement de fournir une quantité minimale annuelle de 4 000 tonnes ainsi que les dispositions relatives à l'exclusivité » (le soulignement est de moi). Cela dit, il indique qu'il aurait été préférable que Saint John Recycling modifie sa demande, comme il en avait été question lors de l'une des audiences.

[70] Je ne doute pas de la justesse de l'interprétation de l'exposé de la demande que fait le juge, pour les motifs qu'il expose, et j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour refuser d'accorder l'autorisation de se pourvoir en appel de cette décision.

IV. Dispositif et dépens

[71] Pour ces motifs, j'ai rejeté les motions en autorisation d'appel. Je suis d'avis de condamner les défenderesses au paiement d'une masse de dépens de 1 000 \$.