

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

101-21-CA
102-21-CA

B E T W E E N :

Estate of CHARLES MELBOURNE CROWE and
JUNE IVY CROWE, Executrix of the Estate of
CHARLES MELBOURNE CROWE

INTENDED APPELLANTS

- and -

B & B ENVIRONMENTAL SERVICES LTD.

INTENDED RESPONDENT

- and -

MARK CANTY, Q.C., BRENDA LUTZ, Q.C.,
DANYS DELAQUIS, BRUCE GRANT and
MICHEL BOUDREAU

INTENDED RESPONDENTS

BANK OF NOVA SCOTIA, doing business as
SCOTIABANK

INTENDED RESPONDENT

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice LeBlond

Date of hearing:
November 8, 2021

Date of decision:
December 2, 2021

Counsel at hearing:

For the intended appellants:
Edward W. Keyes, Q.C.

E N T R E :

La succession de CHARLES MELBOURNE
CROWE et JUNE IVY CROWE, exécutrice
testamentaire de CHARLES MELBOURNE
CROWE

APPELANTES ÉVENTUELLES

- et -

B & B ENVIRONMENTAL SERVICES LTD.

INTIMÉE ÉVENTUELLE

- et -

MARK CANTY, c.r., BRENDA LUTZ, c.r.,
DANYS DELAQUIS, BRUCE GRANT et
MICHEL BOUDREAU

INTIMÉS ÉVENTUELS

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, faisant
affaire sous le nom de BANQUE SCOTIA

INTIMÉE ÉVENTUELLE

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge LeBlond

Date de l'audience :
le 8 novembre 2021

Date de la décision :
le 2 décembre 2021

Avocats à l'audience :

Pour les appelantes éventuelles :
Edward W. Keyes, c.r.

For the intended respondent B & B Environmental:
Rodney J. Gillis, Q.C. and D. Andrew Rouse, Q.C.

For the intended respondents Mark Canty, Q.C.,
Brenda Lutz, Q.C., Danys Delaquis, Bruce Grant
and Michel Boudreau:
Lucie Richard, Q.C.

For the intended respondent Bank of Nova Scotia:
Stephen J. Hutchison, Q.C.

Pour l'intimée éventuelle B & B Environmental :
Rodney J. Gillis, c.r. et D. Andrew Rouse, c.r.

Pour les intimés éventuels Mark Canty, c.r.,
Brenda Lutz, c.r., Danys Delaquis, Bruce Grant et
Michel Boudreau:
Lucie Richard, c.r.

Pour l'intimée éventuelle Banque de Nouvelle-
Écosse :
Stephen J. Hutchison, c.r.

DECISION

I. Factual Context

[1] In July 2016, B & B Environmental Services Ltd. learned its former accountant and bookkeeper, Charles Crowe, had embezzled a large sum of money from the company. He allegedly did this by opening an account for B & B at the Bank of Nova Scotia without B & B's knowledge or authority. He then diverted B & B funds, deposited in that account, to himself. All this came to light after Mr. Crowe passed away in 2014. The limitation period to commence an action against Crowe and BNS was therefore set to expire in July 2018 in accordance with s. 5 of the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5 (the "*Act*").

[2] In June 2018, B & B, represented by its original solicitor, Michel Boudreau, commenced an action against BNS only (the BNS action). The record is not clear as to why an action was not commenced against Crowe's estate at that time. However, BNS added the Estate and its executrix as third parties in 2020.

[3] In August 2018, B & B, now represented by new counsel, commenced an action against the Estate (the Estate action). In its Statement of Defence, the Estate pleaded the prescription provision of s. 5 of the *Act*. B & B filed a motion pursuant to Rule 23.01(1)(a) of the *Rules of Court* asking the court to determine the question of law as to whether or not the action was statute-barred. It acknowledged in its grounds it had exceeded the limitation period required "to begin a claim." On January 14, 2019, the judge who heard that motion released an order holding that B & B had "exceeded the limitation period to begin a claim." He ordered dismissal of the claim and further ordered judgment be entered in favour of the Estate.

[4] On January 18, 2019, B & B filed an action against Mark Canty, Q.C., Brenda Lutz Q.C., Danys Delaquis and Bruce Grant, being the partners of the firm who employed Mr. Boudreau at the time he commenced the BNS action. Mr. Boudreau was

also named in this action (the Canty action). These defendants, with leave of this Court (see *Canty et al. v. B & B Environmental Services Ltd. et al.*, 2020 NBCA 39, [2020] N.B.J. No. 125 (QL)), joined BNS as a third party and the latter later joined B & B, the Estate and its executrix as fourth parties. The fourth parties cross-claimed against each other.

[5] B & B brought the underlying motions in the BNS and Canty actions seeking to add the Estate and executrix as defendants in both actions pursuant to Rule 5.04 and s. 21 of the *Act*. The Estate and executrix opposed the motions arguing the doctrines of *res judicata* and abuse of process precluded B & B's ability to name them as defendants in these actions on the basis the Estate action earlier filed against them had been dismissed with judgment entered in their favour.

[6] The motion judge below allowed B & B's motions and gave concurrent leave to the parties to amend their pleadings to reflect this result. She held that while the application of *res judicata* had merit, in the circumstances of this case, she chose to exercise her discretion in favour of allowing the requested amendments. Her analysis forms the basis of the Estate's and executrix' motion for leave to appeal now before me. For the reasons I elaborate below, leave to appeal is denied.

III. Analysis

[7] The motion judge held that, but for the dismissal of the Estate action, she would have had no issue in allowing the addition of the Estate and executrix in the two other actions for the same reasons Quigg J.A. had written for the Court in *Canty et al.*, namely that there are questions of law and fact in common to all parties which arise from the same series of transactions (paras. 36-39). However, the motion below featured an additional factor which was not before the Court in *Canty et al.* nor before the judge who dismissed the Estate action, namely the combined effect of Rule 5.04 and s. 21 of the *Act* which were central to B & B's motions below. These provisions read as follows:

**Rule 5.04 of the Rules of Court
Misjoinder, Non-Joinder and Parties
Named Incorrectly**

(1) A proceeding shall not be defeated by reason of the misjoinder or non-joinder of a person and the court may decide issues or questions in dispute so far as they affect the rights and interests of the persons who are parties to the proceeding and pronounce judgment without prejudice to the rights of persons who are not parties.

(2) At any stage of a proceeding the court may grant leave to add, delete or substitute a party or to correct the name of a party and such leave shall be given, on such terms as may be just, unless prejudice will result which cannot be compensated for by costs or an adjournment.

(3) A person shall not be added as a plaintiff or applicant without his consent in writing being filed.

(4) Where a defendant or respondent is added or substituted, the plaintiff or applicant shall, unless ordered otherwise, issue and serve on the new party an amended originating process, and the proceeding is commenced against the new party when the amended originating process is issued.

Limitation of Actions Act

Claims added to proceedings

21 Despite the expiry of the relevant limitation period established by this Act, a claim may be added, through a new or an

**Règle 5.04 des Règles de procédure
Fausse jonction, omission de joindre
une partie et identification incorrecte
des parties**

(1) Aucune instance ne doit être annulée en raison d'une fausse jonction ou de l'omission de joindre une personne. La cour peut trancher des questions en litige dans la mesure où elles affectent les droits et les intérêts des parties à l'instance et rendre jugement sans préjudice aux droits des personnes qui n'y sont pas parties.

(2) La cour peut, au cours d'une instance, donner la permission d'ajouter, de soustraire, de substituer une partie ou de corriger le nom d'une partie. Cette permission doit être accordée, aux conditions qu'elle estime justes, à moins qu'il n'en résulte un préjudice qui ne saurait être compensé par l'attribution de dépens ou par un ajournement.

(3) Personne ne doit être ajouté comme demandeur ou requérant s'il n'a pas déposé son consentement écrit.

(4) Lorsqu'un défendeur ou un intimé est ajouté ou substitué à un autre, le demandeur ou le requérant doit, sauf ordonnance contraire, émettre un acte introductif d'instance modifié et le signifier à la nouvelle partie. L'instance est introduite contre celle-ci dès l'émission de l'acte modifié.

Loi sur la prescription

Ajout de réclamations

21 Malgré l'expiration du délai de prescription imparti par la présente loi, une réclamation peut être ajoutée à une

amended pleading, to a proceeding previously commenced if the added claim is related to the conduct, transaction or events described in the original pleadings and the conditions set out in one of the following paragraphs are satisfied:

(a) the added claim is made by a party to the proceeding against another party to the proceeding and does not change the capacity in which either party sues or is sued;

(b) the added claim adds or substitutes a defendant or changes the capacity in which a defendant is sued, but the defendant has received, before or within 6 months after the expiry of the limitation period, sufficient knowledge of the added claim that the defendant will not be prejudiced in defending against the added claim on the merits;

(c) the added claim adds or substitutes a claimant or changes the capacity in which a claimant sues, but the defendant has received, before or within 6 months after the expiry of the limitation period, sufficient knowledge of the added claim that the defendant will not be prejudiced in defending against the added claim on the merits, and the addition of the claim is necessary or desirable to ensure the effective determination or enforcement of the claims asserted or intended to be asserted in the original pleadings.

[Emphasis added.]

instance déjà en cours au moyen d'un nouvel acte de procédure ou d'un acte de procédure modifié si elle se rapporte à la conduite, à l'opération ou aux événements décrits dans les actes de procédure déposés à l'origine et qu'il est satisfait aux conditions énoncées dans l'un des alinéas suivants :

a) elle est présentée par une partie à l'instance contre une autre partie à l'instance et ne modifie pas la qualité en laquelle elles interviennent à l'instance;

b) elle joint ou substitue un défendeur ou modifie la qualité en laquelle un défendeur est poursuivi, mais, avant que n'expire le délai de prescription ou dans les six mois qui suivent son expiration, le défendeur en a pris suffisamment connaissance pour ne pas subir de préjudice en la contestant, sur le fond;

c) elle joint ou substitue un réclamant ou modifie la qualité en laquelle un réclamant intente une poursuite, mais, avant que n'expire le délai de prescription ou dans les six mois qui suivent son expiration, le défendeur en a pris suffisamment connaissance pour ne pas subir de préjudice en la contestant, sur le fond, et l'adjonction de la réclamation est nécessaire ou souhaitable pour garantir la détermination ou l'exécution efficace des réclamations présentées ou devant être présentées dans les actes de procédure déposés à l'origine.

[C'est moi qui souligne.]

[8] The motion judge correctly noted the undisputed fact that the subject matter of the potential claim by B & B against the Estate and executrix was known to them well within the six months following the expiry of the limitation period. She also

found there was no prejudice to the Estate and executrix to have them added as defendants. This is particularly true given they were already parties in these actions.

[9] Prior to 2009, s. 21 did not feature in the previous limitation of action legislation and, as Drapeau C.J.N.B., as he then was, wrote in *Lévesque and BMG Farming Ltd. v. Province of New Brunswick and New Brunswick Crop Insurance Commission*, 2011 NBCA 48, 372 N.B.R. (2d) 202, the new *Act* “ [...] is far more flexible than the version at issue here [*Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8]. Thus, the new statute provides a process to accommodate the addition of claims after the expiry of a limitation period” (at para. 80). As s. 21(b) of the *Act* makes clear, the added claim permits the addition of a defendant who had knowledge of the claim within the previously referenced six-month time frame. This “sufficient knowledge” is stated to prevent prejudice to the intended defendant in defending against the added claim on the merits. The fact the Estate and executrix are already parties to the BNS and Canty actions further militates against any such prejudice. Moreover, the addition of the Estate and executrix does not begin a claim in the sense of s. 5 of the *Act*.

[10] The narrow issue before the motion judge below was whether the dismissal of the Estate action precluded the application of s. 21. She noted no case law on point was presented to her and, to that extent, this presents as a case of first impression. It is at this level the motion judge was asked by B & B to exercise her discretion to not apply *res judicata*.

[11] The Court has opined on the application of *res judicata* and the principled exercise of discretion associated with it. In *McNichol v. Co-operators General Insurance Company*, 2006 NBCA 54, 298 N.B.R. (2d) 44, Drapeau C.J.N.B., as he then was, wrote for the Court that the principle of *res judicata* “[...] does not operate to oust the court’s jurisdiction” and noted it is designed to achieve justice and its “[...] application may involve the principled exercise of discretion [...].” He went on to write the principle provides the parties a defence “[...] to which the court may give effect in the exercise of

its jurisdiction to try the action: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460 [...]” (para. 23).

[12] I note to the extent *res judicata* has two components, cause of action estoppel and issue estoppel, both are concerned with preventing re-litigation of either an entire suit or a particular issue. Neither of these considerations were at issue when the Estate action was dismissed; no suit nor issue within the proposed suit were litigated as prescription prevented that from happening. However, the issue of the application of Rule 5 and s. 21 which now arises in the BNS and Canty actions was not before the judge who dismissed the Estate action. As Drapeau C.J.N.B. noted in *CUPE, Local 1188 and LeBlanc v. Town of Sackville*, 2007 NBCA 18, 313 N.B.R. (2d) 147, “*Res judicata* has been described as a rule of evidence [...] and as a bar or defence to an action that must be specially pleaded [...]. [It does not operate] to oust a judicial tribunal’s jurisdiction over an action [...]. Moreover, courts have reserved unto themselves a discretionary power to reject the application of *res judicata* in, admittedly, exceptional circumstances [...]” (para. 33).

[13] The Estate and executrix argue the motion judge erred in law in applying the “fairness approach” to the application of *res judicata* in a court-to-court context. That position runs contra to the dictates of the Supreme Court in *Danyluk*, as adopted by our Court. As Richard J.A., as he then was, noted in *Stairs v. CFM Corporation et al.*, 2017 NBCA 8, [2016] N.B.J. No. 302 (QL), quoting from para. 63 of *Danyluk*: “The doctrine of [*res judicata*] is designed as an implement of justice, and a protection against injustice. It inevitably calls upon the exercise of a judicial discretion to achieve fairness according to the circumstances of each case” (para. 68). Richard J.A. went on to accept the *Danyluk* conclusion that judges who do not exercise the discretion they clearly possess in determining whether to apply *res judicata* commit a reversible error in principle.

[14] The Court of Appeal for Ontario came to the same conclusion in the recent decision of *Dosen v. Meloche Monnex Financial Services Inc. (Security National Insurance Company)*, 2021 ONCA 141, [2021] O.J. No. 1100 (QL). It decided the

exercise of discretion to decline the application of the abuse of process or *res judicata* doctrines includes a consideration of whether fairness dictates the original result (in the case before me, the dismissal of the Estate action) should not be binding in the new context (see para. 37).

[15] The motion judge exercised her discretion in accordance with the above principles and, on that score, she is owed deference: *Vautour et al. v. Her Majesty the Queen in right of the Province of New Brunswick et al.*, 2021 NBCA 4, [2021] N.B.J. No. 18 (QL), at para. 33. There is no need for appellate intervention. The Estate and executrix must decide if they wish to test the scope of the defence of *res judicata* at trial. Nothing in this decision should be interpreted as a pre-determination of that issue. That will be left to the trial judge.

III. Disposition

[16] Leave to appeal is denied. I order two sets of costs in the amount of \$1,500 each payable by the Estate to B & B and to Canty et al. BNS took no position on the motion and, as a result, I make no award of costs in its favour.

DÉCISION

I. Contexte factuel

- [1] En juillet 2016, la B & B Environmental Services Ltd. a appris que son ancien comptable et teneur de livres, Charles Crowe, avait détourné une forte somme d'argent de la société. Il l'aurait fait en ouvrant un compte pour la B & B à la Banque de Nouvelle-Écosse à l'insu de la B & B et sans son autorisation. Il a ensuite détourné vers lui-même les fonds de la B & B déposés dans ce compte. Tout cela est venu au jour après que M. Crowe est décédé en 2014. Le délai de prescription pour introduire une action contre Crowe et la Banque devait donc expirer en juillet 2018 par application de l'art. 5 de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5 (la *Loi*).
- [2] En juin 2018, la B & B, représentée par son avocat du début, Michel Boudreau, a introduit une action uniquement contre la Banque (l'action contre la Banque). Le dossier ne montre pas clairement pourquoi une action n'a pas été introduite alors contre la succession de Crowe. Toutefois, la Banque a ajouté la succession et son exécutrice comme mises en cause en 2020.
- [3] En août 2018, la B & B, représentée par un nouvel avocat, a introduit une action contre la succession (l'action contre la succession). Dans son exposé de la défense, la succession a plaidé la disposition sur la prescription, soit l'art. 5 de la *Loi*. La B & B a déposé une motion en vertu de l'al. 23.01(1)a) des *Règles de procédure* pour demander à la Cour de trancher la question de droit consistant à savoir si l'action était prescrite. Elle a reconnu dans ses motifs qu'elle avait dépassé le délai de prescription requis [TRADUCTION] « pour commencer une réclamation ». Le 14 janvier 2019, le juge qui a entendu la motion a rendu une ordonnance déclarant que la B & B avait [TRADUCTION] « dépassé le délai de prescription imparti pour commencer une réclamation ». Il a ordonné le rejet de la demande et a ordonné en outre que jugement soit inscrit en faveur de la succession.

[4] Le 18 janvier 2019, la B & B a déposé une action contre Mark Canty, c.r., Brenda Lutz, c.r., Danys Delaquis et Bruce Grant, les associés du cabinet qui employait M^e Boudreau au moment où il a introduit l'action contre la Banque. M^e Boudreau était également nommément désigné dans cette action (l'action contre Canty). Ces défendeurs, avec l'autorisation de notre Cour (voir *Canty et autres c. B & B Environmental Services Ltd. et autre*, 2020 NBCA 39, [2020] A.N.-B. n° 125 (QL)), ont ajouté la Banque comme mise en cause, et cette dernière a ajouté plus tard la B & B, la succession et son exécutrice comme mises en cause subséquentes. Les mises en cause subséquentes ont introduit des demandes entre défendeurs les unes contre les autres.

[5] La B & B a déposé les motions sous-jacentes dans les actions contre la Banque et Canty pour demander la jonction de la succession et de l'exécutrice comme défenderesses dans les deux actions ainsi qu'il est prévu à la règle 5.04 et à l'art. 21 de la *Loi*. La succession et l'exécutrice ont contesté les motions et ont fait valoir que les doctrines de la chose jugée et de l'abus de procédure empêchaient la B & B de les nommer défenderesses dans ces actions, pour le motif que l'action contre la succession déposée antérieurement contre elles avait été rejetée et qu'un jugement avait été inscrit en leur faveur.

[6] La juge saisie des motions dans l'instance inférieure a accueilli les motions de la B & B et a accordé aux parties une autorisation simultanée de modifier leurs plaidoiries pour tenir compte de ce résultat. Elle a déclaré que, même si l'application du principe de la chose jugée était à considérer, dans les circonstances de l'espèce, elle choisissait d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'accorder les modifications demandées. Son analyse fait l'objet de la motion en autorisation d'appel de la succession et de l'exécutrice dont je suis maintenant saisi. Pour les motifs que j'explique ci-dessous, l'autorisation d'appel est refusée.

III. Analyse

[7]

La juge saisie des motions a déclaré que, n'eût été le rejet de l'action de la succession, elle n'aurait pas hésité à permettre la jonction de la succession et de l'exécutrice comme défenderesses dans les deux autres actions, pour les mêmes motifs que ceux que la juge d'appel Quigg avait rédigés au nom de notre Cour dans l'arrêt *Canty et autres*, à savoir qu'il y a des questions de droit et de fait qui sont communes à toutes les parties et qui découlent de la même série de transactions (par. 36 à 39). Toutefois, la motion devant le tribunal d'instance inférieure faisait intervenir un autre facteur dont la Cour n'était pas saisie dans l'affaire *Canty et autres*, et dont le juge qui a rejeté l'action contre la succession n'a pas été saisi non plus, à savoir l'effet combiné de la règle 5.04 et de l'art. 21 de la *Loi*, qui était crucial pour les motions de la B & B devant le tribunal d'instance inférieure. Ces dispositions sont libellées ainsi :

**Rule 5.04 of the *Rules of Court*
Misjoinder, Non-Joinder and Parties
Named Incorrectly**

(1) A proceeding shall not be defeated by reason of the misjoinder or non-joinder of a person and the court may decide issues or questions in dispute so far as they affect the rights and interests of the persons who are parties to the proceeding and pronounce judgment without prejudice to the rights of persons who are not parties.

(2) At any stage of a proceeding the court may grant leave to add, delete or substitute a party or to correct the name of a party and such leave shall be given, on such terms as may be just, unless prejudice will result which cannot be compensated for by costs or an adjournment.

(3) A person shall not be added as a plaintiff or applicant without his consent

**Règle 5.04 des *Règles de procédure*
Fausse jonction, omission de joindre
une partie et identification incorrecte
des parties**

(1) Aucune instance ne doit être annulée en raison d'une fausse jonction ou de l'omission de joindre une personne. La cour peut trancher des questions en litige dans la mesure où elles affectent les droits et les intérêts des parties à l'instance et rendre jugement sans préjudice aux droits des personnes qui n'y sont pas parties.

(2) La cour peut, au cours d'une instance, donner la permission d'ajouter, de soustraire, de substituer une partie ou de corriger le nom d'une partie. Cette permission doit être accordée, aux conditions qu'elle estime justes, à moins qu'il n'en résulte un préjudice qui ne saurait être compensé par l'attribution de dépens ou par un ajournement.

(3) Personne ne doit être ajouté comme demandeur ou requérant s'il n'a pas

in writing being filed.

(4) Where a defendant or respondent is added or substituted, the plaintiff or applicant shall, unless ordered otherwise, issue and serve on the new party an amended originating process, and the proceeding is commenced against the new party when the amended originating process is issued.

Limitation of Actions Act

Claims added to proceedings

21 Despite the expiry of the relevant limitation period established by this Act, a claim may be added, through a new or an amended pleading, to a proceeding previously commenced if the added claim is related to the conduct, transaction or events described in the original pleadings and the conditions set out in one of the following paragraphs are satisfied:

(a) the added claim is made by a party to the proceeding against another party to the proceeding and does not change the capacity in which either party sues or is sued;

(b) the added claim adds or substitutes a defendant or changes the capacity in which a defendant is sued, but the defendant has received, before or within 6 months after the expiry of the limitation period, sufficient knowledge of the added claim that the defendant will not be prejudiced in defending against the added claim on the merits;

(c) the added claim adds or substitutes a claimant or changes the capacity in which a claimant sues, but the

déposé son consentement écrit.

(4) Lorsqu'un défendeur ou un intimé est ajouté ou substitué à un autre, le demandeur ou le requérant doit, sauf ordonnance contraire, émettre un acte introductif d'instance modifié et le signifier à la nouvelle partie. L'instance est introduite contre celle-ci dès l'émission de l'acte modifié.

Loi sur la prescription

Ajout de réclamations

21 Malgré l'expiration du délai de prescription imparti par la présente loi, une réclamation peut être ajoutée à une instance déjà en cours au moyen d'un nouvel acte de procédure ou d'un acte de procédure modifié si elle se rapporte à la conduite, à l'opération ou aux événements décrits dans les actes de procédure déposés à l'origine et qu'il est satisfait aux conditions énoncées dans l'un des alinéas suivants :

a) elle est présentée par une partie à l'instance contre une autre partie à l'instance et ne modifie pas la qualité en laquelle elles interviennent à l'instance;

b) elle joint ou substitue un défendeur ou modifie la qualité en laquelle un défendeur est poursuivi, mais, avant que n'expire le délai de prescription ou dans les six mois qui suivent son expiration, le défendeur en a pris suffisamment connaissance pour ne pas subir de préjudice en la contestant, sur le fond;

c) elle joint ou substitue un réclamant ou modifie la qualité en laquelle un réclamant intente une poursuite, mais,

defendant has received, before or within 6 months after the expiry of the limitation period, sufficient knowledge of the added claim that the defendant will not be prejudiced in defending against the added claim on the merits, and the addition of the claim is necessary or desirable to ensure the effective determination or enforcement of the claims asserted or intended to be asserted in the original pleadings.

[Emphasis added.]

avant que n'expire le délai de prescription ou dans les six mois qui suivent son expiration, le défendeur en a pris suffisamment connaissance pour ne pas subir de préjudice en la contestant, sur le fond, et l'adjonction de la réclamation est nécessaire ou souhaitable pour garantir la détermination ou l'exécution efficace des réclamations présentées ou devant être présentées dans les actes de procédure déposés à l'origine.

[C'est moi qui souligne.]

[8] La juge saisie des motions a signalé avec raison le fait incontesté que l'objet de la demande éventuelle de la B & B contre la succession et l'exécutrice leur était connu bien avant la fin des six mois suivant l'expiration du délai de prescription. Elle a également conclu que la succession et l'exécutrice ne subiraient aucun préjudice du fait de leur jonction comme défenderesses. Cela est d'autant plus vrai qu'elles étaient déjà parties à ces actions.

[9] Avant 2009, l'art. 21 ne figurait pas dans la loi antérieure sur la prescription, et, comme l'a écrit le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Lévesque et BMG Farming Inc. c. Province du Nouveau-Brunswick et Commission de l'assurance-récolte du Nouveau-Brunswick*, 2011 NBCA 48, 372 R.N.-B. (2^e) 202, la nouvelle *Loi* « est beaucoup plus souple que la version dont il s'agit en l'espèce [*Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8]. Ainsi, la nouvelle loi prévoit un processus visant à permettre l'ajout de demandes après l'expiration d'un délai de prescription » (par. 80). Comme l'indique clairement l'al. 21b) de la *Loi*, la réclamation ajoutée permet l'ajout d'un défendeur qui a pris connaissance de la réclamation dans le délai de six mois susmentionné. Cette mention d'avoir pris « suffisamment connaissance » existe pour prévenir un préjudice pour le défendeur éventuel qui aura à se défendre sur le fond contre la réclamation ajoutée. Le fait que la succession et l'exécutrice sont déjà parties aux actions contre la Banque et Canty rendent encore plus improbable un tel préjudice. De

plus, la jonction de la succession et de l'exécutrice ne commence pas une réclamation au sens de l'art. 5 de la *Loi*.

[10] La question précise présentée à la juge saisie des motions à l'instance inférieure était celle de savoir si le rejet de l'action contre la succession empêchait l'application de l'art. 21. Elle a signalé qu'aucune jurisprudence sur ce point ne lui avait été présentée et que, dans cette mesure, il s'agissait d'un cas sans précédent. C'est à ce propos que la B & B a demandé à la juge saisie des motions d'exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de la chose jugée.

[11] La Cour a donné son opinion sur l'application du principe de la chose jugée et l'exercice raisonné connexe d'un pouvoir discrétionnaire. Dans l'arrêt *McNichol c. Compagnie d'Assurance Générale Co-operators*, 2006 NBCA 54, 298 R.N.-B. (2^e) 44, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a écrit au nom de la Cour que le principe de la chose jugée « n'écarte pas la compétence de la cour » et a indiqué qu'il est conçu pour servir la justice et que son « application peut requérir l'exercice raisonné d'un pouvoir discrétionnaire ». Il a ajouté que ce principe offre aux parties un moyen de défense « que la cour peut accueillir ou non dans l'exercice de sa compétence de se saisir de l'action : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460 [...] » (par. 23).

[12] Je signale que, dans la mesure où le principe de la chose jugée a deux éléments, la préclusion pour même cause d'action et la préclusion pour même question en litige, les deux visent à prévenir que soit débattue de nouveau soit une poursuite entière soit une question particulière. Aucun de ces deux éléments n'était en cause quand l'action contre la succession a été rejetée; aucune poursuite ni aucune question incluse dans la poursuite projetée n'a été plaidée, car la prescription a empêché les débats d'avoir lieu. Toutefois, la question de l'application de la règle 5 et de l'art. 21, maintenant soulevée dans les actions contre la Banque et Canty, n'a pas été soumise au juge qui a rejeté l'action contre la succession. Comme le juge en chef Drapeau l'a indiqué dans l'arrêt *SECTION LOCALE 1188 DU SCFP et LeBlanc c. Ville de Sackville*, 2007 NBCA 18,

313 R.N.-B. (2^e) 147, « [l']autorité de la chose jugée a été considérée comme constituant une règle de preuve [...] et comme un obstacle ou un moyen de défense à un recours qui exige la présentation d'une plaidoirie spéciale [...]. [Elle n'opère pas] de telle sorte à déposséder un tribunal judiciaire de sa compétence dans une action [...]. De plus, les tribunaux se sont réservés le pouvoir discrétionnaire de rejeter l'application du principe de la chose jugée dans des circonstances, à vrai dire, exceptionnelles [...] » (par. 33).

[13] La succession et l'exécutrice soutiennent que la juge saisie des motions a commis une erreur de droit quand elle a appliqué une [TRADUCTION] « démarche fondée sur l'équité » au principe de la chose jugée dans le contexte du passage d'un tribunal à un autre. Cette assertion va à l'encontre des prescriptions de la Cour suprême dans l'arrêt *Danyluk*, qui ont été adoptées par notre Cour. Comme l'a indiqué le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Stairs c. CFM Corporation et autres*, 2017 NCBA 8, [2016] A.N.-B. n° 302 (QL), en citant le par. 63 de *Danyluk* : « [La doctrine de la chose jugée] se veut un moyen de rendre justice et de protéger contre l'injustice. Elle implique inévitablement l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l'équité selon les circonstances propres à chaque espèce » (par. 68). Le juge Richard a ensuite accepté la conclusion de l'arrêt *Danyluk* selon laquelle les juges qui n'exercent pas le pouvoir discrétionnaire dont ils jouissent assurément lorsqu'ils déterminent s'il y a lieu d'appliquer le principe de la chose jugée commettent une erreur de principe justifiant l'infirmité de leur décision.

[14] La Cour d'appel de l'Ontario en est venue à la même conclusion dans l'arrêt récent *Dosen c. Meloche Monnex Financial Services Inc. (Security National Insurance Company)*, 2021 ONCA 141, [2021] O.J. No. 1100 (QL). Elle a déclaré que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer les doctrines de l'abus de procédure ou de la chose jugée, il faut examiner si l'équité exige qu'on ne soit pas lié par le résultat original (dans le cas qui m'occupe, le rejet de l'action contre la succession) dans le nouveau contexte (voir le par. 37).

[15] La juge saisie des motions a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux principes ci-dessus, et, pour cette raison, il faut faire preuve de retenue à l'égard de sa décision : voir *Vautour et autre c. Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick et autre*, 2021 NBCA 4, [2021] A.N.-B. n° 18 (QL), au par. 33. Une intervention en appel n'est pas nécessaire. La succession et l'exécutrice doivent décider si elles désirent vérifier la valeur du moyen de défense de la chose jugée au procès. La présente décision ne doit aucunement être interprétée comme une décision préalable sur cette question. Il appartiendra au juge du procès d'en décider.

IV. Dispositif

[16] L'autorisation d'appel est refusée. J'ordonne à la succession de payer deux masses de dépens de 1 500 \$ chacune à la B & B et à Canty et autres. La Banque n'a adopté aucune position au sujet de la motion; en conséquence, je n'adjuge pas de dépens en sa faveur.