

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

115-09-CA

M R MARTIN CONSTRUCTION INC.

(Plaintiff) APPELLANT

- and -

BRYN HOLDINGS LTD., JOEL KITCHEN and
RYAN KILLAM

(Defendants) RESPONDENTS

M R Martin Construction Inc. v. Bryn Holdings
Ltd., Kitchen and Killam, 2010 NBCA 48

CORAM:

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

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
September 1, 2009

History of case:

Decision under appeal:
2009 NBQB 235

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 11, 2010

Judgment rendered:
June 30, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

M R MARTIN CONSTRUCTION INC.

(Demanderesse) APPELANTE

- et -

BRYN HOLDINGS LTD., JOEL KITCHEN et
RYAN KILLAM

(Défendeurs) INTIMÉS

M R Martin Construction Inc. c. Bryn Holdings
Ltd., Kitchen et Killam, 2010 NBCA 48

CORAM :

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

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 1^{er} septembre 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 235

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 11 mars 2010

Jugement rendu :
Le 30 juin 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Edward J. McGrath

For the respondents:
James Mockler for Bryn Holdings Ltd.

No one appeared for
Ryan Killam and Joel Kitchen

THE COURT

The appeal is allowed with costs payable by the respondents to the appellant in the amount of \$2,500.

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Edward J. McGrath

Pour les intimés :
James Mockler pour Bryn Holdings Ltd,

Personne n'a comparu pour
Ryan Killam et Joel Kitchen

LA COUR

Accueille l'appel et adjuge à l'appelante des dépens de 2 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] Bryn Holdings Ltd. sought to enforce a mortgage given to it by M R Martin Construction Inc. On August 11, 2009, M R Martin filed a Notice of Action with Statement of Claim attached against Bryn. Furthermore, M R Martin filed a Notice of Motion in the Court of Queen's Bench requesting an interlocutory injunction restraining Bryn from exercising its power of sale. In the alternative, M R Martin sought an order requiring Bryn to pay any money realized from the mortgage sale into court, pending a final determination of the action. A judge of the Court of Queen's Bench determined that an injunction was not warranted in the circumstances and denied the motion. He did, however, order a stay regarding the sale of the land in question for 30 days. M R Martin appeals, with leave.

II. Factual Background

[2] To set out the background against which this appeal must be decided, I will borrow liberally from the Court of Queen's Bench decision, as well as the written submissions of the parties, indicating where appropriate any factual disputes.

[3] M R Martin is a corporation whose head office is in Riverview, New Brunswick. Bryn is also a corporation, having its head office in Saint John, New Brunswick. Bryn's sole director is Mr. Rodney Gillis Q.C. According to M R Martin, Joel Kitchen and Ryan Killam presented themselves as representing the interests of Bryn and were, at all times, the individuals with whom officials of M R Martin met to discuss business matters, and to whom the monthly interest payment cheques were given.

[4] According to M R Martin, in July 2006, Killam advised its Chief Financial Officer, David Ross, that Bryn's only asset was the \$800,000 mortgage it held on the property. Killam further advised that Bryn's corporate structure included four shareholders who each held a \$1.00 share, plus shareholder loans of \$199,999 each, and that the shares were registered in the names of the spouses of Messrs. Gillis, Kitchen and Killam, the fourth owner being the spouse of Dr. Donald Price. Mr. Killam spoke for Dr. Price's spouse. None of the spouses were named in any of the documents on the record of appeal.

[5] Bryn is the original owner of land bearing Province of New Brunswick PID #70084801 and PID #70472980, located at, or near, Salisbury, New Brunswick. The subject property was sold by Bryn to Doaktown Transport Ltd. on July 17, 2003, at a sale price of \$800,000. The purchase price was not paid at closing, but rather was secured by a first mortgage back to Bryn in the amount of \$800,000, with an interest rate of 8% per annum calculated half yearly not in advance for a term of six years. Schedule "D" of the mortgage contained a clause providing that the Mortgagor could obtain partial discharges for parcels subdivided from the parent parcel by paying the sum of \$40,000 per acre plus interest for the first five acres.

[6] M R Martin constructed a sewer line and service road on the property for Doaktown, but was never paid for the work it had performed. On July 23, 2004, M R Martin filed a Mechanic's Lien against the property in the amount of \$108,351.85. In April 2005, Bryn, being aware of the Mechanic's Lien proceedings, initiated discussions with M R Martin, with the intent of entering into an agreement with M R Martin whereby M R Martin would acquire the land, assume the Doaktown mortgage, and develop the land for commercial purposes.

[7] On September 14, 2005, M R Martin and Bryn entered into an agreement which provided that if M R Martin obtained the property by way of a sheriff's sale, then M R Martin would assume the existing mortgage between Doaktown and Bryn, subject to a Change of Terms Agreement which was to provide for, among other things:

- a) an increase in the amount of the principal owing from \$800,000.00 to \$875,000.00;
- b) a reduction of the interest rate to 6% from 8%;
- c) the term of the mortgage would be changed to a period of one year; and
- d) two additional payments [of] \$20,000.00

The Change of Terms Agreement did not alter the discharge provisions.

[8] On June 6, 2006, M R Martin obtained the property by way of a sheriff's transfer and assumed the Doaktown mortgage with Bryn. Doaktown was not a party to the September 14, 2005, agreement entered into between Bryn and M R Martin.

[9] According to the evidence at the hearing, it was M R Martin's intention to develop the property, but the company encountered various bureaucratic roadblocks. For instance, further development required a Phase I Environmental Impact Assessment, a Traffic Impact Study and a Hydro Geological Assessment of the property. According to M R Martin, by August 2006, it became apparent that these issues were going to preclude it from developing the property and paying out the mortgage within the one-year period contemplated by the Change of Terms Agreement. The one-year mortgage extension agreement had been signed on September 14, 2005. However, title to the property had only been conveyed to M R Martin in June of 2006. As a result, the one-year extension agreement had virtually expired by the time of the transfer, and M R Martin had not paid the mortgage out in full as agreed to in the terms of the September 14, 2005, agreement. However, M R Martin continued to pay the monthly interest charges up to, and including, the month of December 2008. Bryn accepted these payments and took no steps to enforce the terms of the original mortgage or the agreement of September 14, 2005.

[10] M R Martin alleges that in August 2006, its officers met with Messrs. Kitchen and Killam and advised them it would likely take M R Martin substantially longer than the one-year period to meet the requirements, develop the property and

commence repayment of the mortgage loan principal. According to M R Martin, Kitchen and Killam replied that, after having collected nothing from Doaktown for several years, Bryn was “fine” with an indefinite extension of the agreement now that it was collecting monthly interest payments. At no time did Kitchen or Killam indicate to M R Martin that the indefinite extension of the one-year agreement had been terminated. Following the expiration of the one-year term, M R Martin continued to make the monthly interest payments, and according to M R Martin, these cheques were made payable personally to Killam on behalf of Bryn. M R Martin stated that at no time prior to December 2008, had Bryn, Kitchen or Killam demanded payment of the balance of the mortgage. M R Martin states that Bryn’s representatives, Kitchen and Killam, always expressed positive interest in the development potential of the property, and on many occasions advised M R Martin of potential business leads.

[11] Bryn disputes these assertions. It denies it had ever agreed to an extension of the one-year term. Bryn further asserts that neither Kitchen nor Killam had authority to speak for, or represent, any of Bryn’s interests.

[12] In late December 2008, and into early January 2009, M R Martin sought a partial discharge of mortgage for that portion of the property which was to be developed for the construction of a hotel (pursuant to Schedule “D” of the mortgage). In subsequent correspondence between the parties, M R Martin proposed to pay amounts ranging from \$90,000 to \$100,000, in exchange for the partial discharge. Bryn refused to provide the partial discharge, and demanded payment in full of the outstanding amount owing under the terms of the mortgage and the agreement of September 14, 2005. The solicitor for M R Martin was advised, via fax, by an employee of Bryn’s president, Gillis, that the payout of the mortgage was in excess of \$1,000,000. Various faxes were then exchanged between M R Martin’s solicitor and Mr. Gillis.

[13] It is M R Martin’s position that Bryn’s refusal to provide a partial discharge and the initiation of the mortgage sale constituted breaches of the mortgage, the extension agreement and the representations of Bryn, Kitchen and Killam. Also, M R

Martin disputes the amount of the mortgage payout. According to M R Martin, 12 meetings were held following Bryn's refusal to provide the partial discharge, during December 2008 and January 2009. Kitchen and Killam continued to act as Bryn's representatives, negotiating on behalf of Bryn at all 12 meetings. The parties were unable to resolve the impasse, and M R Martin discontinued any further payments to Bryn. On July 22, 2009, Bryn issued a Notice of Mortgage Sale for the property, pursuant to the terms of the mortgage and the provisions of the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19.

[14] As noted above, M R Martin then filed a Notice of Action with Statement of Claim on August 11, 2009, alleging that Bryn, Kitchen and Killam had breached the mortgage and extension agreement, and made negligent representations to M R Martin. On August 13, 2009, M R Martin filed the Notice of Motion requesting an interlocutory injunction against Bryn.

III. Motion Judge's Decision

[15] After a thorough discussion of the three-part test found in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 [1994] S.C.J. No. 17 (QL), the motion judge dismissed the motion. He opined that MRM had not established that: (1) there was a serious issue to be tried; (2) it would suffer irreparable harm if the injunction were not granted; and (3) the balance of convenience favored M R Martin. With respect, I do not agree with the motion judge's decision.

IV. Issues

[16] M R Martin seeks an order setting aside the September 1, 2009, decision of the motion judge. The Notice of Appeal contains six grounds of appeal alleging the judge made palpable and overriding errors or erred in fact and in law as follows:

- i) in finding that the Mortgage Agreement entered into between MRM and Bryn pursuant to a Change of Terms Agreement entered into on September 14, 2005,

constituted the sole terms of the agreement between the parties while rejecting the evidence presented by MRM with respect to oral representations made by Joel Kitchen (“Kitchen”) and Ryan Killam (“Killam”), who held themselves out to MRM as having the authority to represent and bind Bryn, and who appeared to MRM to have been granted the ostensible authority by Bryn to act on its behalf when there was no evidence before the court concerning what representations Kitchen and Killam made to MRM, or what they advised Bryn with respect to such representations.

- ii) in finding that the Mortgage Agreement entered into between MRM and Bryn pursuant to a Change of Terms Agreement entered into on September 14, 2005, was an agreement to agree, despite the fact that the parties conducted themselves at all times prior to December 2008 as though it were a formal, binding agreement;
- iii) in finding that representatives of MRM made no attempt to negotiate a resolution to the matter when the evidence before him was that representatives of MRM had 12 different conversations with Kitchen and Killam between January and July of 2009, and that the parties could not agree on the matter of the partial discharge or the amount owing under the mortgage;
- iv) in finding that there was no triable issue, while at the same time acknowledging that there was a dispute between the parties concerning how the principal owing on the mortgage should be calculated;
- v) by failing to give proper weight to the affidavit evidence of James Martin (“Martin”) and David Ross (“Ross”), representatives of MRM, with respect to the representations made during meetings with Kitchen and Killam, when there was no evidence presented to the contrary by Kitchen, Killam, and Bryn;
- vi) by failing to draw an adverse inference against Bryn as a result of its failure to present evidence rebutting the evidence of Martin and Ross, with respect to the representations of Kitchen and Killam;

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[17] An interlocutory injunction is a discretionary equitable remedy. As stated by Richard J.A. in *Leby Fixtures & Interiors (Receivership), Re* (2006), 305 N.B.R. (2d) 199, [2006] N.B.J. No. 383 (QL), 2006 NBCA 93:

[...] It is well-established that “[t]he decision to grant such a remedy is discretionary, and [that] the Court of Appeal will only interfere with the exercise of such discretion if the motions judge has misdirected himself or herself in law, did not observe the applicable principles, or misapprehended the evidence in such a way that no reasonable person would have come to the same conclusion” (see *Canada East Manufacturing Inc. v. Harvey* (1996), 183 N.B.R. (2d) 293, [1996] N.B.J. No. 552 (C.A.)(QL) per Bastarache J.A. (as he then was) at para. 7, referring to *Morris v. Collette* (1996), 176 N.B.R. (2d) 280 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 204 (QL) and see also *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, [1987] S.C.J. No. 6 (QL) at paras. 108-111). [para. 20]

[18] Therefore, although this Court must be reluctant to interfere with discretionary interlocutory decisions, we would be justified in intervening if the motion judge misdirected himself or herself in law, or misapprehended the evidence in such a way that no reasonable person would have come to the same conclusion.

B. *Application of the Standard of Review*

[19] In the present case, M R Martin moved to enjoin Bryn from exercising its power of sale on the real property in question, on the basis that Bryn was in breach of the written and oral agreements between the parties. The motion judge reviewed the case’s factual background and decided not to grant M R Martin an interlocutory injunction based on the application of the three-part test found in the Supreme Court case of *RJR-*

MacDonald Inc., which has consistently been applied by our Court. This test consists of the following three questions:

- (1) Does the action commenced by M R Martin against Bryn raise one or more serious triable issues?
- (2) If the “injunction” were not granted, would M R Martin suffer irreparable harm?
- (3) Which party would suffer the greater harm from the granting or refusal of the interlocutory injunction pending a determination on the merits?

(1) Serious triable issue

[20] The first part of the three-part test is the determination of whether M R Martin’s action against Bryn raises one or more serious triable issues. As Richard J.A. states in *Leby Fixtures*:

It is not the function of the Court at this stage to determine whether Leby Fixtures might succeed in its action. The threshold has been described as a low one (see *St. Anne-Nackawic Pulp Co. (Bankrupt), Re* (2005), 286 N.B.R. (2d) 19, [2005] N.B.J. No. 203 (QL), 2005 NBCA 54, at para. 14 and the cases cited therein). In *Canada East Manufacturing* this Court described the first stage of the test in the following words (at para. 9):

There is no requirement that a reasonable prospect of succeeding be established ... In *RJR - MacDonald Inc.*, the Supreme Court of Canada stated at 337-38:

What then are the indicators of “a serious question to be tried”? There are no specific requirements which must be met in order to satisfy this test. The threshold is a low one. The judge on the application must make a

preliminary assessment of the merits of the case....

Once satisfied that the application is neither vexatious nor frivolous, the motions judge should proceed to consider the second and third tests, even if of the opinion that the plaintiff is unlikely to succeed at trial. A prolonged examination of the merits is generally neither necessary nor desirable. [para. 32]

[21] According to M R Martin, the affidavit evidence filed by the parties in support of their respective positions, as well as the pleadings in the action it commenced against Bryn, reveal several triable issues, including the breach of a mortgage, breach of written and oral terms of the Change of Terms Agreement, negligent misrepresentation, unjust enrichment, and estoppel by conduct. M R Martin submits that the evidence respecting the representations of Kitchen, Killam and Bryn stands uncontradicted. At the hearing of the motion, Bryn could have obtained evidence directly from both Kitchen and Killam. Bryn did not, and, as a result, M R Martin submits that an adverse inference should have been drawn against Bryn. Furthermore, M R Martin submits the action is neither frivolous nor vexatious.

[22] For its part, Bryn submits that the evidence filed by M R Martin in support of its position does not reveal a “serious triable issue” and that the motion judge made findings of fact which led him to conclude that there was no serious issue to be tried through the action filed by M R Martin.

[23] In my view, the evidence adduced by the parties in support of their respective positions reveals a serious triable issue. The motion judge misapprehended the record in concluding otherwise, thereby committing reversible error.

(2) Irreparable Harm

[24] The second part of the test requires the Court to determine whether the party applying for the injunction would suffer irreparable harm if the relief sought is not granted. In *Leby Fixtures*, Richard J.A. says:

In *RJR-MacDonald*, the term “irreparable” is said to refer to “the nature of the harm suffered rather than its magnitude.” The Supreme Court explains at para. 59 that “[i]t is harm which either cannot be quantified in monetary terms or which cannot be cured, usually because one party cannot collect damages from the other.” [para. 38]

[25] In the case before us, M R Martin alleges that the property in question is the only asset of Bryn. Furthermore, according to M R Martin, it has invested both substantial time as well as 1.6 million dollars in the property to date. If Bryn is permitted to continue with its power of sale, and if M R Martin’s action is successful, it is possible that Bryn’s sole asset could be dissipated before M R Martin could satisfy its judgment. Bryn did not dispute the assertion that the land in question is its sole asset. Therefore, it appears to be obvious from the materials filed, that M R Martin would risk suffering irreparable harm if the mortgage sale were allowed to proceed. This type of harm is one that, in our view, the Supreme Court had in mind when it created the second part of the three-part test. In coming to the opposite conclusion, the motion judge misapprehended the record.

(3) Balance of Convenience

[26] Although M R Martin has met the first two prongs of the three part test the jurisprudence of this Court suggests that one should proceed to the third stage of the analysis. In *Imperial Sheet Metal Ltd. v. Landry* (2007), 315 N.B.R. (2d) 328, [2007] N.B.J. No. 226 (QL), 2007 NBCA 51, Robertson J.A. states:

In summary, so long as motion judges are not imposing a threshold test with respect to the question of whether the plaintiff will suffer irreparable harm and so long as they are prepared to proceed to the third stage of the tri-partite analysis, and assess the potential harm to the defendant, no one can complain that the principles in *RJR-MacDonald* have not been respected. Whether the case for irreparable harm to the plaintiff is weak or strong, it is still necessary to turn to the third step in the analysis. [para. 30]

[27] In *Leby Fixtures*, Richard J.A. discusses how to approach the third part of the test as delineated in *RJR - MacDonald*:

In *RJR - MacDonald*, the Supreme Court said this about the third stage of the three-stage test (at paras. 62-63):

The third test to be applied in an application for interlocutory relief was described by Beetz J. in *Metropolitan Stores* at p. 129 as: "a determination of which of the two parties will suffer the greater harm from the granting or refusal of an interlocutory injunction, pending a decision on the merits". In light of the relatively low threshold of the first test and the difficulties in applying the test of irreparable harm in *Charter* cases, many interlocutory proceedings will be determined at this stage.

The factors which must be considered in assessing the "balance of inconvenience" are numerous and will vary in each individual case. In *American Cyanamid*, Lord Diplock cautioned, at p. 408, that:

[i]t would be unwise to attempt even to list all the various matters which may need to be taken into consideration in deciding where the balance lies, let alone to suggest the relative weight to be attached to them. These will vary from case to case.

He added, at p. 409, that "there may be many other special factors to be taken into consideration in the particular circumstances of individual cases."

[para. 43]

[28] In the present case, the evidence suggests that Bryn will suffer little inconvenience when compared to the harm M R Martin could suffer, *i.e.* the loss of substantial time and money that was invested in order to develop the property, the potential loss of a hotel business, and the possibility that M R Martin will not be able to enforce a judgment against Bryn if successful on its action. Therefore, M R Martin has clearly met the third part of the test and the motion judge committed reversible error in concluding otherwise.

VI. Disposition

[29] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the decision of the motion judge. I would grant an interlocutory injunction restraining Bryn from exercising its power of sale against PID #70084801 and PID #70472980 until the final determination of this action, pursuant to Rule 40.01(b) of the *Rules of Court*. All incidental issues (including the imposition of “terms and conditions” pursuant to Rule 40.05, if appropriate, as well as compliance and enforcement) shall be adjudicated upon by a judge of the Court of Queen’s Bench of New Brunswick. I would further order costs payable by the respondents to the appellant in the amount of \$2,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Bryn Holdings Ltd. (Bryn) cherchait à faire exécuter une hypothèque que lui a consentie M R Martin Construction Inc. (M R Martin). Le 11 août 2009, M R Martin a déposé à l'endroit de Bryn un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande. De plus, M R Martin a déposé auprès de la Cour du Banc de la Reine un avis de motion en injonction interlocutoire en vue d'empêcher Bryn d'exercer son pouvoir de vente. Subsidiairement, M R Martin a demandé une ordonnance enjoignant à Bryn de payer au tribunal tout produit réalisé par la vente hypothécaire dans l'attente du règlement final de l'action. Un juge de la Cour du Banc de la Reine a décidé qu'une injonction n'était pas justifiée dans les circonstances et a rejeté la motion. Il a toutefois ordonné la suspension de la vente du terrain en question pendant 30 jours. M R Martin interjette appel après en avoir reçu l'autorisation.

II. Contexte factuel

[2] Pour établir le contexte dans lequel l'appel doit être tranché, je vais puiser abondamment dans la décision de la Cour du Banc de la Reine ainsi que dans les mémoires des parties, en précisant au besoin les faits contestés.

[3] M R Martin est une société dont le siège social est situé à Riverview, au Nouveau-Brunswick. Bryn est également une société ayant son siège social à Saint John, au Nouveau-Brunswick. M^e Rodney Gillis, c.r., est l'unique administrateur de Bryn. Selon M R Martin, Joel Kitchen et Ryan Killam agissaient comme s'ils représentaient les intérêts de Bryn et c'est toujours eux que les dirigeants de M R Martin rencontraient pour discuter affaires et à eux que les chèques de versement d'intérêts mensuels étaient remis.

[4] Selon M R Martin, en juillet 2006, M. Killam a informé son chef du service des finances, David Ross, que le seul élément d'actif de Bryn était une hypothèque de 800 000 \$ qu'elle détenait sur la propriété. M. Killam l'a également informé que la structure de la société comprenait quatre actionnaires qui détenaient chacun une action d'un dollar et qui avaient consenti des prêts de 199 999 \$ chacun et que les actions étaient au nom des épouses de M^e Gillis, M. Kitchen et M. Killam, la quatrième actionnaire étant l'épouse du D^r Donald Price. M. Killam parlait au nom de l'épouse du D^r Price. Le nom d'aucune des épouses ne figurait dans les documents versés au dossier d'appel.

[5] Bryn est la propriétaire initiale du terrain portant les NID 70084801 et 70472980, situé à Salisbury, ou près de cet endroit, au Nouveau-Brunswick. Bryn a vendu la propriété en cause à Doaktown Transport Ltd. (Doaktown) le 17 juillet 2003, pour 800 000 \$. Le prix d'achat n'a pas été payé à la signature, mais il a plutôt été garanti par une hypothèque de premier rang en faveur de Bryn au montant de 800 000 \$, avec un taux d'intérêt de 8 % par année calculé semestriellement et non à l'avance pour un terme de six ans. L'annexe D de la convention hypothécaire contenait une clause prévoyant que le débiteur hypothécaire pouvait obtenir des mainlevées partielles pour les subdivisions du lot original en payant la somme de 40 000 \$ l'acre plus les intérêts à l'égard des cinq premiers acres.

[6] M R Martin a construit une canalisation d'égout et une route de service sur la propriété pour Doaktown, mais elle n'a jamais été payée pour le travail qu'elle a fait. Le 23 juillet 2004, M R Martin a déposé une revendication de privilège de construction de 108 351,85 \$ contre la propriété. En avril 2005, Bryn, après avoir appris qu'un privilège de construction était revendiqué, a entamé des discussions avec M R Martin, dans le but de conclure une entente par laquelle M R Martin acquerrait le terrain, prendrait l'hypothèque de Doaktown en charge et développerait le terrain à des fins commerciales.

[7] Le 14 septembre 2005, M R Martin et Bryn ont signé une entente qui prévoyait que, si M R Martin obtenait la propriété par suite d'une vente par le shérif, elle prendrait en charge l'emprunt hypothécaire existant entre Doaktown et Bryn, sous réserve d'un accord de changement de conditions qui devait prévoir notamment :

- a) une augmentation du capital du prêt, qui passerait de 800 000 \$ à 875 000 \$;
- b) une diminution du taux d'intérêt de 8 % à 6 %;
- c) la modification du terme de l'hypothèque, qui serait d'une période d'un an;
- d) deux paiements additionnels de 20 000 \$.

L'accord de changement de conditions ne modifiait pas les clauses relatives aux mainlevées.

[8] Le 6 juin 2006, M R Martin a obtenu la propriété par transfert du shérif et pris en charge le prêt hypothécaire que Bryn avait consenti à Doaktown. Doaktown n'était pas partie à l'entente intervenue entre Bryn et M R Martin le 14 septembre 2005.

[9] Il ressort de la preuve présentée à l'audience que M R Martin voulait développer la propriété, mais elle s'est heurtée à diverses difficultés bureaucratiques. Ainsi, une étude d'impact sur l'environnement pour la phase I, une étude d'impact sur la circulation et une étude hydrogéologique du terrain devaient être réalisées avant les nouveaux aménagements. Au dire de M R Martin, en août 2006, il est devenu évident que ces exigences l'empêcheraient de développer la propriété et de rembourser l'emprunt hypothécaire dans la période d'un an prévue par l'accord de changement de conditions. L'entente de prolongation d'un an de l'hypothèque avait été signée le 14 septembre 2005. Toutefois, le titre de propriété n'avait été transféré à M R Martin qu'en juin 2006. Par conséquent, l'entente de prolongation d'un an était presque expirée au moment du transfert et M R Martin n'avait pas remboursé l'emprunt hypothécaire au complet selon les conditions convenues dans l'entente du 14 septembre 2005. Toutefois, M R Martin a

continué de verser les intérêts mensuels jusqu'au mois de décembre 2008 inclusivement. Bryn a accepté ces versements et n'a pris aucune mesure pour faire exécuter les conditions de l'hypothèque originale ou de l'entente du 14 septembre 2005.

[10] M R Martin avance que, en août 2006, ses dirigeants ont rencontré MM. Kitchen et Killam et les ont informés que M R Martin prendrait vraisemblablement beaucoup plus de temps que la période d'un an prévue pour satisfaire aux exigences, développer la propriété et commencer à rembourser le capital du prêt hypothécaire. Au dire de M R Martin, MM. Kitchen et Killam ont répondu que, après n'avoir rien reçu de Doaktown pendant plusieurs années, Bryn pouvait [TRADUCTION] « bien s'accommoder » d'une prolongation indéterminée de l'entente maintenant qu'elle touchait des intérêts mensuellement. Jamais M. Kitchen ou M. Killam n'ont fait savoir à M R Martin que la prolongation indéterminée de l'entente originale d'un an était résiliée. Une fois le terme d'un an expiré, M R Martin a continué à faire les versements d'intérêt mensuels et, selon M R Martin, ces versements étaient payables par chèque à M. Killam personnellement pour le compte de Bryn. M R Martin a déclaré que, jamais avant décembre 2008, Bryn, M. Kitchen ou M. Killam n'avaient demandé le remboursement du solde du prêt hypothécaire. M R Martin affirme que les représentants de Bryn, MM. Kitchen et Killam, ont toujours témoigné de l'intérêt quant au potentiel de développement de la propriété et ont maintes fois signalé à M R Martin des pistes commerciales possibles.

[11] Bryn conteste ces assertions. Elle nie avoir déjà consenti une prolongation du terme d'un an. Bryn affirme en outre que ni M. Kitchen ni M. Killam n'étaient autorisés à parler au nom de Bryn ou à représenter ses intérêts.

[12] À la fin de décembre 2008 et au début de janvier 2009, M R Martin a demandé une mainlevée partielle d'hypothèque pour la partie de la propriété qui devait être aménagée pour la construction d'un hôtel (comme le prévoyait l'annexe D de la convention hypothécaire). Dans une lettre subséquente envoyée à Bryn, M R Martin proposait de payer des montants de 90 000 \$ à 100 000 \$ en contrepartie de la mainlevée

partielle. Bryn a refusé d'accorder la mainlevée partielle et a demandé le remboursement complet du montant dû au titre de l'hypothèque et de l'entente du 14 septembre 2005. L'avocat de M R Martin a été avisé, par télécopie, par un employé du président de Bryn, M. Gillis, que le montant à rembourser pour liquider l'hypothèque dépassait 1 000 000 \$. Il y a ensuite eu échange de télécopies entre l'avocat de M R Martin et M. Gillis.

[13] M R Martin est d'avis que le refus de Bryn d'accorder une mainlevée partielle et la mise en place du processus de vente hypothécaire constituaient des violations de la convention hypothécaire, de l'entente de prolongation et des assertions faites par Bryn, M. Kitchen et M. Killam. En outre, M R Martin conteste le montant à rembourser pour liquider l'hypothèque. Selon M R Martin, les parties se sont rencontrées douze fois à la suite du refus de Bryn d'accorder une mainlevée partielle, au cours des mois de décembre 2008 et de janvier 2009. M. Kitchen et M. Killam continuaient d'agir comme les représentants de Bryn, en négociant pour le compte de cette dernière à chacune des douze rencontres. Les parties n'ont pas réussi à se sortir de l'impasse et M R Martin a cessé de faire des versements à Bryn. Le 22 juillet 2009, Bryn a communiqué un avis de vente hypothécaire pour la propriété, conformément aux conditions de la convention hypothécaire et aux dispositions de la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-19.

[14] Comme nous l'avons vu, M R Martin a ensuite déposé, le 11 août 2009, un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande dans lequel elle alléguait que Bryn, M. Kitchen et M. Killam avaient violé la convention hypothécaire et l'entente de prolongation et avaient fait des assertions négligentes et inexacts. Le 13 août 2009, M R Martin a déposé un avis de motion par laquelle elle demandait une injonction interlocutoire contre Bryn.

III. Décision du juge saisi de la motion

[15] Après avoir examiné minutieusement le critère en trois volets de l'arrêt *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311,

[1994] A.C.S. n° 17 (QL), le juge a rejeté la motion. Il était d'avis que M R Martin n'avait pas établi que : (1) il existait une question sérieuse à juger; (2) elle subirait un préjudice irréparable si l'injonction ne lui était pas accordée; (3) la prépondérance des inconvénients favorisait M R Martin. En toute déférence, je ne peux souscrire à la décision du juge saisi de la motion.

IV. Questions en litige

[16] M R Martin demande une ordonnance annulant la décision du 1^{er} septembre 2009 du juge saisi de la motion. L'avis d'appel énonce six moyens d'appel, alléguant que le juge saisi de la motion a commis des erreurs manifestes et dominantes ou des erreurs de fait et de droit :

[TRADUCTION]

- i) en concluant que la convention hypothécaire passée par M R Martin et Bryn, conformément à un accord de changement de conditions conclu, lui, le 14 septembre 2005, représentait les seules conditions de l'entente existant entre les parties, tout en rejetant la preuve soumise par MRM relativement à des observations orales faites par Joel Kitchen (« M. Kitchen ») et Ryan Killam (« M. Killam »), qui se sont présentés à MRM comme ayant le pouvoir de représenter et de lier Bryn, et qui semblaient à MRM avoir reçu de Bryn l'autorité apparente pour agir en son nom, alors que la cour ne disposait d'aucune preuve relative à la question de savoir quelles assertions M. Kitchen et M. Killam avaient faites à MRM ou ce qu'ils avaient dit à Bryn concernant ces assertions;
- ii) en concluant que la convention hypothécaire passée par MRM et Bryn, conformément à un accord de changement de conditions conclu, lui, le 14 septembre 2005, était un accord d'entente future, en dépit du fait que les parties avaient agi pendant toute la période qui s'est terminée en décembre 2008 comme s'il s'agissait d'une convention formelle et obligatoire;

- iii) en concluant que les représentants de MRM n'avaient pas essayé de régler l'affaire, alors que la preuve dont il disposait montrait que les représentants de MRM avaient eu douze entretiens avec MM. Kitchen et Killam de janvier à juillet 2009 et que les parties ne pouvaient pas s'entendre sur la question de la mainlevée partielle ou du montant dû au titre de l'hypothèque;
- iv) en concluant qu'il n'y avait pas matière à procès, tout en reconnaissant qu'il existait un litige entre les parties relativement à la question de savoir comment le montant dû au titre de l'hypothèque devait être calculé;
- v) en omettant de reconnaître l'importance voulue de la preuve par affidavit présentée par James Martin (« M. Martin ») et David Ross (« M. Ross »), des représentants de MRM, concernant les assertions faites au cours des réunions tenues avec MM. Kitchen et Killam, alors qu'aucune preuve établissant le contraire n'avait été présentée par MM. Kitchen et Killiam et par Bryn;
- vi) en omettant de tirer une inférence défavorable à Bryn par suite de l'omission de cette dernière de présenter de la preuve réfutant les témoignages de MM. Martin et Ross concernant les assertions de MM. Kitchen et Killam.

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[17] Une injonction interlocutoire est une mesure discrétionnaire de redressement en *equity*. Comme l'a déclaré le juge Richard dans *Leby Fixtures & Interiors (Receivership), Re* (2006), 305 R.N.-B. (2^e) 199, [2006] A.N.-B. no 383 (QL), 2006 NBCA 93 :

[...] Il est acquis que « [l]a décision d'accorder un tel redressement relève du pouvoir discrétionnaire et [que] la Cour d'appel n'interviendra dans l'exercice d'un tel

pouvoir que si le juge saisi de la motion s'est mal instruit du droit, n'a pas respecté les principes qui s'appliquent ou a tellement mal interprété les éléments de preuve qu'aucune personne raisonnable n'aurait pu tirer la même conclusion » (*Canada East Manufacturing Inc. c. Harvey and Maritime Wire Co.* (1996), 183 R.N.-B. (2^e) 293, [1996] A.N.-B. n^o 552 (C.A.) (QL), le juge d'appel Bastarache (tel était alors son titre) par. 7, [A.N.-B.], renvoi à *Morris c. Collette* (1996), 176 R.N.-B. (2^e) 280 (C.A.), [1996] A.N.-B. n^o 204 (QL), et *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, [1987] A.C.S. n^o 6 (QL), par. 108 à 111). [par. 20]

[18] Par conséquent, même si la Cour doit être réticente à modifier des décisions interlocutoires discrétionnaires, son intervention serait justifiée si le juge saisi de la motion s'est mal instruit du droit ou a tellement mal interprété les éléments de preuve qu'aucune personne raisonnable n'aurait pu tirer la même conclusion.

B. *Application de la norme de contrôle*

[19] Dans la présente affaire, M R Martin a présenté une motion visant à empêcher Bryn d'exercer son pouvoir de vente du bien réel en question, en invoquant le fait que Bryn avait violé les ententes écrites et verbales des parties. Le juge saisi de la motion a examiné le contexte factuel de l'affaire et décidé de ne pas accorder l'injonction interlocutoire après avoir appliqué le critère en trois volets que la Cour suprême a établi dans l'arrêt *RJR – MacDonald Inc.*, critère que notre Cour applique de manière méthodique. En l'espèce, cette analyse consiste à se poser les trois questions suivantes :

- (1) L'action intentée par M R Martin contre Bryn soulève-t-elle une ou plusieurs questions sérieuses à juger?
- (2) M R Martin subirait-t-elle un préjudice irréparable si l'« injonction » n'était pas accordée?

- (3) Laquelle des parties subirait le préjudice le plus grave selon que l'on accorde ou refuse l'injonction interlocutoire dans l'attente de la décision sur le fond?

(1) Question sérieuse à juger

[20] La première partie de l'analyse en trois volets consiste à déterminer si l'action intentée par M R Martin contre Bryn soulève une ou plusieurs questions sérieuses à juger. Comme le juge Richard l'explique dans l'arrêt *Leby Fixtures* :

Le tribunal n'a pas pour fonction, à cette étape, de déterminer si *Leby Fixtures* pourrait avoir gain de cause. La jurisprudence indique que les exigences minimales ne sont pas élevées (*St. Anne-Nackawic Pulp Co. (Bankrupt), Re* (2005), 286 R.N.-B. (2^e) 19, [2005] A.N.-B. n° 203 (QL), 2005 NBCA 54, par. 14, et décisions mentionnées dans ce paragraphe). Dans *Canada East Manufacturing*, notre Cour a précisé la nature de cette première étape de l'analyse (par. 9, A.N.-B.) :

[TRADUCTION]

Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'une chance valable d'avoir gain de cause [...]. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, la Cour suprême du Canada a indiqué aux 337 et 338 [R.C.S.] :

Quels sont les indicateurs d'une « question sérieuse à juger »? Il n'existe pas d'exigences particulières à remplir pour satisfaire à ce critère. Les exigences minimales ne sont pas élevées. Le juge saisi de la requête doit faire un examen préliminaire du fond de l'affaire [...]

Une fois convaincu qu'une réclamation n'est ni futile ni vexatoire, le juge de la requête devrait examiner les deuxième et troisième critères, même s'il est d'avis que le demandeur sera probablement débouté au procès. Il n'est en général ni nécessaire ni souhaitable de faire un examen prolongé du fond de l'affaire. [par. 32]

[21] De l'avis de M R Martin, la preuve par affidavit produite par les parties à l'appui de leurs positions respectives et les plaidoiries dans l'action intentée contre Bryn révèlent plusieurs questions justiciables, notamment la violation de la convention hypothécaire, la violation de clauses écrites et verbales de l'accord de changement de conditions, les assertions négligentes et inexactes, l'enrichissement injustifié et la préclusion résultant du comportement. M R Martin soutient que la preuve concernant les assertions de M. Kitchen, M. Killam et Bryn n'a pas été contredite. À l'audience de la motion, Bryn aurait pu obtenir des éléments de preuve directement de MM. Kitchen et Killam, mais cela n'a pas été le cas. Par conséquent, M R Martin avance qu'une inférence défavorable aurait dû être tirée à l'endroit de Bryn. En outre, M R Martin soutient que l'action n'est ni futile ni vexatoire.

[22] Pour sa part, Bryn soutient que la preuve présentée par M R Martin à l'appui de sa position ne révèle aucune « question sérieuse à juger » et que le juge saisi de la motion a tiré des conclusions de fait qui l'ont amené à conclure qu'il n'existait aucune question sérieuse à juger dans l'action intentée par M R Martin.

[23] À mon avis, la preuve présentée par les parties à l'appui de leurs positions respectives révèle une question sérieuse à juger. Le juge saisi de la motion a mal interprété les éléments au dossier en tirant la conclusion contraire et il a ainsi commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision.

(2) Préjudice irréparable

[24] Dans le deuxième volet de l'analyse, la Cour doit déterminer si, dans l'hypothèse où la mesure réparatoire n'est pas accordée, la partie qui demande l'injonction subira un préjudice irréparable. Dans *Leby Fixtures*, le juge Richard affirme ce qui suit :

RJR-MacDonald précise qu'« irréparable » a trait « à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue ». Au paragraphe 59 de l'arrêt, la Cour suprême explique qu'il

s'agit d'« un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou [d']un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu'une partie ne peut être dédommée par l'autre ». [par. 38]

[25] Dans la présente affaire, M R Martin avance que la propriété en question est le seul élément d'actif de Bryn. De plus, selon M R Martin, elle a investi beaucoup de temps et 1,6 million de dollars dans la propriété jusqu'à maintenant. Si Bryn est autorisée à aller de l'avant avec son pouvoir de vente et si M R Martin obtient gain de cause dans l'action intentée, il se peut que le seul élément d'actif de Bryn soit anéanti avant que M R Martin ne puisse faire exécuter le jugement. Bryn n'a pas contesté l'assertion suivant laquelle le terrain en question est son seul élément d'actif. Par conséquent, il semble évident d'après les documents déposés que M R Martin risque de subir un préjudice irréparable si la vente hypothécaire est autorisée. À notre avis, c'est à un préjudice de cette nature que la Cour suprême songeait lorsqu'elle a élaboré la deuxième partie de l'analyse en trois volets. En tirant la conclusion contraire, le juge saisi de la motion a mal interprété les éléments au dossier.

(3) Prépondérance des inconvénients

[26] Même si M R Martin satisfait aux exigences des deux premières parties de l'analyse en trois volets, il ressort de la jurisprudence de notre Cour qu'il faut quand même passer à la troisième étape de l'analyse. Dans *Imperial Sheet Metal Ltd. et al. c. Landry et al.* (2007), 315 R.N.-B. (2^e) 328, [2007] A.N.-B. n^o 226 (QL), 2007 NBCA 51, le juge Robertson explique ce qui suit :

En résumé, pourvu que le juge saisi d'une motion n'impose pas de critère préliminaire en ce qui concerne la question de savoir si le demandeur subira un préjudice irréparable et pourvu qu'il soit disposé à effectuer l'examen prescrit à la troisième des trois étapes de l'analyse et à évaluer le préjudice que pourrait subir le défendeur, personne ne pourra se plaindre de ce que les principes énoncés dans l'arrêt *RJR-MacDonald* n'ont pas été respectés. Que la preuve destinée à établir que le demandeur subira un

préjudice irréparable soit faible ou solide, il est néanmoins nécessaire de passer à la troisième étape de l'analyse.
[par. 30]

[27] Dans *Leby Fixtures*, le juge Richard discute de la démarche à adopter à l'égard du troisième volet de l'analyse exposée dans *RJR-MacDonald* en ces termes :

Dans *RJR-MacDonald*, la Cour suprême a écrit ce qui suit à propos de la troisième et dernière étape de l'analyse (par. 62 et 63) :

Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, le juge Beetz décrit, à la p. 129, le troisième critère applicable à une demande de redressement interlocutoire comme un critère qui consiste « à déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse une injonction interlocutoire en attendant une décision sur le fond ». Compte tenu des exigences minimales relativement peu élevées du premier critère et des difficultés d'application du critère du préjudice irréparable dans des cas relevant de la *Charte*, c'est à ce stade que seront décidées de nombreuses procédures interlocutoires.

Il y a de nombreux facteurs à examiner dans l'appréciation de la « prépondérance des inconvénients » et ils varient d'un cas à l'autre. Dans l'arrêt *American Cyanamid*, lord Diplock fait la mise en garde suivante (à la p. 408) :

[TRADUCTION] Il serait peu sage de tenter ne serait-ce que d'énumérer tous les éléments variés qui pourraient demander à être pris en considération au moment du choix de la décision la plus convenable, encore moins de proposer le poids relatif à accorder à chacun de ces éléments. En la matière, chaque cas est un cas d'espèce.

Il ajoute, à la p. 409 : [TRADUCTION] « Il peut y avoir beaucoup d'autres éléments particuliers dont il faut tenir compte dans les circonstances particulières d'un cas déterminé. »

[par. 43]

[28] Dans la présente affaire, la preuve révèle que Bryn subira peu d'inconvénients comparativement au préjudice que M R Martin pourrait subir, à savoir une importante perte de temps et d'argent investis en vue de développer la propriété, la perte potentielle d'une entreprise hôtelière et la possibilité qu'elle ne soit pas en mesure de faire exécuter un jugement contre Bryn si elle obtenait gain de cause dans son action. Par conséquent, il va de soi que M R Martin satisfait aux exigences de la troisième étape de l'analyse et que le juge saisi de la motion, en concluant autrement, a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision.

VI. Dispositif

[29] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision du juge saisi de la motion et d'accorder une injonction interlocutoire empêchant Bryn d'exercer son pouvoir de vente à l'égard du terrain portant les NID 70084801 et 70472980 jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue dans la présente action, en vertu de la règle 40.01*b*) des *Règles de procédure*. Toutes les questions accessoires (y compris l'imposition de « conditions » en application de la règle 40.05, s'il y a lieu, ainsi que les questions de conformité et d'exécution) devront être déterminées par un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. Je suis également d'avis d'adjuger à l'appelante des dépens de 2 500 \$.