

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

100-13-CA

NACKAWIC MECHANICAL LTD., carrying on  
business as SDI AVIATION

NACKAWIC MECHANICAL LTD., faisant  
affaire sous le nom de SDI AVIATION

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

ROBERT WARD and BRENDA WARD

ROBERT WARD et BRENDA WARD

RESPONDENTS

INTIMÉS

Nackawic Mechanical Ltd. v. Ward, 2015 NBCA 1

Nackawic Mechanical Ltd. c. Ward, 2015 NBCA 1

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Larlee  
l'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
September 12, 2013

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 12 septembre 2013

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
2013 NBQB 296

Décision frappée d'appel :  
2013 NBBR 296

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
March 19 and September 25, 2014

Appel entendu :  
les 19 mars et 25 septembre 2014

Judgment rendered:  
January 8, 2015

Jugement rendu :  
le 8 janvier 2015

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Larlee

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Larlee

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Ryan P. Burgoyne

Pour l'appelante :  
Ryan P. Burgoyne

For the respondents:  
Hugh J. Cameron

Pour les intimés :  
Hugh J. Cameron

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed without costs.

L'appel est accueilli sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction and Brief Overview of the Facts

[1] The respondent, Robert Ward, sustained personal injuries in a fall from an aircraft de-icer, which he claimed had been manufactured by the appellant, Nackawic Mechanical Ltd. On August 11, 2009, Mr. Ward and his wife commenced an action against Nackawic Mechanical by way of a Complaint filed with the Ohio Court of Common Pleas alleging product liability and negligence. Damages were claimed for Mr. Ward's inability to work, earning impairment, lost wages, loss of enjoyment of everyday activities, inability to use his right arm, permanent physical limitations, loss of enjoyment of life, pain and suffering and loss of consortium.

[2] On September 25, 2009, Jeffrey D. Young, an officer of Nackawic Mechanical, submitted on its behalf an Answer to the Wards' Complaint. That Answer was subsequently struck from the record by the Ohio Court, as Mr. Young is not a lawyer approved to practice law in that state. Nackawic Mechanical was given until April 2, 2010, to file an Answer through counsel approved to practice law in Ohio, but declined to do so. As a result, it was noted in default.

[3] On October 15, 2010, the Wards filed a motion for default judgment, and were eventually awarded judgment in Ohio against Nackawic Mechanical in the amount of \$1,000,000. Nackawic Mechanical did not appeal the noting in default, the judgment, or the assessment of damages, and took no further action until the Wards filed a Notice of Application in this jurisdiction to have the Ohio default judgment "entered with the Court of Queen's Bench of New Brunswick" (emphasis added), pursuant to the *Foreign Judgments Act*, R.S.N.B. 2011, c. 162.

[4] In December 2012, Nackawic Mechanical requested and obtained an adjournment of the application hearing to consult Ohio counsel to determine if it still had the option of setting aside the default judgment and filing an Answer in compliance with Ohio law. However, Nackawic Mechanical was informed it was too late to set aside the default judgment.

[5] On September 12, 2013, the application judge issued an order “allowing the Ohio judgment to be entered as a judgment of the Court of Queen’s Bench of New Brunswick pursuant to the *Act* for \$965,980 Canadian funds”. The judge advised the parties they could return to present further argument if they could not agree on interest. As well, the judge fixed the costs of the application at \$4,000.

## II. Grounds of Appeal

[6] In its Notice of Appeal, Nackawic Mechanical contends the application judge:

- 1) erred in law and in fact in finding that [it] submitted to the jurisdiction of the court of the foreign country and that the court of the foreign country had jurisdiction pursuant to section 2 of the *Foreign Judgments Act*;
- 2) did not consider whether the Ohio proceedings were contrary to natural justice pursuant to section 5(i) of the *Foreign Judgments Act*, or erred in law and in fact in finding that the Ohio proceedings were not contrary to natural justice pursuant to section 5(i) of the *Foreign Judgments Act*. Specifically, the judge did not apply the proper legal test under section 5(i) of the *Foreign Judgments Act*. The Ohio proceedings were contrary to natural justice as Nackawic Mechanical is unable to have the default judgment in Ohio set aside to allow it to defend the action on the merits;
- 3) erred in law in finding that the Ohio judgment was not in respect of a cause of action that, for reasons of public policy or for similar reasons, would not have been entertained by the Courts of New Brunswick pursuant

to section 5(h) of the *Foreign Judgments Act*. Specifically, the Ohio judgment is in the name of both Robert and Brenda Ward and includes damages for loss of consortium, a head of damages which was expressly repealed by the New Brunswick legislature at section 4(8) of An Act Respecting Compliance of the Laws of the Province with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, S.N.B. 1985, c. 41.

[7] The Wards filed a Notice of Contention; they contend the decision of the application judge should be affirmed on grounds other than those given:

- 1) [...] the appropriate course of action would have been for [Nackawic Mechanical] to bring a motion in Ohio to set aside the default Judgment;
- 2) [...] merely because the New Brunswick legislature has removed loss of consortium as a head of damages does not mean that to enforce a foreign judgment (which may or may not have taken into account this head of damages) would be contrary to public policy.

[8] In addition, or in the alternative, the Wards contend that, in the event the appeal is allowed, in whole or in part, they are entitled to different relief than that granted by the application judge, as follows:

- 1) In the event this Court holds that the damages awarded in the Ohio action were awarded contrary to public policy, insofar as the damages awarded include damages for loss of consortium, and, in the event that this Court overturns the judge's decision in this regard:
  - a. The Respondents state that they are entitled to substantially similar relief with a minor reduction for this head of damages; or, in the further alternative,
  - b. The Respondents contend that they are entitled to the special damages awarded by the Ohio Court, being \$83,222.86 in medical and related expenses paid as well as lost wages in the amount of \$650,000.00 for a total amount of \$733,222.86.

### III. Issues

[9] On March 19, 2014, after an initial hearing on these issues, the Court adjourned the hearing to allow further submissions with respect to two specific questions:

1. Was it proper to bring the proceedings by way of a Notice of Application as opposed to a Notice of Action?
2. What remedy is available under the *Foreign Judgments Act*?

Both parties filed additional written submissions before the hearing resumed on September 25, 2014, at which time the two issues raised by the Court were fully debated.

### IV. Analysis and Decision

#### A. *Error by Application Judge*

[10] The application judge granted a remedy (“allowing the Ohio judgment to be entered as a judgment of the Court of Queen’s Bench”) that she was not able to grant because it does not come within the legislative authority available to her. The *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, R.S.N.B. 1973, c. R-3 does not apply in this case because Ohio is not a signatory. For the *Foreign Judgments Act* (the *Act*) to apply, proceedings must be brought either on the foreign judgment or on the original cause of action. If proceedings are brought on the foreign judgment, the cause of action is for the debt that arises from the foreign judgment. The law on point is clear and is aptly summarized in Bullen & Leake & Jacob’s *Precedents of Pleadings*, 13th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1990): “In the absence of statutory provision enabling the [foreign] judgment to be enforced by execution in this country, the proper method of enforcement is by action on the basis that the judgment is regarded as creating a debt between the parties” (p. 578).

[11] Neither side to the underlying litigation drew the application judge's attention to the fact that the Notice of Application sought relief that was not available under the *Act*. As a result, the judge did not turn her mind to her limited jurisdiction under the *Act*. Moreover, she was not asked to consider a suitable amendment to the Notice of Application nor did she consider the appropriateness of converting the application to an action for the recovery of the debt arising from the Ohio default judgment.

[12] Proceedings may be initiated by way of a Notice of Application in the specific circumstances set out in Rule 16. Moreover, and more generally, a Notice of Application is appropriate where the relevant facts are not in dispute. The circumstances in play here do not fall within any of the specific instances set out in Rule 16. In addition, relevant facts are in dispute, in particular whether Nackawic Mechanical submitted to the jurisdiction of the Ohio court.

[13] Sections 2, 5 and 7 of the *Act* are germane:

- |  |   |
|--|---|
| <p><b>2</b> For the purposes of this Act, in an action <i>in personam</i> a court of a foreign country has jurisdiction in the following cases only:</p> <p>(a) if the defendant is, at the time of the commencement of the action, ordinarily resident in that country;</p> <p>(b) if the defendant has submitted to the jurisdiction of that court by</p> <p>(i) becoming a plaintiff in the action,</p> <p>(ii) voluntarily appearing as a defendant in the action without protest, or</p> <p>(iii) having expressly or impliedly agreed to submit to the jurisdiction of that court.</p> | <p><b>2</b> Pour l'application de la présente loi, dans une action <i>in personam</i>, un tribunal d'un pays étranger a compétence uniquement dans les cas suivants :</p> <p>a) lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans ce pays au moment où l'action est introduite;</p> <p>b) lorsque le défendeur a reconnu la compétence de ce tribunal :</p> <p>(i) en devenant demandeur dans l'action,</p> <p>(ii) en comparaisant volontairement comme défendeur à l'action sans contester la compétence du tribunal,</p> <p>(iii) en acceptant expressément ou tacitement de se soumettre à la compétence du tribunal.</p> |
|--|---|

**5** If an action is brought in the Province on a foreign judgment, it shall be a sufficient defence that:

(a) the original court did not have jurisdiction for the purposes of this Act;

(b) the defendant, being a defendant in the original action, was not duly served with the process of the original court and did not appear, even though the defendant was ordinarily resident in the foreign country or agreed to submit to the jurisdiction of that court;

(c) the judgment was obtained by fraud;

(d) the judgment is not a final judgment;

(e) the judgment is not for a sum certain in money;

(f) the judgment is for payment of a penalty or a sum of money due under the revenue laws of the foreign country;

(g) the judgment has been satisfied or for any other reason is not a subsisting judgment;

(h) the judgment is in respect of a cause of action that, for reasons of public policy or for similar reasons, would not have been entertained by the courts of this province;

(i) the proceedings in which the judgment was obtained were contrary to natural justice.

**5** Lorsqu'une action fondée sur un jugement étranger est intentée dans la province, les moyens de défense suivants suffisent :

a) le tribunal d'origine n'avait pas compétence aux fins d'application de la présente loi;

b) le défendeur, qui était également défendeur dans l'action originale, n'a pas reçu signification régulière des actes de procédure du tribunal d'origine et n'a pas comparu, même s'il résidait habituellement dans le pays étranger ou même s'il avait accepté de se soumettre à la compétence de ce tribunal;

c) le jugement a été obtenu de façon frauduleuse;

d) le jugement n'est pas définitif;

e) le jugement ne condamne pas au paiement d'une somme d'argent déterminée;

f) le jugement condamne au paiement d'une amende ou d'une somme d'argent due aux termes des lois fiscales du pays étranger;

g) le jugement a été exécuté ou, pour tout autre motif, le jugement n'est pas un jugement subsistant;

h) le jugement se rapporte à une cause d'action qui, pour des motifs d'ordre public ou pour des motifs similaires, n'aurait pas été connue par les tribunaux de la province;

i) l'action au cours de laquelle le jugement a été obtenu était contraire à la justice naturelle.



7 Nothing in this Act prevents the bringing of an action on the original cause of action in respect of which a foreign judgment was obtained.	7 Aucune disposition de la présente loi n'interdit une action fondée sur la cause d'action originale à l'égard de laquelle un jugement étranger a été obtenu.
---	---

[14]                   The *Act* allows an action in this province on a foreign judgment, but there is no authority in it for the registration of a foreign judgment. No other legislation is applicable in the circumstances. Nonetheless, as indicated, the application judge granted the following relief:

An order shall issue allowing the Ohio judgment to be entered as a judgment of the Court pursuant to the Act for \$965,980 Canadian funds.

The application judge did not have jurisdiction to make this order. That leaves unanswered the question of whether the underlying application should be amended to seek relief available under the *Act* and whether, if any such amendment were allowed, the underlying application should be converted to an ordinary action.

B.       *Submission to Jurisdiction*

[15]                   A central issue that must be decided by the Court of Queen's Bench, on proper evidence, is whether Nackawic Mechanical submitted to the jurisdiction of the Ohio court. If there was submission, Nackawic Mechanical would be unable to raise s. 5(a) of the *Act* as a defence to an action brought on the Ohio judgment. The issue of whether a defendant has submitted to a foreign court's jurisdiction by virtue of "voluntarily appearing as a defendant in the action without protest" (s. 2(b)(ii) of the *Act*) is one of mixed fact and law. The core question is whether the defendant has invited the foreign court to consider the merits of the action, resulting in an estoppel type argument premised on consent (the defendant would undoubtedly accept a judgment in his or her favour by the foreign court if that were the result, and therefore must also accept judgment against him or her) (*Mid-Ohio Imported Car Co. v. Tri-K Investments Ltd.*, [1995] B.C.J. No. 2199 (C.A.) (QL), at para. 16; Janet Walker, *Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. (Markham, ON: LexisNexis Canada Inc., 2005) (loose-leaf release 44) ch.

11 at 4). The concept of submitting to the jurisdiction of a foreign court by voluntarily appearing is also referred to as attorning to jurisdiction (Walker, *Canadian Conflict of Laws*, ch. 11 at 5).

[16] The *Act*, though intended to be uniform legislation in Canada, was adopted only in New Brunswick and Saskatchewan. At common law, the instances where an original court can properly take jurisdiction have been expanded beyond presence and submission. The test in the rest of Canada is whether the foreign jurisdiction has a real and substantial connection with the action, and the leading decision on that test is *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, [1990] S.C.J. No. 135 (QL). However, the *Act* has been interpreted to exclude the application of the common law. In New Brunswick, the foreign court has jurisdiction only in cases where one of the criteria specified in s. 2 is satisfied: *844903 Ontario Ltd. v. Vander Pluijm* (1992), 130 N.B.R. (2d) 361, [1992] N.B.J. No. 614 (Q.B.) (QL); *Sims et al. v. Bower* (1993), 138 N.B.R. (2d) 302, [1993] N.B.J. No. 576 (C.A.) (QL); *Noyes v. Cardinal Couriers Ltd.*, [1993] S.J. No. 155 (C.A.) (QL); *Niles v. Bahadoorsingh et al.* (2000), 231 N.B.R. (2d) 62, [2000] N.B.J. No. 427 (Q.B.) (QL), at paras. 10-11; *Cormier v. Theriault*, 2001 NBQB 211, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 85, at para. 14.

[17] Although there are only a few cases that have considered s. 2 of the *Act* specifically, there are several decisions from various courts which address the concept of submitting or attorning to a foreign court's jurisdiction. The question is still relevant in jurisdictions that have adopted the real and substantial connection test because that test does not displace the common law, but simply enlarges the circumstances in which a foreign court has jurisdiction: *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416, at para. 34.

[18] In *Canadian Conflict of Laws*, Professor Walker offers the following synopsis of when there has been submission by voluntary appearance:

Submission is also clear where the defendant appeared in the foreign action to defend against the claim on the merits. However, an appearance made solely to contest the jurisdiction of the foreign court, or to seek the release of the defendant's property, or to protect it after it has been seized by the foreign court before the judgment does not constitute submission unless the defendant also addresses the merits of the claim. [ch. 14 at 20]

[Emphasis added.]

[19] *Dovenmuehle Inc. v. Rocca Group Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 444, [1981] N.B.J. No. 102 (C.A.) (QL), affirmed [1982] 2 S.C.R. 534, [1982] S.C.J. No. 81 (QL), also includes a discussion on the meaning of “voluntarily appearing without protest”. Our Court concluded the defendant had not voluntarily appeared without protest even though it had filed a written appearance with the foreign court and moved to dismiss the action on the basis that it lacked jurisdiction. Stratton J.A. stated the following with respect to the interpretation of s. 2 of the *Act*:

In my opinion, the Act must be interpreted as would any other New Brunswick statute. Having regard to the plain meaning of the words of s. 2(c)(ii) of the Act, I think there can be no doubt that, as a matter of New Brunswick law, the appearance entered and the motion made by counsel for Rocca in the Illinois Court cannot be said to have been made “without protest” as contemplated by that section of the Act, and that Rocca's appearance entered in the Illinois Court merely to protest the jurisdiction of that court did not amount to its voluntary submission to that court's jurisdiction. In concluding that, for the purposes of the Act, the Illinois Court did not have jurisdiction, I adopt as applicable the reasoning of Lord Denning in *Re Dulles' Settlement Trusts (No. 2)* at p. 72 where he said:

“I cannot see how anyone can fairly say that a man has voluntarily submitted to the jurisdiction of a court when he has all the time been vigorously protesting that it has no jurisdiction. If he does nothing and lets judgment go against him in default of appearance, he clearly does not submit to the jurisdiction. What difference in principle does it make, if he does not merely do nothing, but actually goes to the court and protests that it has no

jurisdiction? I can see no distinction at all. I quite agree, of course, that if he fights the case, not only on the jurisdiction, but also on the merits, he must then be taken to have submitted to the jurisdiction, because he is then inviting the court to decide in his favour on the merits, and he cannot be allowed, at one and the same time, to say that he will accept the decision on the merits if it is favourable to him and will not submit to it if it is unfavourable. But when he only appears with the sole object of protesting against the jurisdiction, I do not think he can be said to submit to the jurisdiction.” [para. 29]

[Emphasis added.]

[20] *Dovenmuehle* helps establish two ends to a factually based scale, and actions by defendants that fall somewhere in between must be determined on a case by case basis (see *Henry v. Geopresco International Ltd.*, [1975] 2 All E.R. 702 (C.A.), in which the factual dimension of this issue is noted). On one end, if a defendant appears merely to protest jurisdiction, he or she has not submitted to the jurisdiction of the foreign court. On the other end, if a defendant files a defence by which she or he invites the foreign court to make a decision on the merits, then there is a voluntary appearance and therefore submission to the foreign court’s jurisdiction (see *Phillips v. Phillips*, 2005 ABQB 566, [2005] A.J. No. 1005 (QL), at paras. 25-27, affirmed 2006 ABCA 19, [2006] A.J. No. 33 (QL), leave to appeal to SCC refused [2006] S.C.C.A. No. 95 (QL)).

[21] The test for attornment was recently expressed in Ontario as appearing and going “beyond challenging the jurisdiction of the court based on jurisdiction *simpliciter* and *forum non conveniens*” (*Fraser v. 4358376 Canada Inc.*, 2014 ONCA 553, [2014] O.J. No. 3466 (QL), at para. 14). Essentially, the determination examines whether the defendant has consented, by virtue of its conduct, to the court exercising jurisdiction (Walker, *Canadian Conflict of Laws*, ch. 11 at 4).

[22] In that regard, the decision of Stevenson J. in *G.A. Racicot Enterprises Limited v. Moore* (1979), 26 N.B.R. (2d) 151, [1979] N.B.J. No. 142 (Q.B.) (QL), merits consideration. In that case, a New Brunswick resident tried to set aside the registration in

this province of an Ontario judgment. In fact, his New Brunswick counsel had previously forwarded an Appearance to the Ontario court clerk for filing. It was returned because it was not accompanied by the required filing fee. This attempt at appearing did not amount to a submission to the Ontario court's jurisdiction (para. 9). That decision was followed by MacDonald A.C.J.S.C. (as he then was) in *1302926 Ontario Inc. v. 2334425 Nova Scotia Ltd.*, 2004 NSSC 55, [2004] N.S.J. No. 88 (QL), at para. 31.

[23] Some instances, in addition to *Phillips v. Phillips*, where courts have found a defendant to have voluntarily appeared include:

- Filing a written appearance by a solicitor with the foreign court (*First Pacific Credit Union v. Sawatzky*, [1985] S.J. No. 898 (Q.B.) (QL), at para. 17);
- Filing an Answer to Complaint that did not preserve an earlier motion protesting the foreign court's jurisdiction, and subsequently participating in pre-trial conferences and a settlement conference – despite withdrawing from the proceedings before the foreign court before judgment was rendered (*Morgan v. Guimond Boats Limited*, 2006 FCA 401, [2006] F.C.J. No. 1838 (QL));
- Combining technical pleadings (such as requesting a claim be struck for lack of particularity) with a motion disputing the foreign court's jurisdiction (*Mid-Ohio Imported Car Co. v. Tri-K Investments Ltd.*).

[24] Some instances, in addition to *Dovenmuehle v. Rocca Group* and *G.A. Racicot Enterprises Limited v. Moore*, where courts have determined there was no voluntary appearance include:

- Exchanging correspondence with the solicitor on the other side expressing an intention to defend and file a counterclaim (*Cormier v. Theriault*);
- Filing a motion disputing jurisdiction and interacting with the plaintiff to do so (*1092072 Ontario Inc. (c.o.b. Elfe Juvenile Products) v. GCan Insurance Co.*,

[2008] O.J. No. 3943 (S.C.J.) (QL), affirmed 2009 ONCA 464, [2009] O.J. No. 2316 (QL));

- Appearing to seek the release of the defendant's property, or to protect it after it has been seized by the foreign court before the judgment (Walker, *Canadian Conflict of Laws*, ch. 14 at 20).

[25] The *Act* is primarily concerned with an action brought in this province for the debt that arises from the foreign judgment. However, by virtue of s. 7, nothing in the *Act* prevents the bringing of an action upon the original cause of action. Of course, if the person who holds the foreign judgment elects to bring an action in New Brunswick upon the original cause of action, a defendant in that action would certainly be entitled to defend on the merits. On the other hand, if the action is the common law action for debt arising from the foreign judgment, s. 4 of the *Act* does not allow the judgment debtor to defend on the merits as if it were an action on the original cause of action. The *Act* provides for certain defences in s. 5 that can be raised where the action is brought on the foreign judgment. Nackawic Mechanical has raised s. 5(a) as a defence (the Ohio court did not have jurisdiction). The issue is whether it submitted to the Ohio court's jurisdiction, not whether there is a defence on the merits to the original action. In that regard, it bears noting that Nackawic Mechanical takes the position that it did not manufacture the de-icer from which Mr. Ward fell.

[26] The Wards argue Nackawic Mechanical submitted to the Ohio court's jurisdiction for three reasons: an Answer was filed on its behalf; Jeffrey D. Young "participated" in two pre-trial telephone conferences (the first on January 26, 2010); and Nackawic Mechanical received documents pursuant to documentary discovery and it failed to abide by orders of the Ohio court.

[27] For its part, Nackawic Mechanical argues it did not "appear" because the Answer purportedly filed on its behalf was a nullity. According to Ohio law, an Answer is not valid unless it is filed by a lawyer qualified to practice in Ohio. In fact, the Wards

brought their motion for default judgment in Ohio on the basis that the Answer filed on behalf of Nackawic Mechanical was void because Jeffrey D. Young was not a lawyer qualified to practice in Ohio, and they received a default judgment as a result. Further, Nackawic Mechanical contends it did not “participate” in a telephone conference on January 26, 2010, but did call in on a second date. The record is mute on the extent of Mr. Young’s involvement in any telephone conference. The application judge accepted that his involvement in the second pretrial telephone conference amounted to a submission to jurisdiction by Nackawic Mechanical. One of the problems with that conclusion is this: it is based, at least in part, on the assertion in an affidavit by an Ohio lawyer that Nackawic Mechanical submitted to the Ohio court’s jurisdiction by “failing to abide by the Order of the Ohio court”. This assertion is unquestionably wrong as a matter of law: a failure to abide by an order of a foreign court cannot weigh in the balance in determining whether or not there has been a submission to the jurisdiction of that court.

[28] In this case, what Jeffrey D. Young actually did and said on behalf of Nackawic Mechanical is crucial to the determination of whether it submitted to the jurisdiction of the Ohio court. The facts relating to jurisdiction are very much in dispute. Proceeding by way of a Notice of Application is inappropriate in those circumstances. Indeed, the issue of submission to jurisdiction should not be decided on the basis of affidavits, and it cannot be decided by us on the evidence that exists on the record.

[29] It bears noting as well that the Wards have argued on appeal that by marketing in and exporting to a foreign jurisdiction, the manufacturer of a product impliedly submits to the jurisdiction of the courts in the foreign jurisdiction if harm is caused therein by its product. This raises the question of whether Nackawic Mechanical manufactured the de-icer machine from which Mr. Ward fell. The proper way to determine this issue is by way of an ordinary action.

[30] The question of submission to jurisdiction aside, the fatal error here is that the trial judge could not grant judgment under the *Act* in the way that she did.

C. *Remedy*

[31] In 2013, our *Rules of Court* were amended to incorporate the principle of proportionality. Rule 1.02.1 provides:

1.02.1 Proportionality

In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.

1.02.1 Proportionnalité

Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

[32] In *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, the Court, relying on the proportionality rule, decided that because of the delay and cost associated with the parties' numerous appearances before the courts, it was able, on the basis of the evidence adduced in the Court of Queen's Bench, to make the determination that should have been made in the first instance. This is not the situation in the case at bar.

[33] The proper resolution of this appeal is to set aside the application judge's decision because she was without jurisdiction to grant judgment as she did, and to return the case to the Court of Queen's Bench.

V. Disposition

[34] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Queen's Bench and remit the case to that Court to consider whether the Notice of Application should be amended to claim relief that is allowable under the *Foreign Judgments Act*. If leave to amend is granted, the application should then be converted to and processed as an ordinary action.



[35] I would not order any costs below or on appeal because the issues critical to the resolution of the appeal were raised by the Court.

LA JUGE LARLEE

I. Introduction et bref survol des faits

- [1] L'intimé, Robert Ward, a subi des lésions corporelles lorsqu'il est tombé d'un dégivreur d'aéronefs qui, a-t-il prétendu, avait été fabriqué par l'appelante, Nackawic Mechanical Ltd. Le 11 août 2009, M. Ward et son épouse ont engagé une action contre Nackawic Mechanical au moyen d'une plainte déposée devant la Court of Common Pleas (Cour des plaidés communs) de l'Ohio dans laquelle ils invoquaient la responsabilité du fait des produits et la négligence. Des dommages-intérêts ont été sollicités au titre de l'incapacité de M. Ward de travailler ainsi que pour perte de capacité de gain, perte de salaire, perte de jouissance des activités quotidiennes, incapacité de se servir de son bras droit, limitations physiques permanentes, perte de jouissance de la vie, souffrances et douleurs et perte de consortium.
- [2] Le 25 septembre 2009, Jeffrey D. Young, un dirigeant de Nackawic Mechanical, a déposé, au nom de l'entreprise, une réponse à la plainte des Ward. Cette réponse a subséquemment été radiée du dossier par le tribunal de l'Ohio, parce que M. Young n'est pas un avocat autorisé à exercer le droit dans cet État. Le tribunal a donné à Nackawic Mechanical jusqu'au 2 avril 2010 pour déposer une réponse par l'intermédiaire d'un avocat autorisé à exercer le droit en Ohio, mais celle-ci a refusé de le faire. Elle a donc été constatée en défaut.
- [3] Le 15 octobre 2010, les Ward ont déposé une motion en jugement par défaut, jugement qui a finalement été rendu en leur faveur en Ohio contre Nackawic Mechanical pour la somme de 1 000 000 \$. Nackawic Mechanical n'a pas interjeté appel de la constatation du défaut, ni du jugement non plus que des dommages-intérêts attribués et elle n'a pris aucune autre mesure jusqu'à ce que les Ward déposent un avis de requête dans notre province afin que le jugement par défaut rendu en Ohio soit [TRADUCTION]

« enregistré auprès de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick » (c'est moi qui souligne), conformément à la *Loi sur les jugements étrangers*, L.R.N.-B. 2011, ch. 162.

[4] En décembre 2012, Nackawic Mechanical a demandé et obtenu l'ajournement de l'audition de la requête afin de consulter un avocat de l'Ohio pour savoir si elle avait encore la possibilité de faire annuler le jugement par défaut et de déposer une réponse en conformité avec le droit de l'Ohio. Toutefois, Nackawic Mechanical a été informée qu'il était trop tard pour faire annuler le jugement par défaut.

[5] Le 12 septembre 2013, la juge saisie de la requête a rendu une ordonnance [TRADUCTION] « autoris[ant] l'enregistrement du jugement comme jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick conformément à la *Loi* pour la somme de 965 980 \$ CA ». La juge a dit aux parties qu'elles pouvaient se présenter de nouveau devant la Cour pour présenter d'autres arguments si elles n'arrivaient pas à s'entendre sur les intérêts. De plus, la juge a fixé à 4 000 \$ les dépens afférents à la requête.

## II. Les moyens d'appel

[6] Dans son avis d'appel, Nackawic Mechanical prétend que la juge saisie de la requête :

[TRADUCTION]

- 1) a commis une erreur de droit et de fait en concluant [qu'elle] avait reconnu la compétence du tribunal du pays étranger et que le tribunal du pays étranger avait compétence conformément à l'article 2 de la *Loi sur les jugements étrangers*;
- 2) n'a pas examiné la question de savoir si l'action instruite en Ohio était contraire à la justice naturelle, ainsi qu'il est prévu à l'alinéa 5i) de la *Loi sur les jugements étrangers*, ou a commis une erreur de droit et de fait en concluant à l'issue de l'examen effectué en application de l'alinéa 5i) de la *Loi sur les jugements étrangers* que l'action instruite en Ohio n'était pas

contraire à la justice naturelle. Plus précisément, la juge n'a pas appliqué le bon critère juridique visé à l'alinéa 5i) de la *Loi sur les jugements étrangers*. L'action instruite en Ohio était contraire à la justice naturelle puisque Nackawic Mechanical est incapable de faire annuler le jugement par défaut rendu dans cet État afin de pouvoir plaider au fond dans cette action;

- 3) a commis une erreur de droit en concluant que le jugement rendu en Ohio ne se rapportait pas à une cause d'action qui, pour des motifs d'ordre public ou pour des motifs similaires, n'aurait pas été connue par les tribunaux du Nouveau-Brunswick, à l'issue de l'examen effectué en application de l'alinéa 5h) de la *Loi sur les jugements étrangers*. Plus précisément, le jugement rendu en Ohio est établi au nom de Robert et de Brenda Ward et il comprend des dommages-intérêts pour perte de consortium, chef de dommages qui a expressément été abrogé par l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick au paragraphe 4(8) de la *Loi de 1985 mettant en concordance certaines lois de la province avec la Charte canadienne des droits et libertés*, L.N.-B. 1985, ch. 41.

[7] Les Ward ont déposé un avis de désaccord; ils prétendent que la décision de la juge saisie de la requête devrait être confirmée pour des motifs autres que ceux qui ont été donnés :

[TRADUCTION]

- 1) [...] le recours que [Nackawic Mechanical] aurait dû exercer aurait consisté à déposer en Ohio une motion en annulation du jugement par défaut;
- 2) [...] le simple fait que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a retiré la perte de consortium du nombre des chefs de dommages permis ne signifie pas qu'il serait contraire à l'ordre public de faire exécuter un jugement étranger (qui peut ou non avoir tenu compte de ce chef de dommages).

[8] De plus, ou à titre subsidiaire, les Ward prétendent que, pour le cas où l'appel serait accueilli, en totalité ou en partie, ils auraient droit aux mesures réparatoires suivantes qui diffèrent de celles que la juge saisie de la requête a accordées :

- 1) Pour le cas où la Cour conclurait que les dommages-intérêts accordés dans l'action instruite en Ohio l'ont été contrairement à l'ordre public, dans la mesure où ils comprennent des dommages-intérêts pour perte de consortium, et pour le cas où la Cour infirmerait la décision de la juge à cet égard :
  - a. les intimés font valoir qu'ils ont droit à des mesures réparatoires essentiellement semblables, accompagnées d'une légère réduction pour tenir compte de ce chef de dommages; ou, à titre subsidiaire également,
  - b. les intimés prétendent qu'ils ont droit aux dommages-intérêts particuliers que leur a accordés le tribunal de l'Ohio, soit 83 222,86 \$ au titre des frais médicaux et de frais connexes et 650 000 \$ pour perte de salaire, pour un montant total de 733 222,86 \$.

### III. Questions en litige

[9] Le 19 mars 2014, après une audience initiale sur ces questions, la Cour a ajourné l'audience pour permettre le dépôt de mémoires supplémentaires relativement à deux questions précises :

[TRADUCTION]

1. Est-ce à bon droit que l'instance a été introduite par voie d'avis de requête plutôt que par avis de poursuite?
2. Quelles sont les mesures réparatoires permises en vertu de la *Loi sur les jugements étrangers*?

Les deux parties ont déposé des mémoires additionnels avant la reprise de l'audience, le 25 septembre 2014, jour où les deux questions que la Cour avait soulevées ont été pleinement débattues.

IV. Analyse et décision

A. *L'erreur commise par la juge saisie de la requête*

[10] La juge saisie de la requête a accordé une mesure réparatoire (à savoir qu'elle a [TRADUCTION] « autoris[é] l'inscription du jugement comme jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick ») qu'elle ne pouvait pas accorder parce que cela ne relevait pas du pouvoir qui lui était conféré par la loi. La *Loi sur l'exécution réciproque des jugements*, L.R.N.-B. 1973, ch. R-3, ne s'applique pas en l'espèce parce que l'Ohio n'en est pas signataire. Pour que la *Loi sur les jugements étrangers* (la *Loi*) puisse s'appliquer, une instance doit être fondée soit sur le jugement étranger soit sur la cause d'action originale. Si l'instance est fondée sur le jugement étranger, la cause d'action est le recouvrement de la créance qui découle du jugement étranger. Le droit, à cet égard, est clair et se trouve résumé avec justesse dans l'ouvrage de Bullen, Leake et Jacob, intitulé *Precedents of Pleadings*, 13<sup>e</sup> éd. (London : Sweet & Maxwell, 1990) : [TRADUCTION] « En l'absence d'une disposition législative autorisant l'exécution forcée du jugement [étranger] dans notre pays, la méthode à utiliser pour le rendre exécutoire consiste à engager une action fondée sur le fait que le jugement est considéré créer une dette entre les parties » (p. 578).

[11] Ni l'une ni l'autre des parties au litige sous-jacent n'ont attiré l'attention de la juge saisie de la requête sur le fait que dans l'avis de requête, on sollicitait une mesure réparatoire qui n'était pas permise en vertu de la *Loi*. Il s'en est suivi que la juge n'a pas porté son attention sur la compétence limitée que lui conférait la *Loi*. De plus, on ne lui a pas demandé d'envisager une modification pertinente à l'avis de requête et elle n'a pas non plus examiné la question de savoir s'il y avait lieu de transformer la requête en une action en recouvrement de la créance découlant du jugement par défaut rendu en Ohio.

[12] Une instance peut être engagée par voie d'avis de requête dans les circonstances bien précises énoncées à la règle 16. En outre, et de façon plus générale,

l'avis de requête est indiqué lorsque les faits pertinents ne sont pas contestés. Les faits qui nous occupent en l'espèce ne relèvent d'aucune des situations bien précises énoncées à la règle 16. De plus, les faits pertinents sont contestés, en particulier la question de savoir si Nackawic Mechanical a reconnu la compétence du tribunal de l'Ohio.

[13] Les articles 2, 5 et 7 de la *Loi* sont pertinents :

**2** For the purposes of this Act, in an action *in personam* a court of a foreign country has jurisdiction in the following cases only: **2** Pour l'application de la présente loi, dans une action *in personam*, un tribunal d'un pays étranger a compétence uniquement dans les cas suivants :

(a) if the defendant is, at the time of the commencement of the action, ordinarily resident in that country; (a) lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans ce pays au moment où l'action est introduite;

(b) if the defendant has submitted to the jurisdiction of that court by (b) lorsque le défendeur a reconnu la compétence de ce tribunal :

(i) becoming a plaintiff in the action, (i) en devenant demandeur dans l'action,

(ii) voluntarily appearing as a defendant in the action without protest, or (ii) en comparaisant volontairement comme défendeur à l'action sans contester la compétence du tribunal,

(iii) having expressly or impliedly agreed to submit to the jurisdiction of that court. (iii) en acceptant expressément ou tacitement de se soumettre à la compétence du tribunal.

**5** If an action is brought in the Province on a foreign judgment, it shall be a sufficient defence that: **5** Lorsqu'une action fondée sur un jugement étranger est intentée dans la province, les moyens de défense suivants suffisent :

(a) the original court did not have jurisdiction for the purposes of this Act; (a) le tribunal d'origine n'avait pas compétence aux fins d'application de la présente loi;

(b) the defendant, being a defendant in the original action, was not duly served with the process of the original court and did not appear, even though the defendant was ordinarily resident in the foreign country or (b) le défendeur, qui était également défendeur dans l'action originale, n'a pas reçu signification régulière des actes de procédure du tribunal d'origine et n'a pas comparu, même s'il résidait habituellement

agreed to submit to the jurisdiction of that court;	dans le pays étranger ou même s'il avait accepté de se soumettre à la compétence de ce tribunal;
(c) the judgment was obtained by fraud;	c) le jugement a été obtenu de façon frauduleuse;
(d) the judgment is not a final judgment;	d) le jugement n'est pas définitif;
(e) the judgment is not for a sum certain in money;	e) le jugement ne condamne pas au paiement d'une somme d'argent déterminée;
(f) the judgment is for payment of a penalty or a sum of money due under the revenue laws of the foreign country;	f) le jugement condamne au paiement d'une amende ou d'une somme d'argent due aux termes des lois fiscales du pays étranger;
(g) the judgment has been satisfied or for any other reason is not a subsisting judgment;	g) le jugement a été exécuté ou, pour tout autre motif, le jugement n'est pas un jugement subsistant;
(h) the judgment is in respect of a cause of action that, for reasons of public policy or for similar reasons, would not have been entertained by the courts of this province;	h) le jugement se rapporte à une cause d'action qui, pour des motifs d'ordre public ou pour des motifs similaires, n'aurait pas été connue par les tribunaux de la province;
(i) the proceedings in which the judgment was obtained were contrary to natural justice.	i) l'action au cours de laquelle le jugement a été obtenu était contraire à la justice naturelle.
<b>7</b> Nothing in this Act prevents the bringing of an action on the original cause of action in respect of which a foreign judgment was obtained.	<b>7</b> Aucune disposition de la présente loi n'interdit une action fondée sur la cause d'action originale à l'égard de laquelle un jugement étranger a été obtenu.

[14] La *Loi* autorise l'introduction dans notre province d'une action fondée sur un jugement étranger, mais elle ne confère pas le pouvoir de faire enregistrer un jugement étranger. Aucun autre texte législatif n'est applicable dans les circonstances. Néanmoins, comme nous l'avons vu, la juge saisie de la requête a accordé la mesure réparatoire suivante :



[TRADUCTION]

Une ordonnance sera rendue afin d'autoriser l'enregistrement du jugement comme jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick conformément à la *Loi* pour la somme de 965 980 \$ CA.

La juge saisie de la requête n'avait pas compétence pour rendre cette ordonnance. Cela ne tranche pas la question de savoir si la requête sous-jacente devrait être modifiée afin que l'on y sollicite une mesure réparatoire permise par la *Loi* et si, pour le cas où cette modification serait autorisée, la requête sous-jacente devrait être transformée en une action ordinaire.

B. *La reconnaissance de la compétence du tribunal étranger*

[15] Une des questions fondamentales que la Cour du Banc de la Reine devait trancher, d'après la preuve pertinente, est de savoir si Nackawic Mechanical avait reconnu la compétence du tribunal de l'Ohio. Si elle l'avait reconnue, Nackawic Mechanical ne pouvait pas invoquer l'al. 5a) de la *Loi* comme moyen de défense dans une action fondée sur le jugement rendu en Ohio. La question de savoir si un défendeur a reconnu la compétence d'un tribunal étranger du fait qu'il a « compar[u] volontairement comme défendeur à l'action sans contester la compétence du tribunal » (ss-al. 2b)(ii) de la *Loi*) est une question mixte de fait et de droit. La question fondamentale est de savoir si le défendeur a invité le tribunal étranger à examiner le fond de l'action, donnant ainsi lieu à un argument apparenté à la préclusion et fondé sur le consentement (le défendeur accepterait très certainement un jugement rendu en sa faveur si tel était le résultat et il doit donc également accepter un jugement rendu contre lui) (*Mid-Ohio Imported Car Co. c. Tri-K Investments Ltd.*, [1995] B.C.J. No. 2199 (C.A.) (QL), au par. 16; Janet Walker, *Canadian Conflict of Laws*, 6<sup>e</sup> éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis Canada Inc., 2005) (feuillet mobile, publication 44) ch. 11, à la p. 4). La notion consistant à reconnaître la compétence d'un tribunal étranger en comparaisant volontairement devant lui est également appelée acquiescement à la compétence (Walker, *Canadian Conflict of Laws*, ch. 11, à la p. 5).

[16] La *Loi*, qui devait être une loi uniforme dans tout le Canada, n'a été adoptée qu'au Nouveau-Brunswick et en Saskatchewan. En common law, les situations où le tribunal d'origine peut à bon droit statuer sur sa propre compétence ont été élargies au-delà de la présence et de la reconnaissance. Le critère applicable dans le reste du Canada consiste à savoir si le ressort étranger a un lien réel et substantiel avec l'action et la décision qui fait autorité en ce qui concerne ce critère est l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, [1990] A.C.S. n° 135 (QL). Toutefois, selon l'interprétation qui a été retenue, la *Loi* exclut l'application de la common law. Au Nouveau-Brunswick, le tribunal étranger n'est compétent que dans les cas où un des critères énoncés à l'art. 2 est rempli : *844903 Ontario Ltd. c. Vander Pluijm* (1992), 130 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 361, [1992] A.N.-B. n° 614 (C.B.R.) (QL); *Sims et al. c. Bower* (1993), 138 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 302, [1993] A.N.-B. n° 576 (C.A.) (QL); *Noyes c. Cardinal Couriers Ltd.*, [1993] S.J. No. 155 (C.A.) (QL); *Niles c. Bahadoorsingh et al.* (2000), 231 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 62, [2000] A.N.-B. n° 427 (C.B.R.) (QL), aux para. 10 et 11; et *Cormier c. Theriault*, 2001 NBBR 211, [2001] R.N.-B. (2<sup>e</sup>) (Supp.) No. 85, au par. 14.

[17] Bien que l'article 2 de la *Loi* n'ait été expressément examiné que dans quelques décisions, il existe plusieurs décisions de différents tribunaux qui abordent la notion de reconnaissance de la compétence d'un tribunal étranger ou d'acquiescement à cette compétence. La question demeure pertinente dans les ressorts qui ont adopté le critère du lien réel et substantiel parce que ce critère ne se substitue pas à la common law mais élargit tout simplement les circonstances dans lesquelles un tribunal étranger est compétent : *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416, au par. 34.

[18] Dans son ouvrage intitulé *Canadian Conflict of Laws*, la professeure Walker propose le résumé suivant des situations où il y a reconnaissance de la compétence du fait d'une comparution volontaire :

[TRADUCTION]

Il y a clairement reconnaissance de la compétence, également, lorsque le défendeur a comparu dans l'action étrangère pour présenter une défense sur le fond. Toutefois,

une comparution faite à seule fin de contester la compétence du tribunal étranger, de solliciter la levée de la saisie des biens du défendeur ou d'assurer leur protection, après qu'ils ont été saisis par le tribunal étranger, avant qu'un jugement soit rendu ne constitue pas une reconnaissance de sa compétence à moins que le défendeur n'évoque également le fond de la demande. [ch. 14, à la p. 20]

[C'est moi qui souligne.]

[19] L'arrêt *Dovenmuehle Inc. c. Rocca Group Ltd.* (1981), 34 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 444, [1981] A.N.-B. n<sup>o</sup> 102 (C.A.) (QL), conf. [1982] 2 R.C.S. 534, [1982] A.C.S. n<sup>o</sup> 81 (QL), comporte aussi une analyse du sens de l'expression « en comparissant volontairement [...] sans contester la compétence du tribunal ». Notre Cour a conclu que la défenderesse n'avait pas comparu volontairement sans contester la compétence du tribunal malgré le fait qu'elle avait déposé un acte de comparution devant le tribunal étranger et déposé une motion en vue du rejet de l'action pour le motif que le tribunal n'avait pas compétence. Voici ce qu'a dit le juge d'appel Stratton en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 2 de la *Loi* :

[TRADUCTION]

À mon avis, la *Loi* doit être interprétée de la même manière que les autres lois du Nouveau-Brunswick. Quant à la signification exacte des termes utilisés au sous-al. 2c)(ii) de la *Loi*, j'estime qu'il est indubitable que, d'après la loi du Nouveau-Brunswick, la comparution et le dépôt d'une requête par le procureur de Rocca au tribunal de l'Illinois ne peuvent être considérés comme ayant eu lieu « sans contester la compétence du tribunal » au sens de cette disposition de la *Loi* et que la comparution de Rocca au tribunal de l'Illinois en vue tout simplement de contester la compétence de ce tribunal n'équivaut pas à en reconnaître volontairement la compétence. En concluant que, pour les besoins de la *Loi*, le tribunal de l'Illinois n'avait pas compétence, j'estime applicable le raisonnement de lord Denning dans l'arrêt *Re Dulles' Settlement Trusts*, à la p. 72, où il a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je ne vois pas comment quiconque peut raisonnablement dire qu'un homme a

volontairement reconnu la compétence d'un tribunal alors qu'il a, pendant toute la période pertinente, contesté avec véhémence la compétence de ce tribunal. S'il ne fait rien et laisse un jugement être rendu contre lui pour défaut de comparaître, il ne reconnaît manifestement pas la compétence du tribunal. Quelle différence cela fait-il en principe s'il ne se contente pas de ne rien faire mais se rend effectivement devant le tribunal et conteste sa compétence? Je ne vois aucune distinction. Je reconnais, bien entendu, que s'il conteste l'instance non seulement sur la question de la compétence mais aussi sur le fond, il doit alors être réputé avoir reconnu la compétence du tribunal, parce qu'il se trouve alors à inviter le tribunal à trancher l'instance sur le fond en sa faveur et on ne saurait lui permettre de dire, tout à la fois, qu'il se pliera à la décision sur le fond si elle lui est favorable mais ne s'y pliera pas si elle lui est défavorable. Toutefois, lorsqu'il comparaît à seule fin de contester la compétence du tribunal, je ne pense pas que l'on puisse considérer qu'il a reconnu la compétence de ce tribunal. [par. 29]

[C'est moi qui souligne.]

[20] L'arrêt *Dovenmuehle* nous aide à établir les deux extrémités d'une échelle fondée sur les faits, et les actes des défendeurs qui se situent quelque part entre les deux doivent être jugés au cas par cas (voir l'arrêt *Henry c. Geopresco International Ltd.*, [1975] 2 All E.R. 702 (C.A.), dans lequel la dimension factuelle de cette question est soulignée). À une des extrémités, le défendeur qui comparaît à seule fin de contester la compétence du tribunal étranger n'a pas reconnu la compétence de ce tribunal. À l'autre extrémité, le défendeur qui dépose une défense dans laquelle il invite le tribunal étranger à rendre une décision sur le fond se trouve à comparaître volontairement et donc à reconnaître la compétence du tribunal étranger (voir l'arrêt *Phillips c. Phillips*, 2005 ABQB 566, [2005] A.J. No. 1005 (QL), aux par. 25 à 27, conf. 2006 ABCA 19, [2006] A.J. No. 33 (QL), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée [2006] C.S.C.R. n° 95 (QL)).

[21] Le critère qui régit l'acquiescement à la compétence a récemment été défini en Ontario, tout comme le fait de comparaître et d'aller [TRADUCTION] « plus loin que la contestation de la compétence du tribunal fondée sur la simple reconnaissance de compétence et le *forum non conveniens* » (*Fraser c. 4358376 Canada Inc.*, 2014 ONCA 553, [2014] O.J. No. 3466 (QL), au par. 14). Essentiellement, pour déterminer s'il y a eu acquiescement, il faut se demander si le défendeur a consenti, du fait de sa conduite, à ce que le tribunal exerce sa compétence (*Walker, Canadian Conflict of Laws*, ch. 11, à la p. 4).

[22] À cet égard, il y a lieu d'examiner la décision du juge Stevenson dans l'affaire *G.A. Racicot Enterprises Ltd. c. Moore* (1979), 26 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 151, [1979] A.N.-B. n<sup>o</sup> 142 (C.B.R.) (QL). Dans cette affaire, un résident du Nouveau-Brunswick avait essayé de faire annuler l'enregistrement dans notre province d'un jugement ontarien. En fait, son avocat au Nouveau-Brunswick avait auparavant fait parvenir un acte de comparution au greffier du tribunal ontarien en vue de son dépôt. Le document avait été retourné parce qu'il n'était pas accompagné des droits requis pour le dépôt. Cette tentative de comparution ne constituait pas une reconnaissance de la compétence du tribunal ontarien (par. 9). Cette décision a été suivie par le juge MacDonald, juge en chef adjoint de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (tel était alors son titre) dans la décision *1302926 Ontario Inc. c. 2334425 Nova Scotia Ltd.*, 2004 NSSC 55, [2004] N.S.J. No. 88 (QL), au par. 31.

[23] Voici quelques instances, outre la décision *Phillips c. Phillips*, dans lesquelles les tribunaux ont conclu que le défendeur avait comparu volontairement :

- Dépôt par l'avocat d'un acte de comparution devant le tribunal étranger (*First Pacific Credit Union c. Sawatzky*, [1985] S.J. No. 898 (C.B.R) (QL), au par. 17);
- Dépôt d'une réponse à une plainte dans laquelle on ne demandait pas le maintien d'une motion antérieure contestant la compétence du tribunal étranger et participation subséquente à des conférences préalables à l'instruction ainsi qu'à

une conférence de règlement amiable – malgré le retrait de l’intimée de l’affaire instruite par le tribunal étranger avant que le jugement soit rendu (*Morgan c. Guimond Boats Limited*, 2006 CAF 401, [2006] A.C.F. n° 1838 (QL));

- Dépôt à la fois de plaidoiries techniques (comme une requête en radiation d’une demande pour manque de précisions) et d’une motion contestant la compétence du tribunal étranger (*Mid-Ohio Imported Car Co. c. Tri-K Investments Ltd.*).

[24] Voici quelques instances, outre l’arrêt *Dovenmuehle c. Rocca Group* et la décision *G.A. Racicot Enterprises Limited c. Moore*, dans lesquelles les tribunaux ont conclu qu’il n’y avait pas eu comparution volontaire :

- Échange de correspondance avec l’avocat de la partie adverse exprimant une intention de présenter une défense et de former une demande reconventionnelle (*Cormier c. Theriault*);
- Dépôt d’une motion contestant la compétence et interaction avec la demanderesse à cette fin (*1092072 Ontario Inc. (c.o.b. Elfe Juvenile Products) c. GCan Insurance Co.*, [2008] O.J. No. 3943 (C.S.J.) (QL), conf. 2009 ONCA 464, [2009] O.J. No. 2316 (QL));
- Comparution pour demander la levée de la saisie des biens du défendeur, ou pour assurer leur protection, après qu’ils ont été saisis par le tribunal étranger, avant qu’un jugement soit rendu (Walker, *Canadian Conflict of Laws*, ch. 14, à la p. 20).

[25] La *Loi* s’intéresse avant tout aux actions engagées dans notre province en recouvrement de la créance qui découle du jugement étranger. Aux termes de l’article 7, toutefois, aucune disposition de la *Loi* n’interdit une action fondée sur la cause d’action originale. Bien entendu, si la personne en faveur de qui le jugement étranger a été rendu choisit d’engager au Nouveau-Brunswick une action fondée sur la cause d’action originale, le défendeur dans cette action a certainement le droit de plaider au fond. Par

ailleurs, s'il s'agit d'une action en common law engagée en vue du recouvrement d'une créance découlant du jugement étranger, l'art. 4 de la *Loi* ne permet pas au débiteur judiciaire de plaider au fond comme s'il s'agissait d'une action fondée sur la cause d'action originale. La *Loi* prévoit, à l'article 5, certains moyens de défense qui peuvent être invoqués lorsque l'action est fondée sur le jugement étranger. Nackawic Mechanical a invoqué l'al. 5a) comme moyen de défense (le tribunal de l'Ohio n'avait pas compétence). La question à trancher est celle de savoir si elle a reconnu la compétence du tribunal de l'Ohio et non celle de savoir s'il y a eu une défense au fond dans l'action originale. À cet égard, il y a lieu de souligner que Nackawic Mechanical fait valoir qu'elle n'a pas fabriqué le dégivreur duquel M. Ward est tombé.

[26] Les Ward invoquent trois raisons à l'appui de leur prétention selon laquelle Nackawic Mechanical a reconnu la compétence du tribunal de l'Ohio : une réponse a été déposée en son nom; Jeffrey D. Young a [TRADUCTION] « participé » à deux conférences téléphoniques préparatoires au procès (la première ayant eu lieu le 26 janvier 2010); et Nackawic Mechanical a reçu des documents dans le cadre d'une communication de documents et elle ne s'est pas conformée à certaines ordonnances rendues par le tribunal de l'Ohio.

[27] Nackawic Mechanical, pour sa part, prétend qu'elle n'a pas [TRADUCTION] « comparu » parce que la réponse qui aurait été déposée en son nom était nulle. Selon le droit de l'Ohio, une réponse n'est valide que si elle est déposée par un avocat autorisé à exercer en Ohio. En fait, les Ward ont déposé leur motion en jugement par défaut en Ohio parce que la réponse déposée au nom de Nackawic Mechanical était nulle étant donné que Jeffrey D. Young n'était pas un avocat autorisé à exercer en Ohio. Ils ont, par la suite, obtenu un jugement par défaut. De plus, Nackawic Mechanical prétend qu'elle n'a pas [TRADUCTION] « participé » à une conférence téléphonique le 26 janvier 2010, mais a pris part à un appel à une autre date. Le dossier ne nous apprend rien sur la nature de la participation de M. Young à une quelconque conférence téléphonique. La juge saisie de la requête a accepté l'idée que la participation de M. Young à la deuxième conférence téléphonique préparatoire au procès constituait de

la part de Nackawic Mechanical une reconnaissance de la compétence du tribunal de l'Ohio. Un des problèmes qui se pose alors est le suivant : cette conclusion est fondée, en partie du moins, sur la prétention formulée dans un affidavit fait par un avocat de l'Ohio selon laquelle Nackawic Mechanical a reconnu la compétence du tribunal de l'Ohio en [TRADUCTION] « ne se conformant pas à l'ordonnance du tribunal de l'Ohio ». Une telle assertion est indubitablement erronée en droit : l'omission de se conformer à l'ordonnance d'un tribunal ne saurait peser dans la balance afin de déterminer s'il y a eu ou non reconnaissance de la compétence du tribunal en question.

[28] En l'espèce, ce que Jeffrey D. Young a effectivement dit et fait au nom de Nackawic Mechanical est crucial pour trancher la question de savoir si celle-ci a ou non reconnu la compétence du tribunal de l'Ohio. Les faits se rapportant à la compétence sont fortement contestés. Il n'est pas indiqué de procéder par voie d'avis de requête dans ces circonstances. En effet, la question de la reconnaissance de la compétence ne devrait pas être tranchée sur la foi d'affidavits et nous ne pouvons pas la trancher en nous appuyant sur la preuve qui est versée au dossier.

[29] Il est à remarquer également que les Ward ont prétendu en appel qu'en faisant de la mise en marché dans un ressort étranger et en exportant vers ce ressort, le fabricant d'un produit reconnaît implicitement la compétence des tribunaux du ressort étranger si des dommages y sont causés par son produit. Cela soulève la question de savoir si Nackawic Mechanical a fabriqué le dégivreur duquel M. Ward est tombé. La bonne façon de trancher cette question est de le faire dans le cadre d'une action ordinaire.

[30] Si l'on excepte la question de la reconnaissance de la compétence, l'erreur fatale qui a été commise en l'espèce est que la juge du procès ne pouvait pas, en vertu de la *Loi*, rendre jugement de la façon qu'elle l'a fait.



C. *Les mesures réparatoires*

[31] En 2013, les *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick ont été modifiées afin qu'y soit incorporé le principe de la proportionnalité. La règle 1.02.1 est ainsi rédigée :

1.02.1 Proportionality

In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.

1.02.1 Proportionnalité

Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

[32] Dans l'arrêt *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 388, la Cour, s'appuyant sur la règle de la proportionnalité, a estimé qu'étant donné les coûts et retards qu'avaient entraînés les nombreuses comparutions des parties devant les tribunaux, elle était capable, d'après la preuve produite devant la Cour du Banc de la Reine, de rendre la décision qui aurait dû être rendue en première instance. La situation n'est pas la même en l'espèce.

[33] La décision qu'il convient de rendre dans le cadre du présent appel consiste à annuler la décision de la juge saisie de la requête parce qu'elle n'avait pas compétence pour accorder le jugement qu'elle a accordé et à renvoyer l'affaire devant la Cour du Banc de la Reine.

V. Dispositif

[34] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Cour du Banc de la Reine et de renvoyer l'instance à cette Cour afin qu'elle examine la question de savoir si l'avis de requête devrait être modifié afin que l'on y sollicite des mesures réparatoires qui sont permises en vertu de la *Loi sur les jugements étrangers*. Si l'autorisation de modifier est accordée, la requête devrait être transformée en une action ordinaire et être instruite comme telle.

[35] Je suis d'avis de n'accorder aucuns dépens, que ce soit au titre de la requête devant le tribunal d'instance inférieure ou au titre de l'appel, parce que les questions fondamentales pour la décision de l'appel ont été soulevées par la Cour.