

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

125-18-CA

JAMES ALLISON WYLIE

APPELLANT

- and -

GERALD WARD McCARRON and BEVERLY
MAE WOOD

RESPONDENTS

Wylie v. McCarron et al., 2020 NBCA 28

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench
November 6, 2018

History of Case:

Decision under appeal:
2018 NBQB 206

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
September 12, 2019

Judgment rendered:
April 30, 2020

Reasons for judgment:
The Honourable Justice French

Concurred in by:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice LeBlond

JAMES ALLISON WYLIE

APPELANT

- et -

GERALD WARD McCARRON et BEVERLY
MAE WOOD

INTIMÉS

Wylie c. McCarron et autre, 2020 NBCA 28

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 6 novembre 2018

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 206

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 12 septembre 2019

Jugement rendu :
le 30 avril 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Wynn W. Meldrum

Pour l'appelant :
Wynn W. Meldrum

For the respondent:
Edward J. McGrath

Pour les intimés :
Edward J. McGrath

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$5,000.

L'appel est rejeté avec dépens de 5 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] In the decision under appeal, a judge determined Gerald McCarron and Beverly Wood have a right-of-way over land that is located between Vacation Lane and their waterfront cottage. Without a right-of-way, they are landlocked. They acquired title to the property from Ralph and Elizabeth Logan in 2004. Mr. Logan’s mother, Clarissa J. Logan, acquired it by deed in 1933, when the waterfront lot was carved out of a large tract of farmland on Baie Verte. Vacation Lane runs from a public highway through the old farm to the cottages on the shore.

[2] Following the purchase in 1933, Clarissa Logan accessed her property from Vacation Lane by crossing over the rear of the adjacent waterfront property, which is now owned by James Wylie, the appellant. Ms. Logan’s access through that property was in the same location for almost 40 years. Sometime after 1971, the route of her access was moved north, away from the shore. After 1986, it moved further north to a shared driveway that passes between Mr. Wylie’s cottage and a cottage owned by his sister, Margaret Gillespie. This driveway is identified as “Existing Driveway” on the Survey Plan prepared by Warren Daigle, “Showing Boundaries Between Landowners: Gerald Ward McCarron & Beverly Mae Wood, James Allison Wylie and Margaret Gillespie,” dated May 23, 2017 (Exhibit P-5), which is attached as Appendix A. Ms. Logan’s initial access route crossed north of (behind) the location of Mr. Wylie’s cottage in 1935, which is identified as “Building 1935”. The Daigle Survey also identifies the current location of (1) the Logan/McCarron/Wood cottage as “Civic 21”, (2) the Wylie cottage as “Civic 23”, and (3) the Gillespie cottage as “Civic 19”.

[3] In September 2004, during the first stay at their recently acquired cottage, Mr. McCarron’s and Ms. Wood’s right to use the driveway was challenged. Over time,

matters deteriorated and in August 2006, Mr. McCarron and Ms. Wood commenced an action against Margaret Gillespie claiming their right-of-way had been wrongfully obstructed by placing vehicles in front of the driveway and locking the gate at its entrance. A second action was commenced against James Wylie in 2011. It appears the reason for proceeding initially against Ms. Gillespie was the belief the driveway passed over her property. At both trials, there was conflicting evidence over whether the driveway crosses the property of Mr. Wylie or Ms. Gillespie, or both. Indeed, as will become apparent, this right-of-way dispute is dominated by issues that flow from conflicting and unreconcilable evidence regarding the boundaries of all three properties.

[4] The action against Margaret Gillespie was tried in 2015 over four days (*McCarron v. Gillespie*, 2015 NBQB 226, [2015] N.B.J. No. 332 (QL)). The trial judge accepted Ms. Gillespie's evidence that any right-of-way to the former Logan property was on Mr. Wylie's property, not hers. He dismissed Mr. McCarron and Ms. Wood's claim to a right-of-way over Ms. Gillespie's property and issued an order restraining them from crossing her property to access theirs. It seems each party had a different interpretation of what the judge's order restrained. Ms. Gillespie understood it to mean Mr. McCarron and Ms. Wood were barred from using the driveway that had been used to the time of trial and Mr. McCarron and Ms. Wood understood they could use the driveway (which they appear to have presumed from the decision was on Mr. Wylie's property), so long as they did not cross over onto Ms. Gillespie's property.

[5] The action against Mr. Wylie was tried in 2018. The trial judge determined Mr. McCarron and Ms. Wood have a right-of-way across Mr. Wylie's property, shown on the Daigle Survey as the Existing Driveway. Mr. Wylie appeals this decision. One of his grounds of appeal asserts that by declaring a right-of-way over the Existing Driveway, the judge created a right of access, over his property, in the same location that he restrained Mr. McCarron and Ms. Wood from using in *McCarron v. Gillespie*, on the basis that it crossed Ms. Gillespie's property.

[6] The evidence, issues and submissions at both trials were largely the same; however, there are important differences. Significantly, the Daigle Survey was not evidence at the first trial (it was not prepared until 2017) and the precise location of the driveway was not settled in *McCarron v. Gillespie*.

[7] Mr. Wylie requested the trial judge recuse himself from the trial against him because of determinations the judge made in his decision dismissing the action against Ms. Gillespie. The judge's dismissal of the recusal motion forms the basis of Mr. Wylie's first ground of appeal.

[8] I would dismiss Mr. Wylie's appeal for the reasons that follow. While the standard of review on questions of law is correctness, Mr. Wylie does not allege an error of law. He claims the judge's misapprehension of the evidence resulted in a number of palpable and overriding errors. I do not agree.

II. Background

[9] James Wylie's response to the claimed right-of-way raised issues that go beyond those typical in a dispute over the existence, use or nature of a right-of-way. Mr. Wylie challenged the title to, and the boundaries of, the dominant tenement (the McCarron/Wood property) and the identity of the servient tenement (the Wylie property or the Gillespie property) and its boundaries. A summary of the parties' key positions should assist in recognizing the relevance of the broad and convoluted background that follows, which admittedly presents as much like the background to a disputed quieting of title action as it does to a right-of-way dispute:

- Mr. McCarron and Ms. Wood rely on an express grant of right-of-way, over the rear of Mr. Wylie's property, which they claim has been relocated to the Existing Driveway, by agreement. Mr. Wylie maintains the grant, initially made in the 1933 deed to Clarissa Logan, was not effective to encumber his property since the 1933 deed to his property was not expressly made subject to any such right. Both

deeds were executed by the same grantor, on the same day, and the trial judge concluded it had been a mistake for the original deed to Mr. Wylie's property not to have been made subject to the grant of right-of-way.

- Mr. McCarron and Ms. Wood claim that, even if the grant of right-of-way was ineffective, a right-of-way by prescription exists since access has been consistently exercised during the more than 70 years that passed before they became owners in 2004. Mr. Wylie maintains prescriptive rights were not acquired by the Logans because they received permission to cross the property. Mr. Wylie further submits that, even if a right-of-way once existed, whether by grant or otherwise at law, any such right has been lost because (1) the way has moved and any original right has been released; (2) the Existing Driveway crosses Ms. Gillespie's property, not his; and (3) the McCarron/Wood cottage is not on their land, and, therefore, they do not possess a dominant tenement that is accommodated by the way. Mr. Wylie says their cottage has been moved back from the shore (due to erosion), off their property, and all that remains of the lot conveyed in 1933 is a narrow strip of land along the shore.
- Mr. McCarron and Ms. Wood maintain that, regardless of anything else, title to their property, including the right-of-way, was confirmed and made indefeasible when the Logans registered it under the *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1, prior to their purchase in 2004. Mr. Wylie submits the Logans abandoned plans to quiet their title and instead "fabricated" a description of their property and improperly, if not fraudulently, registered it (and the invalid right-of-way) under the Land Titles system.

A. *The 1933 deeds*

[10] The root of title to the McCarron/Wood and the Wylie properties is found in two deeds executed the same day, on August 8, 1933, by John MacLeod Rayworth and

Charlotte McGregor Rayworth, the owners of a large tract of farmland which included fields that ran from the “main road” to the shore of Baie Verte:

1. The deed to Marjorie Beatrice Wry (Mr. Wylie’s lot) describes the parcel conveyed as:

“[...] BEGINNING at a stake [...] thence in a north-westerly direction one hundred twenty-five (125) feet more or less to an iron stake; thence at right angles in a north-easterly direction one hundred (100) feet more or less to an iron stake; thence at right angle in a south-easterly direction one hundred and twenty-five (125) feet more or less to an iron stake on the shore of Bay Verte; thence in a south-westerly direction following the aforesaid shore-line back to the place of beginning. Together with the use of a right-of-way from the main road to the above property by way of a lane running through the above farm from the main road to the shore.”

The lane running through the farm to the shore is now called Vacation Lane. The lot is bounded on the south by Baie Verte, on the west by Vacation Lane, on the north by the lands retained by the Rayworths (later owned by Ms. Gillespie) and on the east by the lot conveyed to Clarissa Jean Logan.

2. The deed to Clarissa Jean Logan (Mr. McCarron’s and Ms. Wood’s lot) describes the parcel conveyed as:

“[...] BEGINNING at a stake [...] thence in a north-westerly direction and following the eastern boundary line of land owned by Mrs. Marjorie Beatrice Wry, one hundred (100) feet more or less to an iron stake; thence at right angles in a north-easterly direction two hundred (200) feet more or less to an iron stake; thence at right angles in a south-easterly direction one hundred (100) feet more or less to an iron stake on the shore of Bay Verte; thence in a south-westerly direction following the aforesaid shore-line back to the place of beginning. TOGETHER WITH the use of a right-of-way from the Main Road to the above property by way of a lane from the main road to the shore of Bay Verte **and also over the rear of the above mentioned land owned by Mrs. Marjorie Beatrice Wry.**”

[Emphasis added.]

This lot is bounded on the south by Baie Verte, on the west by the lot conveyed to Marjorie Wry and on the north by the lands retained by the Rayworths.

[11] Marjorie B. Wry's deed was not made subject to the grant of right-of-way contained in Clarissa Logan's deed and, as noted, Mr. Wylie maintained at trial the grant was not effective to create a right over his property. Had Ms. Logan's deed been registered first, there would be no issue. However, Ms. Wry's deed was registered in October 1938, while Ms. Logan's deed was not registered until April 1963. The trial judge did not expressly address whether the grant was effective; however, he concluded there had been a mistake and the clear intention of the Rayworths was to grant a right-of-way over Ms. Wry's lot. He wrote:

[...] both received their title from the same grantor by two deeds signed the same date: August 8, 1933. Clearly, there was a mistake with respect to the provision of a right-of-way. There is no mention of the right-of-way on the civic # 23 deed [Ms. Wry]. Consequently, civic # 21 [Ms. Logan] would be landlocked. But the intention of the grantors in 1933 is also clear that a right-of-way was intended. [para. 34]

B. *The lay of the land: conflicting evidence regarding the boundaries of the original 1933 lots*

[12] Erosion along the shore of Baie Verte has been significant. Even before 1945, it caused cottages to be moved back from the shore, both east and west of Vacation Lane. This loss of land and the resulting changes in the use of these properties, particularly after cottages and sheds were moved north, contributes to the difficulty of locating the boundaries of the parcels conveyed in 1933 and of establishing current boundaries.

[13] The conflicting opinion evidence offered by the surveyors warrants explanation. Their opinions differed in two important respects. They disagreed on the starting point for Marjorie B. Wry's lot; one has it about 25 feet further north than the

other, and, as a result, the northern boundary is about 25 feet further north. Also, they disagree on the direction of the northern boundary. As a consequence, one has the lot in the shape of a rectangle while the other has it as a parallelogram. Both variations flow from the different methods employed to locate the boundaries of the 1933 lots.

[14] Mr. Daigle, the surveyor called by Mr. McCarron and Ms. Wood, explained that he used a 1935 aerial photo to determine the location of the top of the bank at that time. He reasoned that the “iron stake on the shore of Bay Verte” (referenced in the descriptions of both the Wry and Logan deeds), would have been placed at the “top of the bank” of the shore. It would not make sense for the stake to have been placed in the sand of the beach or at the ordinary high-water mark. After identifying the notional location of the iron stake, the point of beginning to the metes and bounds description in Ms. Wry’s deed, he then followed the description to identify the lot’s boundaries.

[15] The surveyor representing the Terrain Group Inc., who was called by Mr. Wylie, agreed the stake would have been at the top of the bank and did not dispute the reasonableness of Mr. Daigle’s approach; however, he used orthophotos to locate the boundaries of the original lots, which he felt was a more accurate means of doing so. The Terrain Group did not prepare a survey or plan. It produced various sketches, including, a “Sketch Showing a Portion of Rayworth Beach [...] Circa 2003”, dated April 2008. The sketch identifies both the Wylie cottage and McCarron/Wood cottage as being on Ms. Gillespie’s property, north of the small strips of land along the shore that the Terrain Group says is all that remain of the original 1933 lots. The notes to the sketch indicate “It should only be used as a graphical representation and does not constitute a determination of legal boundaries [...]” (Exhibit D-1, Tab 11). To be clear, Mr. Wylie’s position is that, regardless of anything else, including surveyor’s opinions on the use and occupation of the parties’ properties since 1933 or the representations of Ms. Gillespie, the dimensions of the lots conveyed to Marjorie B. Wry and Clarissa Logan (100’ x 125’ and 100’ x 200’) are determinative of their boundaries today, and any land beyond those boundaries is owned by Ms. Gillespie.

[16] The difference of opinions over the direction of the northern boundary results from each surveyor's attempt to reconcile conflicting elements in the descriptions of the lots. Mr. Daigle has the northern boundary of Ms. Wry's lot running at a right angle to Vacation Lane, while the Terrain Group has it at less than a 90-degree angle to Vacation Lane (closer to a 45-degree angle and more or less parallel to the shore). Mr. Daigle explained the description calls for the northern boundary of Ms. Wry's lot to be at a right angle to Vacation Lane and it is consistent with the fields then being cut and or used at right angles to Vacation Lane, as indicated on the 1935 aerial photo. However, this approach results in the eastern boundary, which runs south to the shore, being longer than the lot's western boundary, despite the fact both are described as being 125 feet, more or less.

[17] At the risk of oversimplification, the Terrain Group reasoned that it was preferable to respect the specific 125 x 100-foot measurements of Marjorie B. Wry's lot than the description of the boundaries as being at right angles. To achieve this, the Terrain Group has the northern boundary of her lot coming off Vacation Lane at less than 90 degrees to create a lot that is precisely 125 x 100 feet, and essentially a parallelogram. The Terrain Group did the same for Clarissa Logan's lot.

[18] In short, Mr. Daigle locates Ms. Wry's 1933 lot, including its northern boundary with Ms. Gillespie, about 25 feet further north than the Terrain Group and he has it in the shape of a rectangle while the Terrain Group has it as a parallelogram. The different results are indicated on the Daigle Survey. The dotted lines indicate where the Terrain Group would locate the northern boundary of Ms. Wry's two lots (in 1963, Ms. Wry added a small 50-foot strip of land to the rear of her 1933 lot). Mr. Daigle identifies what he believes to be the northern boundary of those lots with two lines of dashes, "- - -". Mr. Daigle shows the northerly boundary as being north of the "Old Road-Bed," and running across the front (south) of Mr. Wylie's cottage (in its current location) and shed.

[19] While this explains the difference between the surveyors' opinions on the location of the boundaries of Ms. Wry's 1933 and 1963 lots (differences which also apply

to Ms. Logan's 1933 lot), there is another important difference in their evidence. Mr. Daigle extends Mr. Wylie's property further north than the lots conveyed to Ms. Wry; he extends it to the "property line as indicated by Margaret Gillespie." This results in the Existing Driveway being on Mr. Wylie's property, not Ms. Gillespie's. The Terrain Group's opinions were based on their identification of the boundaries of the original lots.

[20] Before leaving the conflicting opinions in relation to the location of Mr. Wylie's northern boundary, I would note the existence of a third, and different, hypothesis. The evidence at trial included an unsigned plan prepared by Pettipas Surveys Ltd., dated February 24, 2004 and titled "Survey Plan to Accompany Quieting of Titles in Favour of: Ralph M. Logan and Elizabeth Joyce Logan" (the "Pettipas Plan"). It was drafted in contemplation of an application to quiet the Logan's title, which did not proceed. Mr. Pettipas was not called as a witness and while a copy of his plan was entered into evidence on consent, its relevance at trial seemed to be primarily related to evidencing its use in *McCarron v. Gillespie*, where it was marked on (in handwriting) to show where Ms. Gillespie identified the location of her boundary and to identify the two most recent access routes to the Logans' cottage. Like the Daigle Survey, the Pettipas Plan locates the northwest corner of Mr. Wylie's lot at the northern post of the chain gate at the entrance to the driveway. Stated more generally, it shows the gate as being on Mr. Wylie's property. Other than showing the location of this gate, the Pettipas Plan does not identify the route or path of the driveway. However, handwritten notes marked on the plan indicate the driveway crosses Mr. Wylie's property, as it leaves Vacation Lane and passes through the gate, but it then crosses Ms. Gillespie's property, as it moves east toward the Logan cottage. While vague and open to interpretation, these notes were not challenged at trial.

[21] The trial judge did not make any express determination regarding the surveyors' opinions, except one cannot avoid the conclusion he accepted Mr. Daigle's opinion that the Existing Driveway crossed Mr. Wylie's property, between the gate and his eastern boundary.

C. *Access to and location of the cottages*

[22] Not surprisingly, the evidence was limited regarding the Logans' access to their cottage during the 70 years before it was sold to Mr. McCarron and Ms. Wood. Aerial photos taken in 1935, 1945, 1953, 1963, 1971, 1982, 1996, 2001 and 2011 form an important part of the evidentiary record. Curtis Speight, of Interpretation Resources Consulting Inc., provided opinion evidence respecting their use and interpretation. They were also relied upon by Mr. Daigle and the Terrain Group. All agree this evidence was key to understanding changes to the location of the shore, cottages, sheds, access/driveways, etc. from 1935.

[23] The 1935 aerial photograph shows both Marjorie B. Wry's cottage and Clarissa Logan's cottage. It indicates access from Vacation Lane to both cottages passed to the north of (behind) Ms. Wry's cottage. The 1935 location of Ms. Wry's cottage is identified on the Daigle Survey as "Building 1935." The 1935 location of Ms. Logan's cottage is not shown on the survey; however, the aerial photo shows it was further back from the shore than Ms. Wry's cottage. This access, being "over the rear of" Ms. Wry's lot, is as described in the grant of right-of-way made only two years earlier. The aerial photos indicate Ms. Logan's access remained in this original location until it moved north, sometime after the 1971 photo.

[24] The 1945 aerial photo reveals significant erosion along the shore of Baie Verte and that, sometime before the photo was taken, Ms. Wry moved her cottage back from the shore by approximately 70 feet, along with her shed. The location of the cottage in 1945 is identified on the Daigle Survey as "Building 1963" (although moved to this location before 1945, the reference to 1963 was utilized to identify the cottage's location when, in 1963, Ms. Wry acquired a 50-foot parcel of land to the north). According to the Daigle Survey, by 1945, Ms. Wry had moved her cottage partially off her original lot, and her shed had moved off entirely. Based on the Terrain Group's different opinion on Ms. Wry's original lot, it opined that Ms. Wry had moved her cottage entirely off her

property, and both it and her shed were on the Rayworths' land. Ms. Wry also moved her driveway in a northerly direction, away from the shore.

[25] According to the 1945 aerial photo, Ms. Logan's access to her cottage did not change, it remained as shown on the 1935 photo. Thus, after Ms. Wry moved her cottage north, Ms. Logan's access was then south (in front) of Ms. Wry's cottage.

[26] In 1951, the Rayworths conveyed to Harman and Hattie Nicholson 60 acres of farmland, including the remnant parcel of land north of the lots conveyed to Marjorie B. Wry and Clarissa Logan, and south of the main road. The 1953 aerial photo shows no material change to Ms. Logan's access to her cottage.

[27] The 1963 aerial photo does not reveal any relevant changes to the location of the cottages or access. In late 1963, Harman and Hattie Nicholson sold Marjorie B. Wry an additional 50-foot "strip" of land. The deed states this land is to "provide for greater protection against the risk of loss of foreshore from incursion by the sea". This conveyance gives rise to another potential issue in the mix of considerations relevant to the identification of the northern boundary of the Wry/Wylie lot, and, as a consequence, the southern boundary of Margaret Gillespie's. While this 1963 conveyance has been generally viewed as simply adding 50 feet to the back of the lot conveyed to Ms. Wry in 1933 (in other words, extending her property 175 feet back from the stake on the shore), a surveyor posed the question: "when the [Nicholsons] deeded Ms. Wry the 50-foot strip, did [they] think [they were] adding 50 feet behind the 1963 location of the cottage?" As noted, since at least 1945, Ms. Wry's cottage was at least partially off her lot (and, in the opinion of the Terrain Group, it was entirely beyond her northern boundary and on the Rayworths/Nicholsons property). Another reason to ask this question was that the 50-foot strip of land conveyed was being hayed at that time by the Nicholsons. The deed expressly reserved the right for the Nicholsons to continue to hay the lands – until Ms. Wry moved her cottage back 25 feet. Presumably, as this theory would posit, the 50-foot strip of land being hayed would have been north of Ms. Wry's cottage and shed. Although left unanswered, it seems reasonable to consider whether the Nicholsons

intended to convey a 50-foot strip north of Ms. Wry's cottage and shed or a 50-foot parcel from a boundary that was further south.

[28] Four years later, in 1967, the Nicholsons sold the remnant parcel of farmland (north of the lots conveyed to Ms. Wry and Ms. Logan and south of the main road) to Doris Wylie, the mother of James Wylie and Margaret Gillespie. This parcel was much larger than the 1933 lots and was indicated as being about 1.5 acres. However, as a further reflection of the seemingly pervasive lack of precision, there was evidence that the actual size of these lands is about 2.5 acres. There was no evidence of any surveys or plans in connection with this or any of the prior conveyances.

[29] The 1971 aerial photo shows that Doris Wylie built a cottage at the southwestern end of her property, behind Marjorie B. Wry's cottage. Doris Wylie's cottage is identified on the Daigle Survey as "Civic 19."

[30] In 1976, Doris Wylie bought Ms. Wry's property and, since then, members of the Wylie family have owned both properties. Doris Wylie would later transfer Ms. Wry's cottage to James Wylie and her own cottage to Margaret Gillespie. As will be explained further, the evidence at trial was that once Doris Wylie owned both properties, the members of the Wylie family did not consider the boundary between them as being of any practical significance, including after they were transferred to Mr. Wylie and Ms. Gillespie.

[31] The 1982 aerial photograph reveals that, since the last photo, Clarissa Logan moved her cottage back from the shore by about 80 feet. Not surprisingly, her access from Vacation Lane had also moved north. It now passed to the north of Marjorie B. Wry's cottage and south of the cottage Doris Wylie had built. The record does not indicate when Ms. Logan's access began in this location, other than the handwritten notes on the Pettipas Plan, which indicate it was sometime between 1972 and 1976. These dates were not challenged, and they are within the range established by the aerial photos.

[32] Clarissa Logan's cottage, following this move, is identified on the Daigle Survey as the "Old Foundation." The survey identifies its current location as "Civic 21" (in about 2011, the cottage was moved 20 feet north, to its current location, after it was knocked off the old foundation by a storm). The Terrain Group opined that in either location, Ms. Logan's cottage was no longer on the lot she received in 1933; it was on property deeded to Margaret Gillespie. If so, Ms. Logan's cottage has been on Ms. Gillespie's property for between 44 and 48 years.

[33] Mr. Daigle's opinion is that the cottage and shed are on the McCarron/Wood property. His survey does not identify the boundaries of Clarissa Logan's original 1933 lot; instead, as Mr. Daigle testified, the boundaries shown are based on the description of the parcel transferred to Mr. McCarron and Ms. Wood in 2004 and on the use and occupation of the property. The Pettipas Plan, drafted when the Logans still owned the property in 2004, similarly represented the Logans' property extending north, beyond their cottage and shed.

[34] In 1982, James Wylie acquired Marjorie B. Wry's cottage from his mother and in 1985, Margaret Gillespie acquired their mother's cottage.

[35] In 1993, Clarissa Logan conveyed her cottage to her son and daughter-in-law, Ralph M. and Elizabeth J. Logan.

[36] The 1996 aerial photograph reveals Mr. Wylie had moved his cottage north by approximately 50 feet and the Logans had started using the shared driveway. The record is not clear when either occurred, although it would appear the change in access likely followed the move of Mr. Wylie's cottage, and the handwritten notes on the Pettipas Plan indicate the Logans' access over the shared driveway began in 1986.

[37] As noted earlier, while the Daigle Survey indicates the driveway is north of the boundary of the lots conveyed to Marjorie B. Wry in 1933 and 1963 (and described in the deed to Mr. Wylie from his mother), it also indicates the driveway is on Mr.

Wylie's property, based on the property line as indicated by Margaret Gillespie. The Terrain Group's opinion is that the driveway is on Ms. Gillespie's property. Indeed, the Terrain Group states Mr. Wylie's cottage and shed are on Ms. Gillespie's land, as are the McCarron/Wood cottage and shed. The Pettipas Plan shows Mr. Wylie's cottage and shed on his property; it locates the northern boundary of the 1933 and 1963 lots at the "chain gate"

[38] Whether the driveway was on Ms. Gillespie's property or Mr. Wylie's appears to have been of no consequence until the litigation over its use began. Indeed, the decision in *McCarron v. Gillespie* indicates that while Ms. Gillespie testified there was never a right-of-way over her property, it was over Mr. Wylie's property, she did not mind Mr. McCarron and Ms. Wood driving on her property, so long as "they did not drive on her lawn when it was wet and cause damage". In this case, Ms. Gillespie did not testify nor did Mr. Wylie. His non-attendance was explained to be due to health issues. Barb McQuade, a sister of Mr. Wylie and Ms. Gillespie, testified. She did not know the location of the boundary between their properties and explained its existence and location have not been important since her mother acquired both, in 1976. In essence, Ms. McQuade's evidence was that this boundary has not been relevant to the use of the properties and they have been collectively treated as one. Consistent with such use, Mr. and Ms. McQuade own or occupy a cottage that is on the northern part of Ms. Gillespie's land; it is not on its own, separate, parcel. Ms. McQuade and her husband, Charles McQuade, appear to have, on occasion, acted as a proxy or agent of both Ms. Gillespie and Mr. Wylie in dealing with Mr. McCarron and Ms. Wood. The Wylie family owns all of the land to the east of Vacation Lane, and west of the brook/marsh, other than the McCarron/Wood property.

D. *Evidence offered by Mr. Wylie to establish the Logans admit they did not have a right-of-way and exercised access with Ms. Gillespie's permission*

[39] In early 2002, Ralph Logan contacted Margaret Gillespie in what appears to be an effort to recognize their use of the driveway as the right-of-way to their property.

Mr. Wylie offered this communication to establish the Logans knew they did not have a right-of-way and they exercised access to their cottage with the consent of Ms. Gillespie.

[40] Mr. Wylie produced two written communications/letters from Mr. Logan to Ms. Gillespie. These letters indicate the Logans' health was a factor in causing them to consider their options for the cottage, including a sale. Neither of the letters indicate the year they were sent; however, it appears that one, dated "Jan. 18," was sent in January 2002, since it wishes Ms. Gillespie "All the best in 2002".

[41] In the January 18 letter, Mr. Logan requested a right-of-way from Ms. Gillespie to avoid having to "reactivate the original grant of right-of-way through" Mr. Wylie's property:

Now – about the right-of-way. I don't see that it has to be a complicated matter – just a letter from you granting a right of way to the Logan property across your land between your cottage and Jim's [Mr. Wylie's] cottage. Seems to me that this is the best solution to our right-of-way problem **as it does not require that we reactivate the original grant of right-of-way through Jim's [Mr. Wylie's] property.**

[Emphasis added.]

[42] The other letter from Mr. Logan to Ms. Gillespie is dated August 18, and since it speaks of matters discussed before, it was likely sent in August 2002 or 2003. Mr. Logan advises they would prefer to pay Ms. Gillespie for a right-of-way, since "[t]o go through courts to gain access would be a costly proposition." It states:

As promised, here is a rehash of matters we have discussed before.

Our healths are not good and we won't be able to attend to the needs of a cottage much longer.

We have few options – one of which might be selling to one of your family members. (at a very low price)

With your OK to access our cottage we could try and rent – but this would prove to be difficult – too difficult for us.

We could abandon the cottage completely. Needless to say it would soon deteriorate. Sort of like throwing away money. Not an attractive option.

We could sell – but must have a right-of-way. To go through courts to gain access would be a costly proposition. Our idea is to pay you for a right-of-way – thus eliminating the problem.

SO – when you see your lawyer – and if you think this is a good idea – see how it could be arranged to our mutual benefit. Naturally it would be ideal if a survey could be circumvented. Maybe just a clear description of the right-of-way would suffice.

[...]

Thanks and enjoy the rest of the summer. Hope to see you soon

[...]

PS our well tested AOK – those fellows fixed it good!
[Emphasis added.]

[43] There was no evidence regarding the outcome of these inquiries, other than the testimony of Mr. McCarron, who understood from Mr. Logan that he would have rather burned the cottage down than sell it for what had been offered.

E. *The sale by the Logans to Mr. McCarron and Ms. Wood and the transfer of title to the Land Titles system*

[44] In September 2003, Mr. McCarron and Ms. Wood learned from Charles McQuade the Logans were interested in selling their cottage. They live out of province and during a visit with family in the area, they encountered Mr. McQuade while walking on the beach. Mr. McQuade testified that, at the time, he told Mr. McCarron and Ms. Wood the Logan’s cottage did not have a right-of-way, and its well was bad.

[45] Ms. Wood called Ralph Logan, who lived in Halifax, and they reached an agreement for the purchase of the cottage. She understood from Mr. Logan that, while there was an issue with access, his title included a right of access across the back of Mr. Wylie's property and they have always had access to the cottage, which had been used since he was a child. While the record does not indicate Mr. Logan's history at the cottage or his age, it appears he was a child when his mother acquired the property. His January 18, 2002 letter to Ms. Gillespie, which stated that he had just celebrated his 50th wedding anniversary, indicates he and Elizabeth Logan were married in 1951, 18 years after Clarissa Logan acquired the property in 1933. Mr. Logan's personal knowledge is relevant to the statements he made in the Statutory Declaration he provided on the sale of the property to Mr. McCarron and Ms. Wood.

[46] As part of the agreement, Ms. Wood and Mr. McCarron accepted Mr. Logan's request that they take care of, and pay for, the "legalities." Mr. Logan referred them to his lawyer from Amherst, Nova Scotia. This evidence is relevant to Mr. Wylie's assertion the Logans abandoned their intended quieting of title to improperly register under the *Land Titles Act*, and in doing so they "fabricated the description" of their property.

[47] Mr. McCarron and Ms. Wood contacted the lawyer suggested by Mr. Logan. However, they later decided to retain separate counsel. Mr. McCarron testified that the Nova Scotia lawyer had recommended an application to a New Brunswick court to quiet the title, at an estimated cost of \$7,000, and they felt uncomfortable with both parties using the same lawyer. In November 2003, Mr. Pettipas completed the field work for the survey done in contemplation of the quieting, which, as earlier noted, is the unsigned Pettipas Plan dated February 24, 2004. The evidence does not indicate why the plan was left unsigned.

[48] Mr. McCarron and Ms. Wood retained New Brunswick counsel and instead of a quieting, the decision was made for the Logans' title to be registered under the Land Titles system. The description used to effect registration of the property did not

utilize the 200-foot x 100-foot dimensions in the metes and bounds description in the original 1933 deed (or their 1993 deed from Mr. Logan's mother); it identified the boundaries in relation to the shore of Baie Verte and the three adjacent properties:

[...] Commencing at the intersection of the Southeast corner of lands now or formerly owned by James Wiley and the edge of the shore of Bay Verte; Thence **following the easterly side line of the James Wiley property** in a northerly direction to the lands now or formerly owned by Margaret Gillespie; Thence **following the southerly side of lands of Margaret Gillespie** in an easterly direction to lands now or formerly owned by Richard G. Racheter; Thence **following the westerly side line of Richard G. Racheter** to the edge of the shore of Bay Verte; Thence **following the various courses of the edge of the shore of Bay Verte** to the place of beginning.

Together with a Right-of-way from the Main Road [...] and also **over the rear of lands now or formerly owned by Marjorie Beatrice Wry** as referred to in a Deed from John McLeod Raworth and Charlotte McGregor Raworth, his wife to Clarissa Jean Logan by Deed dated the 8th day of August, 1933 and registered in the Office of the Registrar of Deeds for the County of Westmoreland on April 21, 1960 [...]

And being the same lands and premises as were conveyed by C. Jean Logan to Ralph M. Logan and Elizabeth Joyce Logan by Deed dated December 23, 1993 [...]

[Emphasis added.]

[49] The purchase from the Logans closed in June 2004. A Statutory Declaration from Mr. Logan, sworn on June 18, 2004, was provided to Mr. McCarron and Ms. Wood. It states:

[...] THAT I now own the within property described in Deed Number 588540 and **have continued to travel and use the Right of Way and have done so since December 1993 to the present time;**

THAT no person has interfered with the occupation of my lands and premises which I own and **I am unaware of any**

claim or any interference from anyone with my mother's ownership and occupation of the right-of-way during the time which she owned the property.

[Emphasis added.]

[50] Ralph and Elizabeth Logan also signed a notarized letter (on or after June 14, 2004), which confirmed the successful results from the test of their well and also addressed the erosion of the shore, the location of the cottage and the use and location of the right-of-way:

Joyce and I have owned the property for many years and we have not moved the cottage.

We can see no indication when the aerial survey was done – and it certainly agrees with the property description as included in the deed. There has been some erosion of the frontage along entire beach over the years.

The Wylie cottage has been moved back, but we have continued to access our property across the rear of his cottage.

In the fall and winter, **there is a wire “gate”** which has combination lock. This is to discourage people accessing the Gillespie, Wylie, and Logan properties. **It is located at what is considered to be the border of Gillespie and Wylie properties.**

[Emphasis added.]

[51] Mr. Logan's comment regarding the move of the Wylie cottage is undoubtedly a reference to the move that appears to have occurred in 1986 and was related to the relocation of the Logans' access to the driveway.

F. *Use of the common driveway, and the litigation*

[52] Not long after becoming owners, Mr. McCarron and Ms. Wood's use of the common driveway became problematic. Indeed, the first time they used the cottage in September 2004 they were advised by Barb McQuade and/or Charlie McQuade that Margaret Gillespie was upset that there had been no prior discussions with her regarding

their use of the driveway. Mr. McCarron and Ms. Wood both testified that they told them their deed had a right-of-way. Mr. McCarron also testified that Mr. McQuade showed him where the access had been before it was moved to the common driveway; Mr. McQuade indicated it had passed near the front of the current location of Mr. Wylie's cottage. Ms. Wood's evidence was that Ms. Gillespie said they could cross the property, if it was not wet, and she had never met Mr. Wylie. She said the only persons who told her they could not use the shared driveway were Ms. and Mr. McQuade.

[53] Matters became worse during the summers of 2005 and 2006, with the driveway, at times, being blocked. This led to Mr. McCarron and Ms. Wood filing their action against Ms. Gillespie in August 2006. They also brought a motion for an interim injunction in September 2006. They would later commence an action against Mr. Wylie, in 2011.

[54] At about the same time, Barb McQuade contacted Mr. Logan, by email on August 18, 2006, complaining that Mr. McCarron was being difficult and had told Ms. Gillespie he "has a 'right-of-way' and that he has the papers to prove it." Ms. McQuade explained to Mr. Logan that she was looking for "something that would make him stop harassing everyone who owns property here."

[55] Ms. McQuade's inquiry produced an exchange of emails, including a further email from Ms. McQuade stating to Mr. Logan that "in June, you stated to me on the phone that there never was a right of way for your cottage." I note that had Mr. Logan said that, it would be contrary to what he stated in his letters to Ms. Gillespie in 2002/3. In any event, in their final response to Ms. McQuade, Richard and Elizabeth Logan explained:

John Rayworth sold my parents the land – and included a right of way across the back of the Wry cottage in the deed. Sonny [Mr. McCarron] almost certainly has this deed

BUT later on when Rayworth sold the land to Wry the right of way was not included in his deed. Certainly an oversight

– and one which we didn’t know about for a long time. I think not until our discussions with Jim [Mr. Wylie].

For many years we had no trouble crossing behind Wry, and even in front when they moved back.

I hope this clarifies things.

Not being a lawyer, any opinion I might have about resolving the situation, isn’t much use. However – here it is:

Sonny [Mr. McCarron] does not appear to have a bona fide right-of-way – and crosses Margie’s [Ms. Gillespie’s] land because of her courtesy. I do not know what might happen if she closed it off.

Supposing Sonny obtained legal help – and somehow obtained a written right of way – where would that right of way be?

[Emphasis added.]

[56] While not offered by Mr. Wylie for this purpose, this communication indicates Mr. Logan recalled that they had “no trouble crossing behind Wry” (after 1933 but before 1945) and “even in front when they moved back” (from at least 1945 to about 1976). Mr. Logan also acknowledges that the shared driveway was at least partially on Ms. Gillespie’s land, and, while stating he is not a lawyer, it appears Mr. McCarron would not have any right to pass over Ms. Gillespie’s land without permission. The only survey that appears to have existed at the time of this communication was the unsigned Pettipas Plan, which indicated the driveway crossed near the boundary between the Wylie and Gillespie properties. Mr. Logan did not testify at the trial against Ms. Gillespie, due to his failing health, and he had passed away by the time of Mr. Wylie’s trial. The declarations by and communications from Mr. Logan were admitted on consent.

[57] At the 2015 trial of the action against Margaret Gillespie, the judge identified the issue as whether Mr. McCarron and Ms. Wood “have a legal right of way” and, if so, “where is it located.” He summarized Ms. Gillespie’s position as: “Mrs. Gillespie says it was never on her property, it was on the Wry/Wylie property.” The judge’s reasons for decision provide an extensive summary of the evidence relating to the

grant of right-of-way and whether a right-of-way had been created by prescription (at para. 33); however, he did not make a determination on either issue; he concluded, as Ms. Gillespie had claimed, if there was a right-of-way, it was not on her property, it was on Mr. Wylie's. The judge issued an order restraining Mr. McCarron and Ms. Wood from crossing Ms. Gillespie's property, but he dismissed all other claims made in her Counterclaim, which included the claim that when the Logans put their property on the Land Titles system, there "were a number of wrongful acts or at least mistakes made that must be corrected" (para. 40; sub-paras. 83-89). Ms. Gillespie also alleged these actions included a "fabrication of a description [...] and a migration of land to the Land Titles system that was completely contrary to" the standards for the practice of real property; she asserted the Logans' title had been fraudulently registered. The judge expressly found there "was nothing wrong" with the registration under the *Land Titles Act* and the description of the right-of-way for that purpose was faithful to its earlier descriptions. This decision was not appealed.

[58] At the 2018 trial of the action claiming a right-of-way over Mr. Wylie's property, the issues and evidence were largely the same as in *McCarron v. Gillespie*. And, to be clear, the physical location of the right-of-way claimed over Mr. Wylie's land is the same route claimed in *McCarron v. Gillespie*. By the time of the Wylie trial, the route or location of this driveway was clearly identified by the Daigle Survey. It begins at the gate on Vacation Lane and continues until it passes between the trees shown on the northern boundary of the McCarron/Wood property. The trial judge declared Mr. McCarron and Ms. Wood have a right-of-way over Mr. Wylie's property, across the Existing Driveway, as shown on the Daigle Survey. Recognizing this would mean the Driveway would be used by all three owners, the judge also concluded:

I believe it to be reasonable for a fence or gate to be jointly maintained by the three civic numbers in order to provide a degree of protection or security. However, Mr. McCarron and Ms. Wood are to be immediately provided with a key to the fence or gate.

Much was made of the erosion effects on civics 21 and 23. **It is submitted that civic #21 is now a very small parcel of property. That issue is for another day, suffice to say, but I have found that a right-of-way exists to civic #21** as outlined in these reasons. [paras. 41-42]

[Emphasis added.]

III. Grounds of Appeal

[59] In support of his request for this Court to reverse the trial judge's decision and declare there is no right-of-way across his property, or alternatively, order a new trial, Mr. Wylie identifies a number of grounds of appeal, which I would summarize and restate as claiming the trial judge erred by:

- A. failing to recuse himself given the determinations he made in *McCarron v. Gillespie*;
- B. misapprehending the evidence and concluding there had been longstanding and continuous access which established a right-of-way by prescription and under the *Easements Act*, R.S.N.B. 2011, c. 143, including, by:
 - 1. finding 85 years of continuous access to the Logan/McCarron/Wood property as evidenced by the flattening of the roots of the trees through which the Existing Driveway passes;
 - 2. disregarding the evidence that the Logans' access continually moved over the years; and
 - 3. ignoring evidence that established the Logans' use of the access occurred with consent or agreement, as was admitted by Mr. Logan when he indicated Mr. McCarron was only able to access his cottage "due to Ms. Gillespie's kindness";

- C. determining the location of the right-of-way to be over the Existing Driveway and ignoring evidence that established the Existing Driveway is on Ms. Gillespie's property, not Mr. Wylie's;
- D. determining the location of the right-of-way to be over the Existing Driveway, which is the same driveway the judge in *McCarron v. Gillespie* determined crossed Ms. Gillespie's land (and in connection with which he issued an order restraining McCarron/Wood from using);
- E. ignoring evidence, including that of the Terrain Group, that established the McCarron/Wood cottage is not on their land, and, therefore, they do not hold a dominant tenement that is accommodated by the way; and
- F. not finding there had been fraud committed in the migration of the Logans' property and right-of-way to the Land Titles system.

IV. Analysis

A. *Recusal*

[60] Mr. Wylie submits the judge erred in dismissing his motion for a recusal. Mr. Wylie explained to this Court his request was grounded in the belief the judge had already made up his mind there was a right-of-way over his property because the judge stated, in *McCarron v. Gillespie*: "The right-of-way, in my opinion, is on the property at civic #23" (para. 41). Civic number 23 is Mr. Wylie's property.

[61] The first difficulty with Mr. Wylie's submission is that the statement identified by him is taken out of context and it is not an accurate representation of what the judge decided. The judge's reasons for decision respond to both the claim made by Mr. McCarron and Ms. Wood and the counterclaim advanced by Ms. Gillespie. In dismissing the claim there was a right-of-way over Ms. Gillespie's property, the judge

stated: “I accept the evidence before the court that if there is a right-of-way, it is; ‘over the rear of the above-mentioned land owned by Mrs. Marjorie Beatrice Wry’” (para. 35) (emphasis added). The judge did not decide whether a right-of-way existed. He merely concluded the evidence did not establish that any such right was over Ms. Gillespie’s property.

[62] It was when the judge subsequently addressed Ms. Gillespie’s Counterclaim that he made the statement identified by Mr. Wiley. To put what the judge said in context, I would consider first the preceding paragraph:

Having found that **the alleged right-of-way** does not affect civic #19 [Ms. Gillespie’s property], I am left with the issues claimed by Margaret Gillespie. [para. 40]
[Emphasis added.]

[63] The following paragraph contains the statement identified by Mr. Wylie and it also provides important context:

I have found that **the alleged right-of-way** is not on Margaret Gillespie’s property. The right-of-way, in my opinion, is on the property at civic #23. Consequently, Ms. Gillespie has no claim against Land Titles. I am in no way making a determination with respect to the registration of the McCarron deed under the Land Titles system nor with the filing of the Logan deed to themselves, other than, to make a determination as to the location of the right-of-way to civic #21 [the McCarron property]. [para. 41]
[Emphasis added.]

[64] In my opinion, it is clear the articulated basis for Mr. Wylie’s concern, namely that the judge had already decided the right-of-way was on his property, flows from an erroneous interpretation of that decision. However, that is not the end of the matter.

[65] There is no doubt the judge turned his mind to the appropriate legal test, and this is not an issue on appeal. Indeed, the judge provided the parties with copies of

the cases upon which he relied to guide his analysis. The relevant principles were fully explained by Richard J.A. (as he then was) in *Bossé et al. v. Lavigne*, 2015 NBCA 54, 440 N.B.R. (2d) 118:

- 1) Impartiality is “a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome and is open to persuasion by the evidence and submissions”; whereas bias “denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result”: *S. (R.D.)*, at paras. 104-105;
- 2) Except in cases where necessity may have to prevail, judges have both an ethical and a legal duty not to adjudicate matters in which they either believe they will be unable to judge impartially or that a reasonable, fair minded and informed person would have a reasoned suspicion of conflict or bias;
- 3) The inquiry is one that is “inherently contextual” and “highly fact-specific”: *Yukon Francophone School Board*, at para. 26 and *Wewaykum* at para. 77;
- 4) A judge’s belief she or he will be unable to judge impartially connotes a subjective test. It is a determination the judge makes by asking him/herself whether he or she would be able to judge impartially. If the answer is no, recusal generally follows;
- 5) While a judge’s subjective determination that she or he would **not** be able to judge impartially generally leads to recusal, an opposite determination does not always lead to the dismissal of a recusal motion;
- 6) Having determined she or he would be able to judge impartially, a judge must then consider whether there is nevertheless a reasonable apprehension of bias;
- 7) To determine whether there would be a reasonable apprehension of bias, a judge must ask the following question: “Having examined the situation in depth and viewing the matter ‘realistically and practically’, would a reasonable and well informed person conclude it is ‘more likely than not that [the judge], whether consciously or unconsciously, would not decide

fairly’?”: *Gaudet*, at para. 3, citing *Committee for Justice and Liberty*, at para. 40;

- 8) The elements of this objective test are that (1) the person considering the alleged bias must be a reasonable person, not one who is very sensitive or scrupulous, but rather one who is right-minded; (2) the person be a well informed person, with knowledge of all the relevant circumstances; (3) the apprehension of bias itself must be reasonable in the circumstances of the case; (4) the situation must be fully examined, not just the face of it; and, the examination must be one that is both realistic and practical; (5) the inquiry begins with a strong presumption of judicial impartiality and looks to determine whether it has been displaced such that there is a real likelihood or probability of apprehension that the judge would not decide the case fairly on the merits;
- 9) Within the knowledge one expects the informed person to possess, are “the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold”: *R. v. Elrick*, at para. 14, cited in *S. (R.D.)*, at para. 111;
- 10) The grounds for the apprehension of bias must be substantial and the evidence demonstrating it must be cogent; the threshold is high and the onus of demonstrating bias lies with the one alleging it; “The grounds giving rise to the apprehension of bias must be sufficiently serious to rebut the presumption that the judge will abide by his or her oath of office and ‘[judge] a particular controversy fairly on the basis of its own circumstances’”: *Gaudet*, at para. 5, referring to an excerpt from *United States v. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), at p. 421, quoted with approval in *S. (R.D.)*; or, in other words, “Because there is a strong presumption of judicial impartiality that is not easily displaced [...], the test for a reasonable apprehension of bias requires a ‘real likelihood or probability of bias’”: *Yukon Francophone School Board*, at para. 25. [para. 7]
[Emphasis in original.]

[66] The recusal motion was brought at the beginning of the trial and it was dismissed from the bench. While the judge's written reasons for decision provide a brief summary of what occurred, the trial transcript provides the judge's full explanation of his reasons for dismissing Mr. Wylie's request. After hearing the submissions of the parties, he noted it was his duty to hear all the evidence and impartially decide the issues based on the evidence. The judge was aware that recusal is required where a judge is unable to impartially hear a matter or there is a reasonable apprehension of bias. He concluded the circumstances requiring recusal did not exist. It is my view there is no reversible error in this determination, and certainly no error based on Mr. Wylie's understanding of the judge's findings in the case against Ms. Gillespie.

B. *Misapprehending the evidence of access*

[67] Mr. Wylie claims the judge made palpable and overriding errors in the assessment of the evidence leading him to wrongly conclude "the requirements under the law to establish a right-of-way and the *Easements Act* have been met."

[68] The reasons given by the judge for having made this determination are as follows:

To the credit of the owners of civic #23 and #19, a passage way was provided to civic #21. This has existed for many years. The evidence of a number of witnesses confirms the right-of-way. The aerial photos show access to civic #21 and #23 in 1934 aerial photos and this continued throughout the period in question as was stated in the evidence from Mr. Speight at paragraph 20: "[a]ccess to Civic 21 is consistent with the previous 1982 photography. [...]. Similarly in 2001: "[a]ccess to Civic's 19, 21 and 23 all originate from Vacation Lane at the same location."

The aerial photos confirm the Daigle survey plan, which is found at paragraph 18. Throughout the total period from 1993 to today, the parties have used the access as shown on Mr. Daigle's plan. The evidence showed that from time to time, either Ms. Gillespie or Mr. Wylie blocked the access,

but this only occurred after the civic #21 was sold to Mr. McCarron and Ms. Wood in 2004 or approximately 70 years after the original deeds were given. Mr. McCarron and Ms. Wood stated that if the gate was closed, they had to walk to their cottage carrying their belongings, groceries or other necessities.

Section 2(1) and 2(2) of the *Easement Act* provides as follows:

2(1) No claim, which may be lawfully made at common law by custom, prescription or grant, to any way or other easement, or to any watercourse, or the use of any water to be enjoyed or derived on, over, or from any land or water of the Crown or being the property of any person shall, if the way or other matter has been actually enjoyed without interruption for the full period of 20 years, by the person claiming right to it, be defeated or destroyed by showing only that the way or other matter was first enjoyed at a time before the period of 20 years; nevertheless, the claim may be defeated in any other way by which it is now liable to be defeated.

2(2) If the way or other matter has been so enjoyed for the full period of 40 years, the right to it shall be deemed absolute and indefeasible, unless it appears that it was enjoyed by some consent or agreement expressly given or made for that purpose by deed or writing.

I believe that with the passage of about 85 years where there was use of the right-of-way, which is confirmed by the roots of the trees near the cottage on civic #21 being flattened, the requirements under the law to establish a right-of-way and the *Easement Act* have been met.

Coupled with the above, we have confirmation and a title guarantee pursuant to the Land Titles legislation and the CRO which has been issued, which CRO included:

Together with a Right-of-way from the Main Road to the above described property, by way of an existing lane running from the Main Road to the

shore of Bay Verte and also over the rear of lands now or formerly owned by Marjorie Beatrice Wry as referred to in a Deed from John McLeod Raworth and Charlotte McGregor Raworth, his Wife, to Clarissa Jean Logan by Deed dated the 8th day of August, 1933 and registered in the Office [...]

All of which when taken together satisfied me that a right-of-way exists, at the present time, as shown on the plan of surveyor Daigle as Exhibit P-5. This right-of-way is specific to civic #21, Vacation Lane, and permits the present owners and their heirs and successors the right to drive to and from their cottage along with guests and service persons. [paras. 35-40]

[Emphasis in original.]

[69] It is important to note there is no dispute over the applicable law. Mr. Wylie does not challenge the legal principles identified and applied by the trial judge. He maintains the judge made errors in his assessment of the evidence.

(1) 85 years of passage based on flattened tree roots

[70] Mr. Wylie is correct; the evidence does not indicate 85 years of unchallenged access to the McCarron/Wood property. The right of Mr. McCarron and Ms. Wood to exercise access over the driveway has been disputed since they first used it in September 2004. This is acknowledged by the trial judge. However, the evidence of access during the previous 70 years is a different matter and will be addressed below. Indeed, that is the crux of this ground of appeal.

[71] Mr. Wylie is also correct on one other point. The evidence of flattened tree roots, where the route of the driveway passes between two trees (as shown on the Daigle Survey), does not establish 85 years of use; however, Mr. Wylie is mistaken if he is suggesting the judge referred to this evidence as indicating the Logans' access passed between these trees for 85 years, or even 70 years. First, Mr. Daigle's evidence was that the flattened tree roots indicate they had been crossed over for about 20 to 30 years.

Second, the judge clearly acknowledges the location of the Logans' access changed over the years, which is common ground.

(2) Disregarding evidence the Logans' access continually moved

[72] Mr. Wylie suggests the judge disregarded the fact the location of the Logans' access had changed. As indicated above, this is not the case. Mr. Wylie does not expressly assert the relocation of the Logans' access interferes with computation of the duration of the use of a way or any other requirement to establishing a right-of-way by prescription. If that is part of his submission, I do not agree. As the trial judge correctly explained in *McCarron v. Gillespie*, an agreed change to the route of a right-of-way will not interfere with the duration of its use or otherwise operate to extinguish the right. The judge reproduced the following passage from A.H. Oosterhoff and W.B. Rayner, eds., *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 2nd ed., vol. 2 (Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1985):

Where the dominant and servient owners agree to change the course of a right of way during the prescription period resulting in a new route for the original route both the original and substituted routes are considered as one if both are used as of right for the same person. The periods of use will be added together for the purpose of establishing a right of way by prescription over the servient tenement. [p. 950]

(3) Evidence of use and ignoring evidence that access occurred with consent or by agreement

[73] While the judge's reasons do not provide an expansive assessment of the evidence of the Logans' use, there is no reversible error in the judge's finding that it satisfies the requirements necessary to establish a right-of-way. In Anne Warner La Forest, ed., *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 3rd ed., vol. 2, looseleaf (Toronto: Thomson Reuters Canada Limited, 2019), the character of the use necessary to establish a prescriptive right is concisely summarized:

The common law characteristics of prescriptive use and enjoyment were not changed by statute. In order to claim an easement based on prescriptive rights, one must show use as of right, that is, use that is open, without consent at the particular time, and uninterrupted both as to the manner and during the time required by law. However, the owner of the land over which the prescriptive easement is claimed must have been aware of and have acquiesced in the use. Also, “[i]f the use or activity is permissive or authorized by law, there can be no acquiescence by the owner of the servient tenement.” [pp. 17-15 to 17-16]

[74] The aerial photos, and the opinion evidence based on them, clearly establish Clarissa Logan’s access in its initial location continued openly for a minimum of 36 years, between the 1935 photo and the 1971 photo. Indeed, the evidence as a whole supports a finding that the period is more likely than not in excess of 40 years, from 1933 to between 1972-76, when the notes on the Pettipas Plan indicate the route of Ms. Logan’s access moved for the first time.

[75] The evidence also supports a finding that the exercise of access in this location, over the rear of Marjorie B. Wry’s property, was as of right. As the 1935 photo indicates, Ms. Logan and Ms. Wry built their cottages in close proximity, within two years of the 1933 conveyances, and Ms. Logan accessed her property by crossing behind Ms. Wry’s cottage – over the rear of Ms. Wry’s property, as described in the grant of right-of-way.

[76] Even assuming the grant of right-of-way was not effective to encumber Ms. Wry’s lands, its existence is far from irrelevant to the assessment of the evidence respecting Ms. Logan’s access over Ms. Wry’s property during this early period. Neither Ms. Logan nor Ms. Wry had registered their deeds; this would not occur until Ms. Wry did so in 1938. Given the circumstances, including the fact that both deeds were signed the same day, the judge concluded the Rayworths intended to grant Ms. Logan a right-of-way and it was a mistake to not expressly make the deed to Ms. Wry subject to the grant in favour of Ms. Logan. While such a finding might not be determinative of the grant’s validity or permit rectification, and the judge did not make any such determination, his

conclusion is difficult to refute and the existence of the grant itself is a relevant part of the surrounding circumstances. The fact Ms. Logan held a clear and fresh grant, and exercised access consistent with it, makes compelling the submission that her passage was unlike the circumstances of a person who lacks any colour of right to openly cross another's property, a trespass to a new property that might be expected to be challenged in the absence of consent or an agreement.

[77] After Marjorie B. Wry moved her cottage back from the shore (sometime before the 1945 photo) to the location shown on the Daigle Survey as "Building 1963", Ms. Logan's access continued in the same location; but, after the move, she passed in front of Ms. Wry's cottage, between it and the shore. Such access, over a waterfront vacation property, seems itself somewhat remarkable. Since Ms. Wry's cottage had been moved far enough north to be off her property, at least partially (depending on which surveyor's opinion is accepted), had Ms. Logan's access also moved north, to stay to the rear of Ms. Wry's waterfront cottage, she would no longer cross over Ms. Wry's property; she would have passed over the Rayworth's property, through their field. This did not happen and there is no evidence to suggest that, as a consequence of an arguably ineffective grant of right-of-way, Ms. Logan was forced to seek or exercised a right-of-way of necessity over the land of the Rayworths, the grantors.

[78] Mr. Wylie does not submit Ms. Wry consented to Ms. Logan's access, in writing or otherwise, nor is there any evidence that would support such a suggestion. There is no evidence to suggest Ms. Logan did not exercise this access openly, without interference from or challenge by Ms. Wry. The evidence is to the contrary, including Mr. Logan's Statutory Declaration, made in June 2004. It states he was unaware of "any claim or any interference from anyone with my mother's ownership and occupation of the right-of-way during the time which she owned the property." Consistent with this, Mr. Logan explained in a response to inquiries made by Ms. McQuade, in August 2006, two years after the sale: "For many years we had no trouble crossing behind Wry, and even in front when they moved back". There is no doubt, Mr. Logan is referring to access in its initial location, from 1933 until 1972-76.

[79] The evidence established, on a balance of probabilities, Clarissa Logan's access over the rear of Marjorie B. Wry's property was exercised as of right during a period of approximately 40 years. Further, the record supports the finding that this access continued until Ralph and Elizabeth Logan sold the property in 2004, despite the route of the access being relocated twice: first, between 1972-76, and again in 1986.

[80] The first relocation, in 1972-76, is shown on the 1982 aerial photo. Ms. Logan moved her cottage and access north, with the route of access passing behind Ms. Wry's cottage (to the north of the "Building 1963" location). Since Ms. Wry added a 50-foot strip of land to the rear of her property in 1963, Ms. Logan could then cross Ms. Wry's property while passing behind her cottage. Ms. Logan's access remained in this location until 1986.

[81] Mr. Wylie does not assert Ms. Logan's access in this second location was challenged or exercised with Ms. Wry's permission. Virtually no evidence regarding access in this location was offered by Mr. Wylie. Ms. McQuade testified she had been going to the area every summer since her eighth birthday, in about 1956; however, she only recalled the Logans accessing their cottage by driving north of (behind) the Wry/Wylie cottage, and she testified that she had never seen anyone cross south of the Wry/Wylie cottage. Ms. McQuade did not offer any evidence to suggest the relocation of Ms. Logan's access to this location was not by agreement with Ms. Wry (or with Doris Wylie if the relocation occurred after 1976), nor did she suggest Ms. Logan's access was challenged by Ms. Wry, Doris Wylie or, later, Mr. Wylie, who acquired the property in 1982. There was no suggestion access was exercised by permission. Mr. McQuade did not give any evidence regarding access in this location. This is not because he was not aware of this access; as Mr. McCarron testified, Mr. McQuade showed him the location of the Logans' access before it was moved to the shared driveway.

[82] To summarize, before Ms. Logan's access moved to the shared driveway, it had continued over the Wry/Wylie property for 53 years, from 1933 until 1986, unchanged, other than a single change in its route.

[83] The question of whether the shared driveway crosses Ms. Gillespie's property or Mr. Wylie's property will be set aside, to be dealt with in the next part of these reasons.

[84] Provided the shared driveway is on Mr. Wylie's property, there is no error in the trial judge's finding the Logans' access continued over his property, uninterrupted, from 1933 until 2004.

[85] There is surprisingly little evidence of the circumstances surrounding the 1986 relocation to the shared driveway. The 1996 aerial photo shows the Logans sharing the driveway with Mr. Wylie and Ms. Gillespie; it also shows that Mr. Wylie had moved his cottage north by 50 feet. Given the location of Ms. Logan's previous access (near the new location of Mr. Wylie's cottage, as shown by Mr. McQuade to Mr. McCarron), it stands to reason that, in the absence of evidence to the contrary, the move of Mr. Wylie's cottage to the north necessitated the relocation of Ms. Logan's access further north. Mr. Wylie did not submit, or offer evidence to suggest, the Logans' access was not relocated to accommodate the move of his cottage. While Ms. McQuade has visited the area every year since 1956 (and has a cottage of her own there), neither she nor Mr. McQuade offered any evidence as to when Mr. Wylie moved his cottage or why the Logans' access was relocated to the shared driveway, during either direct or cross-examination. There was no evidence indicating Ms. Logan asked to have her access moved or that this new location was preferable to her.

[86] Neither Ms. McQuade nor her husband testified about their knowledge of any agreement between the Logans and Mr. Wylie and/or Margaret Gillespie regarding the use of the shared driveway, other than to state the Logans did not have a right to cross Ms. Gillespie's property, but they had been permitted to use the shared driveway so long as it was not wet. Recall, Ms. McQuade testified that she did not know the location of the boundary between Mr. Wylie's property and Ms. Gillespie's.

[87] Mr. Wylie's position is that, after the Logans' access was relocated to the shared driveway, they did not have a right-of-way and they knew they required Ms. Gillespie's permission to use the driveway. Mr. Wylie says this is proven by Mr. Logan's admission to Ms. McQuade that Mr. McCarron was only able to access his cottage "due to Ms. Gillespie's kindness."

[88] This statement cannot be interpreted as an admission the Logans had no right-of-way to their property once they started using the shared driveway. First, the statement is inconsistent with Mr. Logan's earlier communications to Ms. Gillespie, in 2002/3, and the statement itself is taken out of context. Second, Mr. Logan's belief the driveway crossed Ms. Gillespie's property, at least partially, is of no consequence since the trial judge did not err in finding the driveway crosses Mr. Wylie's property, as will be explained below.

[89] In his January 2002 communication to Ms. Gillespie, Mr. Logan plainly stated that, to avoid having to "reactivate the original grant of right-of-way through" Mrs. Wylie's property, he was asking for a right-of-way "across your land". Mr. Logan's request was:

[...] just a letter from you granting a right of way to the Logan property **across your land** between your cottage and Jim's [Mr. Wylie's] cottage. Seems to me that this is the best solution to our right-of-way problem **as it does not require that we reactivate the original grant of right-of-way through Jim's [Mr. Wylie's] property.**

[Emphasis added.]

[90] He later offered to pay Ms. Gillespie for an acknowledgment of a right-of-way across her property to avoid the "costly proposition" of going through the "courts to gain access." Both communications indicate an effort to formalize the access that his mother and he had used since 1986, without having to enforce his right of access over Mr. Wylie's property, and, possibly, over the shared driveway. Mr. Logan specifically referred to his grant of right-of-way, and, at the time he made his requests, the Logans

had been accessing their property for 69 years. It would appear Mr. Logan later learned from Mr. Wylie that Marjorie Wry's deed had not been made subject to the grant. This is reflected in the same August 2006 email from Mr. Logan to Ms. McQuade that Mr. Wylie relies upon to establish Mr. Logan's admission:

John Rayworth sold my parents the land – and included a right of way across the back of the Wry cottage in the deed. Sonny [Mr. McCarron] almost certainly has this deed

BUT later on when Rayworth sold the land to Wry the right of way was not included in his deed. **Certainly an oversight – and one which we didn't know about for a long time. I think not until our discussions with Jim [Mr. Wylie].**

For many years we had no trouble crossing behind Wry, and even in front when they moved back.

I hope this clarifies things.

Not being a lawyer, any opinion I might have about resolving the situation, isn't much use. However – here it is:

Sonny **[Mr. McCarron] does not appear to have a bona fide right-of-way – and crosses Marjorie's land because of her courtesy.** I do not know what might happen if she closed it off.

[Emphasis added.]

[91] The statement identified by Mr. Wylie is not evidence of Mr. Logan admitting he knew he had no right-of-way. His email contains a reiteration of his belief the driveway crossed Ms. Gillespie's property, at least to some extent, and his right-of-way did not give him a right to cross her property. However, it appears his belief was grounded in a lack of knowledge over the location of the boundary. This is not surprising. As Ms. McQuade explained, she could not identify the location of the boundary and the family did not pay attention to it after Doris Wylie became the owner of both properties. There is nothing in the record to indicate why Mr. Logan would know the location of the boundary any better than the members of the Wylie family.

[92] In summary, none of this reflects an acknowledgement Mr. Logan did not have a right-of-way over Mr. Wylie's property or that he sought Mr. Wylie's consent. As a consequence of Mr. Wylie moving his cottage, the Logans exercised access over the shared driveway without issue and with only one additional, minor, caveat: to not drive over it when the grass was wet, a request of Ms. Gillespie. Mr. Logan's understanding the driveway crossed Ms. Gillespie's property, to some extent, is of no consequence given the trial judge's determination the Existing Driveway crossed Mr. Wylie's property.

[93] In my view, the judge did not err in finding the Logans exercised access over Mr. Wylie's property continually, without interruption or challenge, for over 70 years, subject only to Mr. Wylie's claim the Existing Driveway does not cross his property.

[94] Although not argued in this case, or in *McCarron v. Gillespie*, principles applicable to the creation of an easement by proprietary estoppel might apply to encumber the driveway, whether owned by Ms. Gillespie and/or Mr. Wylie, based on the evidence of both the collective use of their properties and the move of Mr. Wylie's cottage causing the relocation of the Logan's access. This is particularly so, if it were found that, in reliance on the relocation of their access to the driveway, the Logans released any right to "reinstate" their right-of-way over Mr. Wylie's property, as Mr. Logan characterized his right. Also, in addition to the evidence of Ms. Gillespie and Mr. Wylie disregarding the boundary between their properties and, to an extent, treating them collectively, as one property, the circumstances relating to Mr. Wylie's move of his cottage and Ms. Logan's access, onto what he says is Ms. Gillespie's property, raises the question whether Mr. Wylie had the authority to bind Ms. Gillespie and/or whether Ms. Gillespie implicitly consented to the relocation of both Mr. Wylie's cottage and Ms. Logan's access. In any event, none of this is an issue because the trial judge determined the Existing Driveway crosses Mr. Wylie's property and Ms. Gillespie was not a party to this action.

C. *Ignoring evidence that established the existing driveway is on Ms. Gillespie's property, not Mr. Wylie's*

[95] At the risk of stating the obvious, a person cannot grant a right-of-way over another person's property. Similarly, an agreement with Mr. Wylie to relocate the Logans' access would not be effective to bind or encumber the new location if Mr. Wylie did not own the new location, or otherwise have the authority to burden the new location.

[96] Mr. Wylie submits the judge erred by ignoring evidence that established the Existing Driveway does not cross his property; he maintains that it passes over Ms. Gillespie's property. He relies principally on the opinion of the Terrain Group. The judge rejected Mr. Wylie's position and accepted Mr. Daigle's opinion the Existing Driveway is on his property.

[97] The difference of opinions between Mr. Daigle and the Terrain Group, regarding the boundaries of the original 1933 lots, is not at the centre of Mr. Daigle's opinion on this issue. That difference led to Mr. Daigle locating the northern boundary of Marjorie B. Wry's lots just north of the "Old Road-Bed." Mr. Daigle's opinion that the Existing Driveway crosses Mr. Wylie's property results from his conclusion Mr. Wylie's property extends 50 feet further north; this is based on his assessment of the use and occupation of Mr. Wylie's property, an assessment that is largely reliant on Ms. Gillespie's identification of her southern boundary line. This line is identified on the survey as "Property Line as Indicated by Margaret Gillespie." It is 15.881 metres further north (on the property's eastern side) than the northern boundary of the lots conveyed to Ms. Wry, as determined by Mr. Daigle (the boundary is further north on the western side of the property, but there is no distance indicated on the survey). Mr. Wylie says his title does not include this "extra" land.

[98] On this "extra" land there is not only the Existing Driveway but also Mr. Wylie's cottage and his shed. The cottage has been there for 34 years, since he moved it in 1986. The shed appears to have been on this land for about 75 years, since at least 1945. This evidence is obvious. The record is less clear on how Mr. Daigle determined the location of the boundary "as indicated by" Ms. Gillespie. Presumably it came from her

evidence in *McCarron v. Gillespie*. However, neither the basis for Mr. Daigle's understanding nor his reliance on it were challenged at trial.

[99] Although not raised at trial, the doctrine of conventional lines might have had application in the circumstances, as a consequence of both what may be inferred from the established facts and Ms. Gillespie's express position on the location of the boundary. As Drapeau J.A. explained in *Parlee v. McFarlane* (1999), 210 N.B.R. (2d) 284, [1999] N.B.J. No. 88 (C.A.) (QL):

Our courts have long recognized and given effect to agreements, whether express or implied, that settle the boundary between adjoining lots, even though the agreed upon location may be inconsistent with the line dictated by the pertinent deeds or Crown grant. The doctrine that gives effect to such agreements is called the doctrine of conventional boundary lines. Its principal features are exhaustively canvassed by Professor Norman Siebrasse in "The Doctrine of Conventional Lines", (1995) 44 U.N.B.L.J. 2./29.

[...]

First, there must be satisfactory evidence that an agreement was reached between the owners of adjoining lands to settle their boundary. See "The Doctrine of Conventional Lines", *supra*. The burden of proving such an agreement lies with the party asserting it. See *Murray et al. v. McNairn* (1952), 30 M.P.R. 200 (N.B.C.A.). Second, clear proof of such an agreement and the precise location of the line is required. See *Miller (Lewis) & Co. v. Clow* (1918), 52 N.S.R. 1 (C.A.). Third, such an agreement may be inferred from the conduct or declarations of the owners of the contiguous lots, if, and only if, such an inference is a logical consequence from proven or admitted facts. [paras. 32 and 40]

[100] While there was no evidence of an express agreement between Ms. Gillespie and Mr. Wylie, an agreement might be inferred from their conduct in the circumstances. Ms. Gillespie and Mr. Wylie both took the position the Logans' access is on the other's property; however, the evidence of their disregard for the boundary and

their use of the two properties as one, suggests a lack of reliance on the actual boundary and a willingness to give effect to practical considerations and have the boundary reflect their use of the properties. The clearest example is Mr. Wylie moving his cottage onto what he, in this litigation, asserts is Ms. Gillespie's property. There is no evidence of Ms. Gillespie asserting, since that move in 1986, that her brother's cottage and shed are on her property. In fact, Ms. Gillespie has indicated the boundary is to the north of her brother's cottage, as shown on the Daigle Survey.

[101] Although Mr. Wylie claims the Daigle Survey and the judge's determination respecting the location of the Existing Driveway are inconsistent with the opinion offered by the Terrain Group, this is not entirely accurate. The Terrain Group opined on the location of the boundaries of the lots conveyed to Ms. Wry in 1933 and 1963; it was not asked to provide a survey plan of Mr. Wylie's property and it did not do so. It was the Terrain Group which posed the question regarding the grantor's intention in connection with location of the 50-foot parcel conveyed to Ms. Wry in 1963, since, at the time of the transfer (1) Ms. Wry's cottage was already on the grantor's land, and (2) the parcel intended to be conveyed was being used by the grantor for hay. Both facts, it was suggested, indicate an intention to convey a parcel that has a northern boundary that is further north. However, it seems the consideration of such factors, or use and occupation generally, were beyond the task assigned to the Terrain Group.

[102] I cannot agree the judge disregarded the evidence, including that of the Terrain Group. In my opinion, the determination the Existing Driveway crosses Mr. Wylie's property does not reflect a palpable and overriding error flowing from the judge's assessment of the evidence.

[103] The judge declared Mr. McCarron and Ms. Wood "have a right-of-way across civic #23 as shown on the survey of lands prepared by Daigle Survey." Civic #23 is Mr. Wylie's property. Strictly speaking, this declaration captures the Existing Driveway from the gate on Vacation Lane until it leaves Mr. Wylie's property by crossing its eastern boundary, where it turns south to pass between the trees near the McCarron/Wood property. This potential "gap" was not addressed by the parties on

appeal. Perhaps this is not surprising given that in both *McCarron v. Gillespie* and this case the focus of the parties' dispute and evidence was on the portion of the driveway that is between the gate and Mr. Wylie's eastern boundary – the part of the Existing Driveway that is also used by Ms. Gillespie and Mr. Wylie, and that passes between their cottages. Mr. Wylie has no interest in the land to the east of his property and no right or standing to object to the use of the Existing Driveway in that location.

[104] Only Ms. Gillespie might have the requisite right and standing, and she is not a party. However, in the interests of finality, it behooves us to identify what appears to be the consequence of the two decisions in relation to the full length of the Existing Driveway. The Daigle Survey does not indicate this area, east of Mr. Wylie's property, is Ms. Gillespie's property and the record shows no objection by Ms. Gillespie to the use of the driveway east of his property. That said, despite this uncertainty, were Ms. Gillespie a party, it is difficult to see how she would not be prevented by estoppel by conduct and/or *res judicata*, from now objecting to Mr. McCarron and Ms. Wood's use of the driveway given her position that the right-of-way is not on her land (which was accepted by the trial judge), and given the dismissal of her Counterclaim for the following relief: "An Order that the Plaintiffs are estopped from alleging any claim to a right of way across lands identified by PID Number 846593". Those lands include the land east of the Wylie property, if this area is hers. Ms. Gillespie did not appeal the dismissal of that claim for relief in her Counterclaim. These observations are not inconsistent with the order restraining Mr. McCarron and Ms. Wood, since it is evident that it was intended to pertain only to the disputed part of Ms. Gillespie's property that abuts the northern boundary of the Wylie property; it did not apply to property east of the Wylie lot. This interpretation is harmonious with the judge's finding that the right of way "is not on Margaret Gillespie's property".

[105] This issue, like others in this case, illustrates that it is necessary for all proper parties to be made part of a proceeding in order to avoid a multiplicity of actions and to secure the just, least expensive and most expeditious determination of proceedings on their merits.

D. The *determination that a right-of-way exists over the Existing Driveway is inconsistent with the determination in McCarron v. Gillespie that the Existing Driveway crosses Ms. Gillespie's land, and the order restraining McCarron/Wood from using the driveway*

[106] Mr. Wylie maintains the determination that Mr. McCarron and Ms. Wood have a right-of-way over the Existing Driveway conflicts with the restraining order issued in *McCarron v. Gillespie*, which he says bars them from using the very same driveway. While the order prohibiting them from crossing Ms. Gillespie's land is broadly worded, Mr. Wylie says it is directed at preventing them from using the driveway that is now identified as the Existing Driveway.

[107] Counsel acknowledged to this Court that there was confusion immediately following the decision in *McCarron v. Gillespie* and disagreement over whether the restraining order barred Mr. McCarron and Ms. Wood from crossing the driveway that had been used since 1986, now identified as the Existing Driveway.

[108] There is no doubt the right-of-way claimed by Mr. McCarron and Ms. Wood in both cases is the driveway/access identified as the Existing Driveway. The decision in *McCarron v. Gillespie* makes this clear. For example, paragraph 38 indicates the judge considered Ms. Gillespie's blocking of the driveway as evidence she interfered with Mr. McCarron and Ms. Wood's attempt to exercise access over her property. Unfortunately, the judge did not have the benefit of a clear survey of the claimed right-of-way. I will reproduce the key passages from *McCarron v. Gillespie* relating to the driveway and the boundary between Ms. Gillespie and Mr. Wylie. These paragraphs are also relevant because it has been suggested in this case that Ms. Gillespie identified the location of her boundary with Mr. Wylie, and she said the Existing Driveway is not on her property. The judge stated:

12 Prior to registering civic number 21 under the Land and Titles Act, the Logans were considering proceeding under the Quieting of Titles Act. The Quieting of Titles Act was

repealed in 2007. As part of the process under the *Quieting of Titles Act*, a survey for that purpose was prepared by Brian M. Petitpas Surveyors Ltd, which plan is dated February 24, 2004 and shows the Logan Property acknowledged to be PID 831735 or civic number 21. The Petitpas survey is found in Exhibit 2 as item 15. **It should be noted that Mrs. Gillespie marked this plan with different colored pens to show where she believed the boundary lines to be at different years.**

[...]

17 The evidence from the parties suggests there is a serious dispute as to where the right of way may be. Mrs. Gillespie says it was never on her property, it was on the Wry/Wylie property. However, she said that she did not mind the McCarron and before them the Logans driving on her property to access their cottage, so long as they did not drive on her lawn when it was wet and cause damage. The McCarron submit there is a right of way which is provided for in the original deed to the property and there has been use of the right of way since 1933.

[...]

38 While the owners of civic #21 may have driven on lands owned by the defendant Margaret Gillespie, from time to time, the emails established she did not grant a right-of-way to the plaintiffs. The plaintiff's evidence also establishes that Mrs. Gillespie blocked the alleged right-of-way and put barriers in place to control the use of her property. All of which would preclude the establishment of a prescriptive right of way. I am satisfied there is insufficient evidence to establish a prescriptive right-of-way over Margaret Gillespie's lot. The evidence in Mr. Logan's statutory declaration is to the effect he used the right-of-way to civic #21 over the rear portion of civic #23, owned originally by Mrs. Wry then the Wileys and possibly includes the addition 70 foot lot.

[...]

41 I have found that the alleged right-of-way is not on Margaret Gillespie's property. The right-of-way, in my opinion, is on the property at civic #23. Consequently, Mrs.

Gillespie has no claim against Land Titles. I am in no way making a determination with respect to the registration of the McCarron deed under the Land Titles system nor with the filing of the Logan deed to themselves, other than, to make a determination as to the location of the right-of-way to civic #21.

42 I grant Margaret Gillespie's request for an injunction prohibiting the plaintiffs, their agents and guests access to the plaintiff's property, namely civic #21, **across any of the lands owned by Margaret Gillespie** and known as civic #19, Vacation Lane.

[Emphasis added.]

[109] It is clear the dispute was centered on the driveway that passes along the northern boundary of Mr. Wylie's property, which is now identified as the Existing Driveway. However, it seems the absence of a survey indicating the route of the driveway, and over whose property it passed, goes a long way toward explaining the confusion. Indeed, the action was brought against Ms. Gillespie since it was assumed the driveway crossed her property, unlike the Logans' access before 1986. While the orders might appear inconsistent at first glance, the order made in the decision under appeal is very clear in identifying the location of the right-of-way. Regardless of what may have been intended in *McCarron v. Gillespie*, the orders are not incompatible. One thing is certain, the order made in the former decision did not preclude the trial judge from granting the relief requested and based on the evidence in this case.

[110] Lastly, the decision in *McCarron v. Gillespie* cannot be used to establish the location of the Gillespie/Wylie boundary or as evidence of Ms. Gillespie's position on its location. While it appears that Ms. Gillespie did testify as to the location of the boundary, and indicated such on the Pettipas Plan, the judge did not identify this evidence and he did not make any finding based on that evidence.

E. *McCarron/Wood do not hold title to the land upon which their cottage is situated*

[111] While there is a great body of caselaw which considers whether changes to a dominant tenement would operate to release a right-of-way or prevent an existing right-of-way from being used for purposes relating to the change, Mr. Wylie did not rely on any such principles, and appropriately so, since none are applicable on the facts.

[112] Mr. Wylie's position is that since, on the facts, Mr. McCarron and Ms. Wood do not have an interest in the land upon which their cottage sits, there is no dominant tenement that benefits from a right-of-way. In support of this assertion, Mr. Wylie disputes the evidence of Mr. Daigle, who defined the boundaries of the McCarron/Wood property as extending north to include the cottage and shed, as shown on the Daigle Survey. Mr. Wylie notes that in 1933 Clarissa Logan acquired a parcel that was 100 x 200 feet and that between the two moves of the cottage, the first in 1972-76 (of about 80 feet) and the second around 2011 (of about 20 feet), it is obvious the cottage has been moved off that parcel of land. He also relies on the evidence of the Terrain Group which locates the northern boundary of the 100 x 200-foot lot very close to the shore, leaving Mr. McCarron and Ms. Wood with only a small strip of land that does not include their cottage.

[113] The judge rejected what is effectively a submission that, based on the location of the northern boundary of the McCarron/Wood property, there is no dominant tenement or that the claimed right-of-way does not accommodate a dominant tenement. In doing so, he decided the issue of the boundary was for another day:

Much was made of the erosion effects on civics 21 and 23. It is submitted that civic #21 is now a very small parcel of property. That issue is for another day, suffice to say, but I have found that a right-of-way exists to civic #21 as outlined in these reasons. [para. 42]

[114] Practically speaking, the judge concluded he did not need to determine the precise boundaries of the McCarron/Wood property in order to reject Mr. Wylie's

submission. It is clear there is no claim to a right-of-way in gross. The claimed right-of-way forms part of the title to the McCarron/Wood property, and Mr. Wylie acknowledges Mr. McCarron and Ms. Wood have title to a parcel of land along the shore; his contention is that its boundaries are not as shown on the Daigle Survey and they do not include their cottage. While it is sufficient that the claimed right-of-way accommodates the parcel acknowledged by Mr. Wylie, the record goes much further. The evidence rejects entirely the notion that Mr. McCarron and Ms. Wood's interest is confined to the small strip of land along the shore. As noted earlier, Mr. Daigle testified he located the boundaries as shown on his plan in reliance on the descriptions of the parcels surveyed, as well as the adjoining properties, and on his assessment of the use and occupation of those properties. This includes the fact that since 1972-1976, the Logans' cottage has been in its present location (except the cottage was moved a further 20 feet in about 2011), a period of about 45 years at the time Mr. Daigle prepared his survey, and the longstanding use of this area is clearly indicated in the aerial photos. Also, as Mr. Daigle noted, the access to the cottage in this area had passed between the trees at the end of the Existing Driveway for at least between 20 to 30 years. There was no evidence of the Logans' use or occupation of the area around their cottage being challenged after 1972-1976 by Ms. Gillespie. Even without determining whether the northern boundary of the McCarron/Wood property is as identified by Mr. Daigle, there can be little doubt that the evidence establishes their interest is greater than Mr. Wylie asserts.

[115] There is no merit to Mr. Wylie's claim the judge erred in rejecting his submission that there is no dominant tenement, given the evidence in the preceding paragraph. This conclusion is arguably buttressed by the effect of the registration under the *Land Titles Act*.

F. *Failure to find fraud in transfer to the Land Titles system*

[116] Mr. Wylie claims the trial judge erred by not accepting his assertion that there was a fraud committed in the migration of the Logans' property to the Land Title

system in 2004. He alleged Mr. McCarron and Ms. Wood participated in the fraudulent fabrication of the description that was used.

[117] In *McCarron v. Gillespie*, Ms. Gillespie made the same argument Mr. Wylie made in this case. In rejecting Ms. Gillespie's claim, the judge said:

Much was made of the Logan deed being filed under the Land Titles legislation. It was alleged that the Logan's first attempted a Quieting of Title under the Quieting of Titles Act and when that would not work, are alleged to have filed a fraudulent deed under the Land Titles Act. I am not attaching any significance to what occurred because the land titles legislat[ion] effectively terminated the necessity for Quieting of Titles and that legislation was subsequently repealed. **Therefore, there was nothing wrong with the Logan's proceeding as they did and that description follows the old description.** [para. 39]

[Emphasis added.]

[118] In this case, the judge stated the following when he rejected Mr. Wylie's claim:

It is a position of the Defendant, in part, that the Logans in their deed fabricated the description. Mr. Wiley suggests the Logans were going to "quiet the title" of their property but abandon[ed] the quieting of titles and proceeded under the Land Titles legislation. It should be noted that the Land Titles system came into effect in 2001. One of the effects that occurred was the doing away with the necessity of "quieting title." The CRO is effectively a quieting of title. **I see nothing which suggests the deed to first register title under the Land Titles Act is fraudulent, a mistake, deceptive or a flagrant misuse of the Land Titles system.** [para. 28]

[Emphasis added.]

[119] On appeal, Mr. Wylie repeats the arguments made to the trial judge in both *McCarron v. Gillespie* and this case. He claims the 2004 description is fabricated because, instead of repeating the 200' x 100' metes and bounds description, it was created, he says, to wrongly appropriate more land than was owned. In essence, he

objects to a general description that permits the boundaries to be extended north from the shore, as they are shown on the Daigle Survey. The location of the boundaries of the McCarron/Wood property were not determined by the judge and the issue was left for another day. He concluded the evidence did not support a finding that the Logans' registration was fraudulent, a mistake, deceptive or a misuse of the system.

[120] In my view, the judge's finding regarding Mr. Wylie's claim about the 2004 registration is unimpeachable given the dismissal of Ms. Gillespie's counterclaim in *McCarron v. Gillespie* and his findings of fact in this case. Recall, in *McCarron v. Gillespie*, the judge dismissed Ms. Gillespie's claim that when Ralph and Elizabeth Logan migrated their property to the Land Titles system in 2004, there "were a number of wrongful acts or at least mistakes made that must be corrected", which amounted to a "fabrication of a description [...] and a migration of land to the Land Titles system that was completely contrary to" the standards for the practice of real property. He dismissed the assertion that the Logans had, with the involvement of Mr. McCarron and Ms. Wood, fraudulently registered the title. That decision was not appealed and the evidence in this case, similarly, does not support the claim that the registration was fraudulent, a mistake, deceptive or a misuse of the system. There is no merit to this ground of appeal.

V. Conclusion

[121] For these reasons, I would dismiss the appeal and order Mr. Wylie pay costs in the amount of \$5,000.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

[1] Dans la décision qui fait l'objet de l'appel, un juge a décidé que Gerald McCarron et Beverly Wood ont un droit de passage sur des terres situées entre l'allée Vacation et leur chalet sur le bord de l'eau. Sans droit de passage, leur terrain est enclavé. Ils ont acquis le titre sur le bien de Ralph et Elizabeth Logan en 2004. La mère de M. Logan, Clarissa J. Logan, l'a acquis par voie d'acte de transfert en 1933, lorsque le lot riverain avait été retranché d'une grande étendue de terre agricole longeant la baie Verte. L'allée Vacation s'étend d'une voie publique jusqu'aux chalets riverains, en traversant l'ancienne ferme.

[2] Après l'achat en 1933, Clarissa Logan accédait à son bien depuis l'allée Vacation en traversant la partie arrière du terrain riverain adjacent, qui appartient maintenant à James Wylie, l'appelant. La voie d'accès empruntée par M^{me} Logan pour traverser ce terrain se situait au même endroit pendant près de 40 ans. Quelque temps après 1971, le chemin par lequel elle exerçait son accès a été déplacé vers le nord, plus loin de la rive. Après 1986, il a été déplacé plus au nord, à une voie d'accès pour autos partagée passant entre le chalet de M. Wylie et un chalet appartenant à sa sœur, Margaret Gillespie. Cette voie d'accès pour autos est désignée comme [TRADUCTION] « Voie d'accès pour autos existante » sur le plan d'arpentage préparé par Warren Daigle, intitulé [TRADUCTION] « Désignant les limites des terrains des propriétaires : Gerald Ward McCarron et Beverly Mae Wood, James Allison Wylie et Margaret Gillespie », daté du 23 mai 2017 (pièce P-5), ci-joint à l'appendice A. La voie d'accès initiale de M^{me} Logan passait au nord de (derrière) l'emplacement du chalet de M. Wylie en 1935, lequel est désigné comme le [TRADUCTION] « Bâtiment 1935 ». L'arpentage réalisé par M. Daigle indique aussi l'emplacement actuel (1) du chalet Logan/McCarron/Wood, désigné comme le [TRADUCTION] « numéro de voirie 21 », (2) du chalet Wylie,

désigné comme le [TRADUCTION] « numéro de voirie 23 », et (3) du chalet Gillespie, désigné comme le [TRADUCTION] « numéro de voirie 19 ».

[3] En septembre 2004, durant leur premier séjour au chalet qu'ils venaient d'acheter, M. McCarron et M^{me} Wood ont vu leur droit d'utiliser la voie d'accès pour autos contesté. Avec le temps, les affaires se sont détériorées et, en août 2006, M. McCarron et M^{me} Wood ont intenté une poursuite contre Margaret Gillespie dans laquelle ils soutenaient qu'une atteinte illégitime avait été portée à leur droit de passage : des véhicules avaient été placés devant la voie d'accès pour autos et la barrière à l'entrée de celle-ci verrouillée. Une seconde poursuite a été intentée, contre James Wylie, en 2011. Il semblerait que la poursuite avait initialement été intentée contre M^{me} Gillespie parce qu'on croyait que la voie d'accès pour autos traversait son bien. Lors des deux procès, des éléments de preuve contradictoires ont été présentés quant à savoir si la voie d'accès pour autos traversait le bien de M. Wylie ou celui de M^{me} Gillespie, ou les deux. En effet, comme nous le verrons, le présent différend portant sur un droit de passage est dominé par des questions qui découlent d'éléments de preuve contradictoires et incompatibles ayant trait aux limites des trois biens.

[4] Le procès dans la poursuite intentée contre Margaret Gillespie a eu lieu en 2015 et a duré quatre jours (*McCarron c. Gillespie*, 2015 NBQB 226, [2015] A.N.-B. n° 332 (QL)). Le juge de première instance a accepté la preuve présentée par M^{me} Gillespie, selon laquelle tout droit de passage menant au bien qui appartenait autrefois à M^{me} Logan se trouvait sur le bien de M. Wylie et non le sien à elle. Il a rejeté la revendication par M. McCarron et M^{me} Wood d'un droit de passage sur le bien de M^{me} Gillespie et a rendu une ordonnance leur interdisant de traverser ce bien pour accéder au leur. Il semblerait que chaque partie interprétait différemment ce qu'interdisait l'ordonnance du juge. M^{me} Gillespie a compris que l'ordonnance signifiait qu'il était interdit à M. McCarron et à M^{me} Wood de se servir de la voie d'accès pour autos qui était utilisée jusqu'au procès, et M. McCarron et M^{me} Wood, pour leur part, ont compris qu'ils pouvaient se servir de la voie d'accès pour autos (qui, selon ce qu'ils semblent avoir

présupposé de la décision, se situait sur le bien de M. Wylie), tant qu'ils ne passaient pas sur le bien de M^{me} Gillespie.

[5] L'action intentée contre M. Wylie a été instruite en 2018. Le juge de première instance a déterminé que M. McCarron et M^{me} Wood ont un droit de passage traversant le bien de M. Wylie, désigné comme la voie d'accès pour autos existante sur le plan d'arpentage réalisé par M. Daigle. M. Wylie interjette appel de cette décision. Selon l'un de ses moyens d'appel, le juge de première instance, lorsqu'il a déclaré qu'il existait un droit de passage sur la voie d'accès pour autos existante, aurait créé un droit d'accès sur son bien, au même endroit où il a interdit à M. McCarron et à M^{me} Wood de passer dans *McCarron c. Gillespie* au motif qu'il traversait le bien de M^{me} Gillespie.

[6] La preuve, les questions en litige et les observations présentées aux deux procès étaient en grande partie identiques, mais il y a d'importantes différences. Fait révélateur, le plan d'arpentage réalisé par M. Daigle n'a pas été versé en preuve au premier procès (il a seulement été préparé en 2017) et l'emplacement précis de la voie d'accès pour autos n'a pas été fixé dans *McCarron c. Gillespie*.

[7] M. Wylie a demandé que le juge de première instance se récuse du procès intenté contre lui en raison des conclusions qu'il a tirées dans sa décision rejetant l'action contre M^{me} Gillespie. Le rejet, par le juge, de la motion en récusation est à l'origine du premier moyen d'appel de M. Wylie.

[8] Je suis d'avis de rejeter l'appel de M. Wylie pour les motifs qui suivent. Bien que la norme de contrôle qui s'applique aux questions de droit soit celle de la décision correcte, M. Wylie n'allègue aucune erreur de droit. Il soutient que l'interprétation erronée que le juge a donnée à la preuve a entraîné un certain nombre d'erreurs manifestes et dominantes. Je ne suis pas du même avis.

II. Contexte

[9] La réponse de James Wylie au droit de passage revendiqué soulevait des questions qui allaient au-delà de celles qui sont typiquement soulevées dans le cadre d'un différend quant à l'existence, à l'utilisation ou à la nature d'un droit de passage. M. Wylie a contesté le titre et les limites du fonds dominant (le bien de M. McCarron et de M^{me} Wood) et la désignation du fonds servant (le bien de M. Wylie ou le bien de M^{me} Gillespie) et ses limites. Un résumé des positions clés des parties devrait s'avérer utile pour reconnaître la pertinence du contexte général et alambiqué qui suit, qui ressemble, il faut le reconnaître, autant au contexte d'une action contestée en validation d'un titre de propriété qu'à celui d'un litige portant sur un droit de passage :

- M. McCarron et M^{me} Wood invoquent une concession expresse d'un droit de passage traversant l'arrière du bien de M. Wylie, qui, selon eux, aurait été déplacé à l'emplacement de la voie d'accès pour autos existante. M. Wylie soutient que la concession, faite à l'origine dans l'acte de transfert de 1933 en faveur de Clarissa Logan, n'avait pas pour effet de grever son bien puisque l'acte de transfert de 1933 visant son bien à lui n'avait pas expressément été établi sous réserve d'un tel droit. Les deux actes de transfert ont été signés le même jour par le même concédant, et le juge de première instance a conclu que c'était une erreur que l'acte de transfert initial visant le bien de M. Wylie n'avait pas été établi sous réserve de la concession d'un droit de passage.
- M. McCarron et M^{me} Wood font valoir que, même si la concession du droit de passage était inopérante, un droit de passage par prescription existe étant donné que l'accès a été exercé de façon constante pendant la période de plus de 70 ans qui s'était écoulée avant qu'ils deviennent les propriétaires du bien en 2004. M. Wylie soutient que les Logan n'ont pas acquis de droits par prescription parce qu'ils avaient reçu la permission de traverser le bien. M. Wylie prétend en outre que, même si un droit de passage avait existé par le passé, qu'il ait été conféré par voie de concession ou autrement en droit, tout droit de ce genre a été perdu parce

que (1) le passage a été déplacé et le droit initial, le cas échéant, a été délaissé; (2) la voie d'accès pour autos existante traverse le bien de M^{me} Gillespie et non le sien à lui; et (3) le chalet de M. McCarron et M^{me} Wood ne se situe pas sur leurs terres et, par conséquent, ils ne possèdent pas un fonds dominant qui profite du passage établi. M. Wylie affirme que leur chalet a été déplacé afin de l'éloigner de la côte (en raison de l'érosion), hors de leur bien-fonds, et que tout ce qui reste du lot transporté en 1933 est une bande étroite de terrain longeant la côte.

- M. McCarron et M^{me} Wood soutiennent que, malgré tout le reste, le titre sur leur bien, y compris le droit de passage, a été confirmé et rendu inattaquable lorsque les Logan l'ont enregistré sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.-B. 1981, ch. L-1.1, avant qu'ils l'achètent en 2004. M. Wylie affirme que les Logan ont renoncé à leur projet de faire valider leur titre de propriété et ont plutôt [TRADUCTION] « fabriqué » une description de leur bien et enregistré leur titre (ainsi que le droit de passage invalide) irrégulièrement, voire frauduleusement, sous le régime d'enregistrement des titres fonciers.

A. *Les actes de transfert de 1933*

[10] Le titre originaire du bien de M. McCarron et M^{me} Wood et de celui de M. Wylie découle de deux actes de transfert signés le même jour, le 8 août 1933, par John MacLeod Rayworth et Charlotte McGregor Rayworth, propriétaires d'une grande étendue de terre agricole qui comprenait des champs menant du [TRADUCTION] « chemin principal » à la côte de la baie Verte :

1. L'acte de transfert en faveur de Marjorie Beatrice Wry (le lot de M. Wylie) décrit ainsi la parcelle transportée :

[TRADUCTION]

[...] À PARTIR d'un jalon [...] en direction nord-ouest sur une distance approximative de 125 pieds jusqu'à un jalon en fer; de là, en tournant à angle droit en direction nord-est sur une distance

approximative de 100 pieds jusqu'à un jalon en fer; de là, en tournant à angle droit en direction sud-est sur une distance approximative de 125 pieds jusqu'à un jalon en fer situé sur la côte de la baie Verte; de là, en direction sud-ouest, le long de la ligne de côte susmentionnée, jusqu'au point de départ. Est aussi prévu l'usage d'un droit de passage à partir du chemin principal jusqu'au bien décrit ci-dessus au moyen d'une allée traversant la ferme décrite ci-dessus, menant du chemin principal à la côte.

L'allée qui traverse la ferme et qui rejoint la côte s'appelle maintenant l'allée Vacation. Le lot est borné au sud par la baie Verte, à l'ouest par l'allée Vacation, au nord par les terres conservées par les Rayworth (qui appartiendront plus tard à M^{me} Gillespie) et à l'est par le lot transporté à Clarissa Jean Logan.

2. L'acte de transfert en faveur de Clarissa Jean Logan (le lot de M. McCarron et de M^{me} Wood) décrit ainsi la parcelle transportée :

[TRADUCTION]

[...] À partir d'un jalon [...] en direction nord-ouest le long de la ligne de démarcation est du terrain appartenant à M^{me} Marjorie Beatrice Wry sur une distance approximative de 100 pieds jusqu'à un jalon en fer; de là, en tournant à angle droit en direction nord-est sur une distance approximative de 200 pieds jusqu'à un jalon en fer; de là, en tournant à angle droit en direction sud-est sur une distance approximative de 100 pieds jusqu'à un jalon en fer situé sur la côte de la baie Verte; de là, en direction sud-ouest, le long de la ligne de côte susmentionnée, jusqu'au point de départ. Est aussi prévu l'usage d'un droit de passage à partir du chemin principal jusqu'au bien décrit ci-dessus au moyen d'une allée reliant le chemin principal à la côte de la baie Verte **et traversant aussi la partie arrière des terres susmentionnées, qui appartiennent à M^{me} Marjorie Beatrice Wry.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

Ce lot est borné au sud par la baie Verte, à l'ouest par le lot transporté à Marjorie Wry et au nord par les terres conservées par les Rayworth.

- [11] L'acte de transfert en faveur de Marjorie B. Wry n'était pas assujéti à la concession du droit de passage prévu dans l'acte de transfert en faveur de Clarissa Logan et, comme il a été indiqué, M. Wylie a soutenu au procès que la concession n'avait pas pour effet de créer un droit grevant sa propriété. Si l'acte de transfert en faveur de

M^{me} Logan avait été enregistré le premier, il n'y aurait aucun problème. Toutefois, l'acte de transfert de M^{me} Wry a été enregistré en octobre 1938, alors que celui de M^{me} Logan ne l'a été qu'en avril 1963. Le juge de première instance n'a pas traité expressément de la question de savoir si la concession était exécutoire. Toutefois, il a conclu qu'une erreur avait été commise et que les Rayworth avaient clairement l'intention de concéder un droit de passage sur le lot de M^{me} Wry. Il a écrit :

[TRADUCTION]

[...] les deux ont reçu leur titre du même concédant au moyen de deux actes de transfert signés le même jour : le 8 août 1933. Manifestement, une erreur a été commise quant à la concession d'un droit de passage. Il n'y a aucune mention du droit de passage dans l'acte de transfert visant le numéro de voirie 23 [M^{me} Wry]. Par conséquent, le numéro de voirie 21 [M^{me} Logan] serait enclavé. Cependant, en 1933, les concédants avaient aussi clairement l'intention de concéder un droit de passage.
[par. 34]

B. *Configuration des terres : éléments de preuve contradictoires quant aux limites des lots originaux de 1933*

[12] La côte de la baie Verte a subi une érosion importante. Même avant 1945, des chalets ont dû être éloignés de la côte en raison de l'érosion, tant à l'est qu'à l'ouest de l'allée Vacation. Cette perte de terres et les changements qui en ont résulté quant à l'utilisation de ces biens, surtout après le déplacement de chalets et de remises vers le nord, ont contribué à la difficulté à repérer les limites des parcelles transportées en 1933 et à établir les limites actuelles.

[13] Les preuves contradictoires sous forme d'opinion présentées par les arpenteurs-géomètres méritent une explication. Leurs opinions différaient à deux égards importants. Ils ne s'entendaient pas sur le point de départ applicable quant au lot de Marjorie B. Wry; l'un des arpenteurs-géomètres était d'avis qu'il se situait approximativement 25 pieds plus au nord que l'autre et, par conséquent, la limite nord est approximativement 25 pieds plus au nord. Ils ne s'entendaient pas non plus sur la

direction de la limite nord. Par conséquent, l'un des arpenteurs-géomètres estime que le lot est de forme rectangulaire, tandis que l'autre le conçoit comme un parallélogramme. Les deux variantes découlent des différentes méthodes employées par les deux afin de localiser les limites des lots de 1933.

[14] M. Daigle, l'arpenteur-géomètre appelé par M. McCarron et M^{me} Wood, a expliqué qu'il s'était servi d'une photo aérienne datant de 1935 pour déterminer où se situait à l'époque le haut de la berge. Il a soutenu que le [TRADUCTION] « jalon en fer situé sur la côte de la baie Verte » (mentionné dans les descriptions des actes de transfert en faveur de M^{me} Wry et de M^{me} Logan) aurait été placé au [TRADUCTION] « haut de la berge » de la côte. Il serait absurde que le jalon soit placé dans le sable de la plage ou à la laisse de haute mer ordinaire. Après avoir déterminé l'emplacement théorique du jalon de fer et donc du point de départ de la description technique présentée dans l'acte de transfert en faveur de M^{me} Wry, il a suivi la description afin de situer les limites du lot.

[15] L'arpenteur-géomètre représentant Terrain Group Inc., qui a été appelé par M. Wylie, a convenu que le jalon aurait été placé au haut de la berge et n'a pas contesté que la démarche adoptée par M. Daigle était raisonnable. Il s'est cependant servi d'orthophotographies pour déterminer l'emplacement des limites des lots originaux, ce qui constituait, selon lui, un moyen plus exact pour ce faire. Terrain Group n'a pas réalisé d'arpentage ou de plan. Il a produit divers croquis, y compris un [TRADUCTION] « Croquis montrant une partie de la plage des Rayworth [...] vers 2003 », daté d'avril 2008. Le croquis montre le chalet de M. Wylie et celui de M. McCarron et M^{me} Wood comme étant tous deux situés sur le bien de M^{me} Gillespie, au nord des petites bandes de terrain longeant la côte, qui sont, selon Terrain Group, tout ce qui reste des lots originaux de 1933. Les notes accompagnant le croquis indiquent qu' [TRADUCTION] « [i]l ne doit servir qu'à titre de représentation graphique et ne constitue pas une détermination des limites légales [...] » (pièce D-1, onglet 11). Je précise que M. Wylie affirme que, malgré tout le reste, y compris les opinions de l'arpenteur-géomètre quant à l'usage et à l'occupation depuis 1933 des biens des parties ou les assertions de M^{me} Gillespie, les dimensions des lots transportés à Marjorie B. Wry et à Clarissa Logan

(100 pi sur 125 pi, et 100 pi sur 200 pi) déterminent leurs limites actuelles, et toute terre se situant à l'extérieur de ces limites appartient à M^{me} Gillespie.

[16] Les divergences d'opinions quant à la direction de la limite nord découlent des tentatives de chaque arpenteur-géomètre de concilier les éléments contradictoires des descriptions des lots. Selon M. Daigle, la limite nord du lot de M^{me} Wry est perpendiculaire à l'allée Vacation, alors que Terrain Group la conçoit comme étant à un angle aigu par rapport à l'allée Vacation (plus près d'un angle de 45 degrés et plus ou moins parallèle à la côte). M. Daigle a expliqué que la description exige que la limite nord du lot de M^{me} Wry soit à un angle droit par rapport à l'allée Vacation et qu'elle est compatible avec le fait que les champs étaient, à l'époque, coupés ou utilisés à angle droit par rapport à l'allée Vacation, comme le montre la photo aérienne de 1935. Toutefois, cette démarche a pour résultat que la limite est du lot, qui s'étend vers le sud jusqu'à la côte, est plus longue que sa limite ouest, et ce malgré le fait que les deux limites sont décrites comme étant d'une longueur approximative de 125 pieds.

[17] Au risque de trop simplifier, Terrain Group a soutenu qu'il était préférable de respecter les mesures précises de 125 pi sur 100 pi du lot de Marjorie B. Wry plutôt que la description indiquant que les limites sont perpendiculaires. Pour parvenir à ce résultat, Terrain Group considère que la limite nord de son lot, à partir de l'allée Vacation, est à un angle inférieur à 90 degrés, de sorte que le lot ainsi créé est précisément de 125 pi sur 100 pi et est essentiellement un parallélogramme. Terrain Group a procédé de la même façon pour ce qui est du lot de Clarissa Logan.

[18] Bref, M. Daigle situe le lot de M^{me} Wry en 1933, y compris la limite nord le séparant de la propriété de M^{me} Gillespie, à environ 25 pieds plus au nord que Terrain Group, et il lui donne une forme rectangulaire alors que Terrain Group lui donne celle d'un parallélogramme. Les résultats différents sont indiqués dans le plan d'arpentage réalisé par M. Daigle. La ligne pointillée indique où Terrain Group situerait la limite nord des deux lots de M^{me} Wry (en 1963, M^{me} Wry a ajouté une petite bande de terre de 50 pieds à l'arrière du lot qu'elle avait acquis en 1933). M. Daigle indique ce qu'il croit

être la limite nord de ces lots au moyen de deux lignes tiretées (- - -). M. Daigle montre que la limite nord se situe au nord de [TRADUCTION] « l'ancienne plateforme de route » et traverse l'avant (le sud) du chalet de M. Wylie (en son emplacement actuel) et de sa remise.

[19] Bien que cela explique les divergences d'opinions des arpenteurs-géomètres quant à l'emplacement des limites des lots de M^{me} Wry en 1933 et en 1963 (divergences qui s'appliquent aussi au lot de M^{me} Logan en 1933), il y a une autre importante divergence dans leurs témoignages. M. Daigle conçoit le bien de M. Wylie comme s'étendant plus loin au nord que les lots transportés à M^{me} Wry; il rallonge celui-ci jusqu'à la [TRADUCTION] « limite de propriété indiquée par Margaret Gillespie ». Cela a pour résultat que la voie d'accès pour autos existante se situe sur le bien de M. Wylie et non sur celui de M^{me} Gillespie. Terrain Group fondait ses opinions sur les limites des lots originaux qu'il avait déterminées.

[20] Avant de conclure la question des opinions contradictoires quant à l'emplacement de la limite nord du bien de M. Wylie, je voudrais souligner l'existence d'une troisième hypothèse différente. La preuve présentée au procès comprenait un plan non signé, préparé par Pettipas Surveys Ltd., daté du 24 février 2004 et intitulé [TRADUCTION] « Plan d'arpentage accompagnant la validation de titres de propriété en faveur de : Ralph M. Logan et Elizabeth Joyce Logan » (le plan de Pettipas). Il a été rédigé en prévision d'une demande de validation du titre de propriété des Logan, demande qui n'a pas été poursuivie. M. Pettipas n'a pas été appelé à témoigner et, même si une copie de son plan a été déposée en preuve avec le consentement des parties, sa pertinence au procès semblait principalement avoir été de faire la preuve du fait que le plan avait été utilisé dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*, où il avait été annoté (à la main) pour indiquer où M^{me} Gillespie avait déterminé l'emplacement de la limite de son lot et pour situer les deux voies d'accès les plus récentes au chalet de M^{me} Logan. Tout comme l'arpentage de M. Daigle, le plan de Pettipas situe le coin nord-ouest du lot de M. Wylie au poteau nord de la barrière à chaîne à l'entrée de la voie d'accès pour autos. En termes plus généraux, il indique que la barrière se situe sur le bien de M. Wylie. Sauf

pour indiquer l'emplacement de cette barrière, le plan de Pettipas ne montre pas le chemin ou le parcours de la voie d'accès pour autos. Toutefois, des notes manuscrites sur le plan indiquent que la voie d'accès pour autos traverse le bien de M. Wylie, à partir de l'allée Vacation et en traversant la barrière, mais qu'elle passe ensuite sur le bien de M^{me} Gillespie, en direction est vers le chalet de M^{me} Logan. Bien qu'elles soient vagues et sujettes à interprétation, ces notes n'ont pas été contestées au procès.

[21] Le juge de première instance ne s'est pas prononcé expressément quant aux opinions des arpenteurs-géomètres, mais il est impossible d'éviter de conclure qu'il a accepté l'opinion de M. Daigle voulant que la voie d'accès pour autos existante traverse le bien de M. Wylie entre la barrière et la limite est.

C. *Accès aux chalets et emplacement de ceux-ci*

[22] La preuve concernant l'accès des Logan à leur chalet au cours de la période de 70 ans qui a précédé la vente de celui-ci à M. McCarron et M^{me} Wood était limitée, ce qui n'a rien d'étonnant. Des photos aériennes prises en 1935, 1945, 1953, 1963, 1971, 1982, 1996, 2001 et 2011 forment une partie importante du dossier de la preuve. Curtis Speight, d'Interpretation Resources Consulting Inc., a présenté une preuve sous forme d'opinion quant à leur usage et leur interprétation. M. Daigle et Terrain Group les ont aussi invoquées. Ils s'entendent tous pour dire que ces éléments de preuve étaient essentiels pour comprendre les changements survenus depuis 1935 en ce qui concerne l'emplacement notamment de la côte, des chalets, des remises, des accès et des voies d'accès pour autos.

[23] La photographie aérienne de 1935 montre le chalet de Marjorie B. Wry et celui de Clarissa Logan. On peut y voir que l'accès menant de l'allée Vacation aux deux chalets passait au nord du chalet de M^{me} Wry (derrière celui-ci). L'emplacement du chalet de M^{me} Wry en 1935 est désigné, dans le plan d'arpentage de M. Daigle, [TRADUCTION] « Bâtiment 1935 ». Le plan d'arpentage ne montre pas l'emplacement du chalet de M^{me} Logan, mais la photo aérienne indique qu'il se situait plus loin de la

côte que celui de M^{me} Wry. Cet accès, qui se trouve [TRADUCTION] « sur la partie arrière du » lot de M^{me} Wry, est comme il a été décrit dans la concession du droit de passage faite à peine deux ans auparavant. Les photos aériennes indiquent que l'accès de M^{me} Logan est resté là où il se situait initialement jusqu'à ce qu'il soit déplacé vers le nord, à un moment quelconque après la photo de 1971.

[24] La photo aérienne de 1945 révèle une importante érosion le long de la côte de la baie Verte et montre que, à un moment donné avant que la photo soit prise, M^{me} Wry a déplacé son chalet et sa remise, pour les éloigner de la côte, sur une distance approximative de 70 pieds. L'emplacement du chalet en 1945 est désigné, sur le plan d'arpentage de M. Daigle, [TRADUCTION] « Bâtiment 1963 » (même s'il a été déplacé à cet endroit avant 1945, l'année 1963 a été utilisée pour indiquer l'emplacement du chalet en 1963, lorsque M^{me} Wry a acquis une parcelle de terrain de 50 pieds au nord). Selon le plan d'arpentage de M. Daigle, en 1945, M^{me} Wry avait déplacé son chalet partiellement hors de son lot initial, et sa remise avait été complètement enlevée de celui-ci. Compte tenu de son opinion différente quant à l'emplacement du lot initial de M^{me} Wry, Terrain Group était d'avis qu'elle avait déplacé son chalet complètement hors de son bien, et que son chalet et sa remise se trouvaient tous les deux sur la terre des Rayworth. M^{me} Wry a aussi déplacé sa voie d'accès pour autos vers le nord, de sorte à l'éloigner de la côte.

[25] Selon la photo aérienne de 1945, l'accès de M^{me} Logan à son chalet n'a pas changé et est demeuré comme il était sur la photo de 1935. Ainsi, après que M^{me} Wry a déplacé son chalet vers le nord, l'accès de M^{me} Logan se situait alors au sud (à l'avant) du chalet de M^{me} Wry.

[26] En 1951, les Rayworth ont transporté 60 acres de terres agricoles à Harman et Hattie Nicholson, y compris la parcelle de terrain restante au nord des lots transportés à Marjorie B. Wry et à Clarissa Logan et au sud du chemin principal. La photo aérienne de 1953 ne montre aucun changement important en ce qui concerne l'accès de M^{me} Logan à son chalet.

[27] La photo aérienne de 1963 ne révèle aucun changement pertinent quant à l'emplacement des chalets ou des accès. Vers la fin de l'année 1963, Harman et Hattie Nicholson ont vendu à Marjorie B. Wry une [TRADUCTION] « bande » de terre additionnelle de 50 pieds. L'acte de transfert indique que cette terre servait à [TRADUCTION] « fournir une protection accrue contre le risque de perte d'une partie de l'estran en raison de la pénétration des eaux de mer ». Ce transport soulève un autre problème possible dans l'ensemble des considérations applicables à l'identification de la limite nord du lot de M^{me} Wry et de M. Wylie et, par conséquent, de la limite sud de celui de Margaret Gillespie. Bien que ce transport réalisé en 1963 ait été généralement vu comme une simple addition d'une parcelle de terrain de 50 pieds à l'arrière du lot transporté à M^{me} Wry en 1933 (autrement dit, un prolongement de son bien de 175 pieds à partir du jalon situé sur la côte), un arpenteur-géomètre a posé la question suivante : [TRADUCTION] « [L]orsque les [Nicholson] ont transporté par acte de transfert la bande de terre de 50 pieds à M^{me} Wry, pensaient-ils qu'ils ajoutaient 50 pieds derrière l'emplacement du chalet en 1963? » Comme il a été mentionné, depuis 1945 au moins, le chalet de M^{me} Wry était au moins partiellement situé hors de son lot (et, de l'avis de Terrain Group, entièrement au-delà de la limite nord de celui-ci et sur le bien des Rayworth et des Nicholson). Une autre raison pour laquelle il y a lieu de poser cette question est que le foin sur la bande de terre de 50 pieds transportée était à l'époque récolté par les Nicholson. L'acte de transfert réservait expressément aux Nicholson le droit de continuer de récolter le foin sur les terres, et ce, jusqu'à ce que M^{me} Wry recule son chalet de 25 pieds. D'après cette théorie, la bande de terre de 50 pieds sur laquelle le foin était récolté aurait vraisemblablement été située au nord du chalet et de la remise de M^{me} Wry. Bien que cette question demeure sans réponse, il semble raisonnable de se demander si les Nicholson avaient eu l'intention de transporter une bande de terre de 50 pieds au nord du chalet et de la remise de M^{me} Wry ou bien une parcelle de 50 pieds mesurée à partir d'une limite située plus au sud.

[28] Quatre ans plus tard, en 1967, les Nicholson ont vendu la parcelle restante de leur terre agricole (située au nord des lots transportés à M^{me} Wry et à M^{me} Logan et au sud du chemin principal) à Doris Wylie, la mère de James Wylie et de Margaret

Gillespie. Cette parcelle était beaucoup plus grande que les lots de 1933 et leur superficie indiquée était d'environ 1,5 acre. Toutefois, à titre de manifestation supplémentaire du manque apparemment généralisé de précision, certains éléments de preuve indiquaient que la superficie véritable de ces terres était d'environ 2,5 acres. Il n'y avait aucune preuve d'un arpentage ou d'un plan quant à ce transport-ci ou à l'un des transports précédents.

[29] La photo aérienne de 1971 montre que Doris Wylie a bâti un chalet à l'extrémité sud-ouest de son bien, derrière le chalet de Marjorie B. Wry. Le chalet de Doris Wylie est désigné, dans le plan d'arpentage de M. Daigle, « Numéro de voirie 19 ».

[30] En 1976, Doris Wylie a acheté le bien de M^{me} Wry et, depuis lors, des membres de la famille Wylie sont propriétaires des deux biens. Doris Wylie a ultérieurement transféré le chalet de M^{me} Wry à James Wylie et son propre chalet à Margaret Gillespie. Comme je l'expliquerai plus loin, selon la preuve présentée au procès, une fois que Doris Wylie était propriétaire des deux biens, les membres de la famille Wylie considéraient la limite séparant les deux biens comme étant dépourvue de toute importance pratique, et ce, même après que les biens ont été transférés à M. Wylie et à M^{me} Gillespie.

[31] La photo aérienne de 1982 révèle que, depuis la dernière photo, Clarissa Logan avait déplacé son chalet pour l'éloigner de la côte sur une distance approximative de 80 pieds. Son accès à partir de l'allée Vacation avait aussi été déplacé vers le nord, ce qui n'a rien d'étonnant. Il passait alors au nord du chalet de Marjorie B. Wry et au sud de celui que Doris Wylie avait bâti. Rien dans le dossier n'indique le moment à partir duquel l'accès de M^{me} Logan a commencé à se faire à cet endroit, sauf pour les notes manuscrites sur le plan de Pettipas, selon lesquelles c'était à un moment donné entre 1972 et 1976. Ces dates n'ont pas été contestées, et elles se situent dans la période établie par les photos aériennes.

[32] Le chalet de Clarissa Logan, après ce déplacement, est désigné, sur le plan d'arpentage de M. Daigle, [TRADUCTION] « Ancienne fondation ». Son emplacement actuel y est désigné « Numéro de voirie 21 » (vers 2011, le chalet a été déplacé sur une distance de 20 pieds vers le nord, à son emplacement actuel, après qu'une tempête l'ait fait tomber de l'ancienne fondation). Terrain Group a émis l'opinion qu'à l'un ou à l'autre de ces emplacements, le chalet de M^{me} Logan n'est plus sur le lot qu'elle a reçu en 1933, mais sur le bien qui a été transporté par acte formaliste à Margaret Gillespie. Si c'est le cas, le chalet de M^{me} Logan se trouve sur le bien de M^{me} Gillespie depuis 44 à 48 ans.

[33] M. Daigle est d'avis que le chalet et la remise se situent sur le bien de M. McCarron et M^{me} Wood. Le plan d'arpentage qu'il a réalisé n'indique pas les limites du lot original de 1933 de Clarissa Logan. Il indique plutôt, comme l'a témoigné M. Daigle, les limites déterminées à partir de la description de la parcelle transférée à M. McCarron et M^{me} Wood en 2004 et de l'usage et de l'occupation du bien. Le plan de Pettipas, réalisé en 2004, lorsque le bien appartenait toujours aux Logan, représentait de la même façon le bien des Logan comme se prolongeant vers le nord, au-delà de leur chalet et de leur remise.

[34] En 1982, James Wylie a acquis de sa mère le chalet de Marjorie B. Wry et, en 1985, Margaret Gillespie a acquis le chalet de leur mère.

[35] En 1993, Clarissa Logan a transporté son chalet à son fils et à sa bru, Ralph M. et Elizabeth J. Logan.

[36] La photo aérienne de 1996 révèle que M. Wylie avait déplacé son chalet vers le nord sur une distance approximative de 50 pieds et que les Logan avaient commencé à se servir de la voie d'accès pour autos partagée. Le dossier n'indique pas clairement à quel moment cela s'est produit, même s'il semblait que le changement en ce qui concerne l'accès est probablement survenu à la suite du déplacement du chalet de

M. Wylie, et les notes manuscrites sur le plan de Pettipas indiquent que les Logan ont commencé à exercer leur accès sur la voie d'accès pour autos partagée en 1986.

[37] Comme il a été mentionné précédemment, bien que le plan d'arpentage de M. Daigle indique que la voie d'accès pour autos se situe au nord de la limite des lots transportés à Marjorie B. Wry en 1933 et en 1963 (et décrits dans l'acte de transfert en faveur de M. Wylie par sa mère), il indique également que la voie d'accès pour autos se situe sur le bien de M. Wylie, d'après la limite de propriété indiquée par Margaret Gillespie. Terrain Group est d'avis que la voie d'accès pour autos se trouve sur le bien de M^{me} Gillespie. En effet, Terrain Group affirme que le chalet et la remise de M. Wylie se trouvent sur la terre de M^{me} Gillespie, tout comme le chalet et la remise de M. McCarron et M^{me} Wood. Selon le plan de Pettipas, le chalet et la remise de M. Wylie sont sur son bien et la limite nord des lots de 1933 et de 1963 se situe à la [TRADUCTION] « barrière à chaîne ».

[38] La question de savoir si la voie d'accès pour autos se trouvait sur le bien de M^{me} Gillespie ou sur celui de M. Wylie semblait sans pertinence jusqu'au début du litige portant sur son usage. En effet, la décision rendue dans l'affaire *McCarron c. Gillespie* indique que même si M^{me} Gillespie a témoigné qu'il n'y avait jamais eu un droit de passage sur son bien et que le droit de passage se situait sur le bien de M. Wylie, cela ne la dérangeait pas si M. McCarron et M^{me} Wood conduisaient sur son bien, tant qu'ils [TRADUCTION] « ne conduisaient pas sur son gazon lorsqu'il était mouillé de façon à l'endommager ». En l'espèce, ni M^{me} Gillespie ni M. Wylie n'ont témoigné. L'absence de ce dernier a été expliquée comme étant le résultat de problèmes de santé. Barb McQuade, sœur de M. Wylie et de M^{me} Gillespie, a témoigné. Elle ne connaissait pas l'emplacement de la limite entre leurs biens et a expliqué que son existence et son emplacement avaient été sans importance depuis que leur mère avait acquis les deux biens en 1976. Essentiellement, selon le témoignage de M^{me} McQuade, cette limite n'avait eu aucune pertinence quant à l'usage des biens et ils avaient été tous les deux traités comme s'ils ne constituaient qu'un seul bien. De façon compatible avec cet usage, M. et M^{me} McQuade appartiennent ou occupent un chalet qui se situe sur la partie nord de

la terre de M^{me} Gillespie; il ne se situe pas sur sa propre parcelle distincte. M^{me} McQuade et son mari, Charles McQuade, semblent avoir agi, à l'occasion, comme fondés de pouvoir ou mandataires de M^{me} Gillespie et de M. Wylie dans leurs communications avec M. McCarron et M^{me} Wood. La famille Wylie est propriétaire de la totalité des terres se trouvant à l'est de l'allée Vacation et à l'ouest du ruisseau ou marais, à l'exception du bien appartenant à M. McCarron et M^{me} Wood.

D. *Preuve offerte par M. Wylie pour établir que les Logan ont reconnu qu'ils n'avaient pas un droit de passage et qu'ils exerçaient leur accès avec la permission de M^{me} Gillespie*

[39] Au début de l'année 2002, Ralph Logan a communiqué avec Margaret Gillespie, vraisemblablement dans une tentative de faire reconnaître l'usage de la voie d'accès pour autos par les Logan en tant que droit de passage vers leur bien. M. Wylie a offert cette communication afin d'établir que les Logan savaient qu'ils n'étaient pas titulaires d'un droit de passage et qu'ils exerçaient l'accès à leur chalet avec le consentement de M^{me} Gillespie.

[40] M. Wylie a produit deux communications écrites ou lettres de M. Logan à M^{me} Gillespie. Ces lettres indiquent que la santé des Logan était un des facteurs les ayant menés à considérer leurs options en ce qui concerne le chalet, notamment la vente de celui-ci. Ni l'une ni l'autre des lettres n'indique l'année de leur envoi. Toutefois, il semblerait que l'une d'elles, datée du [TRADUCTION] « 18 janv. », aurait été envoyée en janvier 2002, puisqu'on y souhaite à M^{me} Gillespie : [TRADUCTION] « Meilleurs vœux pour 2002. »

[41] Dans la lettre du 18 janvier, M. Logan a demandé un droit de passage à M^{me} Gillespie afin d'éviter de devoir [TRADUCTION] « réactiv[er] la concession originale d'un droit de passage traversant » le bien de M. Wylie :

[TRADUCTION]

Maintenant, pour ce qui est du droit de passage, je ne vois pas pourquoi cela devrait être compliqué – il suffirait que vous envoyiez une lettre dans laquelle vous concédez un droit de passage jusqu'au bien des Logan sur votre terre, entre votre chalet et celui de Jim [M. Wylie]. Il me semble que ce serait la meilleure solution à notre problème de droit de passage **puisque'il n'exige pas que nous réactivions la concession originale d'un droit de passage traversant le bien de Jim [M. Wylie].**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[42] L'autre lettre de M. Logan à M^{me} Gillespie est datée du 18 août et puisqu'on y parle de questions ayant déjà fait l'objet de discussions, elle aurait vraisemblablement été envoyée en août 2002 ou 2003. M. Logan indique que les Logan préféreraient verser de l'argent à M^{me} Gillespie en échange d'un droit de passage, puisque [TRADUCTION] « [s]e rendre devant les tribunaux pour obtenir un accès serait coûteux ». La lettre mentionne ce qui suit :

[TRADUCTION]

Comme promis, voici un résumé des questions dont nous avons déjà discuté.

Notre santé n'est pas bonne et nous ne serons plus capables de nous occuper d'un chalet pendant bien longtemps.

Peu d'options s'offrent à nous, mais l'une serait de vendre à un des membres de votre famille (à très bas prix).

Si vous consentez à un accès à notre chalet, nous pourrions essayer de le louer – mais cela s'avérerait difficile – trop difficile pour nous.

Nous pourrions abandonner le chalet complètement. Il va sans dire qu'il se détériorerait sous peu. Cela équivaldrait presque à jeter de l'argent. Il ne s'agit pas d'une option attirante.

Nous pourrions vendre – mais il nous faudra un droit de passage. Se rendre devant les tribunaux pour obtenir un accès serait coûteux. Nous songeons à vous verser une

somme d'argent en échange d'un droit de passage – ce qui éliminerait alors le problème.

Donc, lorsque vous verrez votre avocat, et si vous croyez qu'il s'agit d'une bonne idée, voyez comment nous pourrions nous arranger pour servir nos intérêts mutuels. Naturellement, il serait idéal d'éviter un arpentage. Peut-être qu'une description claire du droit de passage suffirait.

[...]

Merci et profitez bien du reste de l'été. J'espère vous voir bientôt.

[...]

PS notre puits a obtenu de bons résultats – ces gars l'ont bien réparé!

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[43] Aucune preuve n'a été présentée quant à l'issue de ces demandes, autre que le témoignage de M. McCarron, qui avait compris de M. Logan qu'il aurait préféré mettre le feu au chalet que le vendre au prix proposé.

E. *La vente par les Logan à M. McCarron et M^{me} Wood, et le transfert du titre au régime d'enregistrement des titres fonciers*

[44] En septembre 2003, M. McCarron et M^{me} Wood ont appris de Charles McQuade que les Logan souhaitaient vendre leur chalet. Ils vivent à l'extérieur de la province et, alors qu'ils étaient dans la région pour visiter de la famille, ils ont rencontré M. McQuade en marchant sur la plage. M. McQuade a témoigné qu'il avait alors dit à M. McCarron et M^{me} Wood que le chalet des Logan ne bénéficiait pas d'un droit de passage et que son puits était en mauvais état.

[45] M^{me} Wood a téléphoné à Ralph Logan, qui vivait à Halifax, et ils sont parvenus à une entente quant à l'achat du chalet. Elle a compris des propos de M. Logan que, même s'il y avait un problème en ce qui concerne l'accès, son titre comprenait un droit d'accès traversant l'arrière du bien de M. Wylie et qu'on avait toujours eu accès au chalet, qui avait été utilisé depuis son enfance. Même si le dossier ne mentionne rien sur

l'histoire de la fréquentation du chalet par M. Logan ni son âge, il semblerait qu'il était enfant lorsque sa mère a acquis le bien. Sa lettre du 18 janvier 2002 adressée à M^{me} Gillespie, dans laquelle il est affirmé qu'il venait tout juste de célébrer son 50^e anniversaire de mariage, indique qu'Elizabeth Logan et lui se sont mariés en 1951, soit 18 ans après que Clarissa Logan ait acquis le bien, en 1933. La connaissance personnelle de M. Logan est pertinente en ce qui concerne les déclarations qu'il a faites dans la déclaration solennelle fournie lors de la vente du bien à M. McCarron et M^{me} Wood.

[46] Dans le cadre de l'entente, M^{me} Wood et M. McCarron ont accepté, à la demande de M. Logan, de s'occuper des [TRADUCTION] « aspects juridiques » et d'en assumer les coûts. M. Logan les a orientés vers son avocat d'Amherst, en Nouvelle-Écosse. Cette preuve est pertinente pour ce qui est de l'assertion de M. Wylie voulant que les Logan aient abandonné la validation prévue de leur titre de propriété afin de l'enregistrer irrégulièrement sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier* et que, ce faisant, ils aient [TRADUCTION] « fabriqué la description » de leur bien.

[47] M. McCarron et M^{me} Wood ont communiqué avec l'avocat que leur avait proposé M. Logan. Toutefois, ils ont plus tard décidé de retenir les services d'un avocat différent. M. McCarron a témoigné que l'avocat de la Nouvelle-Écosse lui avait recommandé de présenter une demande à un tribunal néo-brunswickois en vue de faire valider le titre de propriété, à un coût estimatif de 7 000 \$, et qu'ils se sentaient mal à l'aise d'avoir recours au même avocat que l'autre partie. En novembre 2003, M. Pettipas a terminé le travail de terrain se rapportant à l'arpentage réalisé en prévision de la validation du titre de propriété, arpentage qui, comme on l'a souligné précédemment, constitue le plan de Pettipas non signé daté du 24 février 2004. La preuve n'indique pas pourquoi le plan a été laissé sans signature.

[48] M. McCarron et M^{me} Wood ont retenu les services d'un avocat néo-brunswickois et, au lieu de demander la validation du titre de propriété, ils ont décidé de faire enregistrer le titre de propriété des Logan sous le régime d'enregistrement des titres

fonciers. La description employée pour l'enregistrement du bien n'utilisait pas les dimensions prévues dans la description technique comprise dans l'acte de transfert initial de 1933, à savoir 200 pieds sur 100 pieds (ni dans l'acte de transfert de 1993, de la mère de M. Logan en leur faveur); les limites y étaient indiquées par rapport à la côte de la baie Verte et aux trois biens adjacents :

[TRADUCTION]

[...] À partir de l'intersection du coin sud-est des terres appartenant actuellement ou anciennement à James [Wylie] et du bord de la côte de la baie Verte; de là, **en suivant la limite est du bien de James [Wylie]** en direction nord, jusqu'aux terres appartenant actuellement ou anciennement à Margaret Gillespie; de là, **en suivant la limite sud des terres de Margaret Gillespie** en direction est, jusqu'aux terres appartenant actuellement ou anciennement à Richard G. Racheter; de là, **en suivant la limite ouest du bien de Richard G. Racheter** jusqu'au bord de la côte de la baie Verte; de là, **en suivant les divers méandres le long de la côte de la baie Verte** jusqu'au point de départ.

De même qu'un droit de passage à partir du chemin principal [...] et aussi **sur l'arrière des terres appartenant actuellement ou anciennement à Marjorie Beatrice Wry**, mentionnées dans un acte de transfert de John McLeod Ra[y]worth et Charlotte McGregor Ra[y]worth, son épouse, en faveur de Clarissa Jean Logan, daté du 8 août 1933 et enregistré au bureau du conservateur des titres de propriété du comté de Westmoreland [*sic*] le 21 avril 1960 [...]

Et, s'agissant des mêmes terres et lieux qui ont été transportés par C. Jean Logan à Ralph M. Logan et à Elizabeth Joyce Logan par acte de transfert daté du 23 décembre 1993 [...]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[49] La clôture de l'achat du bien des Logan a eu lieu en juin 2004. Une déclaration solennelle de M. Logan, souscrite le 18 juin 2004, a été fournie à M. McCarron et M^{me} Wood. En voici le texte :

[TRADUCTION]

[...] Que je suis actuellement propriétaire du bien visé aux présentes, décrit dans l'acte de transfert numéro 588540, et que j'ai continué de me déplacer et d'utiliser le droit de passage, ce que je fais depuis décembre 1993, et ce, jusqu'à présent;

Qu'aucune personne n'a porté atteinte à mon occupation des terres et des lieux dont je suis propriétaire, et que **je ne connais aucune revendication ou entrave de la part de quiconque quant à la possession et à l'occupation par ma mère du droit de passage pendant la période où elle était propriétaire du bien.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[50] Ralph et Elizabeth Logan ont aussi signé une lettre notariée (le 14 juin 2004 ou vers cette date) qui confirmait que les analyses menées sur leur puits avaient donné de bons résultats et qui traitait de l'érosion de la côte, de l'emplacement du chalet et de l'usage et de l'emplacement du droit de passage :

[TRADUCTION]

Joyce et moi-même avons été propriétaires du bien pendant de nombreuses années et nous n'avons pas déplacé le chalet.

Nous ne voyons rien qui indique quand le levé aérien a été réalisé – levé qui concorde certainement avec la description du bien donnée dans l'acte de transfert. Il y a eu une certaine érosion de la façade tout le long de la plage au fil des années.

Le chalet de M. Wylie a été reculé, mais nous avons continué d'avoir accès à notre bien en passant à l'arrière de son chalet.

Durant l'automne et l'hiver, **il y a une [TRADUCTION] « barrière » en fil métallique** qui est munie d'un cadenas à combinaison. Elle vise à décourager les gens d'accéder aux biens de M^{me} Gillespie, de M. Wylie et des Logan. **Elle se situe à l'endroit considéré comme la limite entre les biens de M^{me} Gillespie et de M. Wylie.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[51] L'observation de M. Logan au sujet du déplacement du chalet de M. Wylie fait sans doute référence au déplacement qui semble avoir eu lieu en 1986 et se rapporte au déplacement de l'accès dont bénéficient les Logan à la voie d'accès pour autos.

F. *L'usage de la voie d'accès pour autos commune et le litige*

[52] Peu après que M. McCarron et M^{me} Wood sont devenus propriétaires, leur utilisation de la voie d'accès pour autos commune a commencé à poser des problèmes. En effet, la première fois qu'ils se sont servis du chalet en septembre 2004, ils ont été informés par Barb McQuade ou Charlie McQuade, ou par ces deux personnes, que Margaret Gillespie était fâchée que personne n'ait discuté avec elle au préalable relativement à leur utilisation de la voie d'accès pour autos. M. McCarron et M^{me} Wood ont tous les deux témoigné qu'ils leur ont dit que leur acte de transfert prévoyait un droit de passage. M. McCarron a aussi témoigné que M. McQuade lui a montré où l'accès était avant d'être déplacé là où se situe la voie d'accès pour autos commune. M. McQuade a indiqué qu'il passait près de l'avant de l'emplacement actuel du chalet de M. Wylie. M^{me} Wood a témoigné que M^{me} Gillespie avait dit qu'ils pouvaient traverser le bien s'il n'était pas mouillé, et qu'elle n'avait jamais rencontré M. Wylie. Elle a dit que les seules personnes qui lui avaient dit qu'ils ne pouvaient pas se servir de la voie d'accès pour autos partagée étaient M^{me} et M. McQuade.

[53] Les choses se sont corsées durant les étés 2005 et 2006, la voie d'accès pour autos ayant été, à quelques reprises, bloquée. Cela a mené M. McCarron et M^{me} Wood à intenter leur poursuite contre M^{me} Gillespie en août 2006. Ils ont aussi présenté une motion en injonction provisoire en septembre 2006. Plus tard, en 2011, ils ont intenté une poursuite contre M. Wylie.

[54] À la même époque environ, Barb McQuade a contacté M. Logan par courriel, le 18 août 2006, pour se plaindre du fait que M. McCarron était difficile et qu'il avait dit à M^{me} Gillespie qu'il [TRADUCTION] « a[vait] un "droit de passage" et qu'il

a[vait] les documents pour le prouver ». M^{me} McQuade a expliqué à M. Logan qu'elle cherchait [TRADUCTION] « quelque chose qui le ferait cesser de harceler toutes les personnes qui appartiennent des biens ici ».

[55] La demande de renseignements de M^{me} McQuade a produit un échange de courriels, y compris un autre courriel de M^{me} McQuade dans lequel elle dit à M. Logan : [TRADUCTION] « [V]ous m'avez dit au téléphone, en juin, qu'il n'y avait jamais eu un droit de passage menant à votre chalet. » Je mentionne que si M. Logan avait tenu un tel propos, celui-ci serait contraire à ce qu'il a déclaré dans les lettres qu'il a adressées à M^{me} Gillespie en 2002 et en 2003. Quoi qu'il en soit, dans leur réponse finale à M^{me} McQuade, Richard et Elizabeth Logan ont expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

John Rayworth a vendu la terre à mes parents – l'acte de transfert la visant prévoyait notamment un droit de passage à l'arrière du chalet de M^{me} Wry. Sonny [M. McCarron] a presque certainement cet acte de transfert.

Cela dit, plus tard, lorsque M. Rayworth a vendu la terre à M^{me} Wry, le droit de passage n'a pas été inclus dans son acte de transfert. Il s'agit certainement d'un oubli – un oubli dont nous n'étions pas au courant pendant longtemps. Je pense que nous nous en sommes seulement rendu compte lors de nos discussions avec Jim [M. Wylie].

Pendant de nombreuses années, nous n'avions aucun problème lorsque nous traversions derrière le chalet de M^{me} Wry, et même devant celui-ci lorsqu'ils l'ont reculé.

J'espère que cela clarifie les choses.

Comme je ne suis pas avocat, toute opinion que je pourrais avoir au sujet d'une résolution de la situation serait peu utile. Cela dit, voici ce que je pense :

Sonny [M. McCarron] ne semble pas avoir un droit de passage légitime – et il traverse la terre de Margie [M^{me} Gillespie] grâce à la courtoisie de cette dernière. Je ne sais pas ce qui se passerait si elle bloquait cet accès.

Supposons que Sonny obtenait de l'aide juridique – et qu'il obtenait, d'une manière ou d'une autre, une confirmation écrite d'un droit de passage – où se situerait un tel droit de passage?

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[56] Bien que cette communication n'ait pas été présentée par M. Wylie à cette fin, elle indique que M. Logan se souvenait qu'ils n'avaient [TRADUCTION] « aucun problème lorsqu'ils traversaient derrière le chalet de M^{me} Wry » (après 1933, mais avant 1945) et « même devant celui-ci lorsqu'ils l'ont reculé » (depuis au moins 1945 jusqu'à environ 1976). M. Logan reconnaît également que la voie d'accès pour autos partagée était au moins partiellement sur la terre de M^{me} Gillespie et, tout en affirmant qu'il n'est pas un avocat, il a l'impression que M. McCarron n'a pas le droit de passer sur la terre de M^{me} Gillespie sans la permission de cette dernière. Il semble que le seul plan d'arpentage qui existait à l'époque où cette communication a été produite était le plan de Pettipas, non signé, qui indiquait que la voie d'accès pour autos passait près de la limite entre les biens de M. Wylie et de M^{me} Gillespie. M. Logan n'a pas témoigné au procès contre M^{me} Gillespie, en raison de sa santé qui déclinait, et il est décédé avant le procès contre M. Wylie. Les déclarations et les communications de M. Logan ont été admises avec le consentement des parties.

[57] Au procès tenu en 2015 dans l'action intentée contre Margaret Gillespie, le juge a formulé la question en litige comme étant celle de savoir si M. McCarron et M^{me} Wood [TRADUCTION] « ont un droit de passage légal » et, le cas échéant, celle de savoir [TRADUCTION] « où il se situe ». Il a résumé la position de M^{me} Gillespie ainsi : [TRADUCTION] « M^{me} Gillespie dit qu'il n'a jamais été sur son bien, qu'il se situait sur celui de M^{me} Wry et de M. Wylie. » Les motifs du juge présentent un résumé approfondi de la preuve relative à la concession d'un droit de passage et à la question de savoir si un droit de passage avait été créé par prescription (au par. 33), mais il n'a pas tranché ces deux questions. Il a conclu, comme l'a soutenu M^{me} Gillespie, que s'il existait un droit de passage, celui-ci n'était pas sur son bien à elle, mais sur celui de M. Wylie. Le juge a rendu une ordonnance interdisant à M. McCarron et à M^{me} Wood de passer sur le bien de M^{me} Gillespie, mais il a rejeté toutes les autres prétentions faites dans sa demande

reconventionnelle, dont celle selon laquelle il y avait eu, lorsque les Logan ont enregistré leur bien sous le régime d'enregistrement des titres fonciers, [TRADUCTION] « un certain nombre de transgressions ou, du moins, d'erreurs, qui ont été commises et qui doivent être corrigées » (par. 40; sous-par. 83 à 89). M^{me} Gillespie a aussi allégué que ces actes comprenaient une [TRADUCTION] « fabrication d'une description [...] et une transition des terres au régime d'enregistrement des titres foncier qui était complètement contraire aux » normes de pratique immobilière. Elle a affirmé que le titre des Logan avait été enregistré frauduleusement. Le juge a expressément conclu que l'enregistrement sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier* [TRADUCTION] « n'avait rien de répréhensible » et que la description du droit de passage à cette fin était fidèle à ses descriptions antérieures. Cette décision n'a pas été portée en appel.

[58] Les questions en litige et les éléments de preuve présentés lors du procès tenu en 2018 dans l'action dans laquelle on revendiquait un droit de passage sur le bien de M. Wylie étaient généralement les mêmes que dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*. De plus, par souci de clarté, l'emplacement physique du droit de passage revendiqué sur la terre de M. Wylie est le même que celui qui est revendiqué dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*. Au moment de l'instruction de l'action contre M. Wylie, le parcours ou l'emplacement de la voie d'accès pour autos était clairement indiqué dans le plan d'arpentage de M. Daigle. La voie d'accès pour autos commence à la barrière donnant sur l'allée Vacation et continue jusqu'à ce qu'elle passe entre les arbres montrés sur la limite nord du bien de M. McCarron et M^{me} Wood. Le juge de première instance a déclaré que M. McCarron et M^{me} Wood ont un droit de passage sur le bien de M. Wylie, droit qui traverse la voie d'accès pour autos existante qui est indiquée sur le plan d'arpentage de M. Daigle. En reconnaissant que cela signifierait que la voie d'accès pour autos serait utilisée par les trois propriétaires, le juge a également tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Je crois qu'il est raisonnable qu'une clôture ou une barrière soit entretenue conjointement par les [propriétaires des] trois numéros de voirie afin de garantir un certain degré de protection ou de sécurité. Toutefois, une clé permettant

d'ouvrir la clôture ou la barrière devra immédiatement être remise à M. McCarron et M^{me} Wood.

On a fait grand cas des effets de l'érosion sur les numéros de voirie 21 et 23. **Il a été soutenu que le numéro de voirie 21 est maintenant une très petite parcelle de terrain. Il suffit de dire que cette question sera examinée à une autre occasion, mais j'ai conclu qu'un droit de passage existe sur le numéro de voirie 21,** comme l'exposent les présents motifs. [par. 41 et 42]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

III. Moyens d'appel

[59] À l'appui de sa demande présentée à notre Cour pour qu'elle infirme la décision du juge de première instance et déclare qu'il n'existe aucun droit de passage traversant son bien ou, subsidiairement, ordonne la tenue d'un nouveau procès, M. Wylie énumère un certain nombre de moyens d'appel, que je résumerais et reformulerais comme soutenant que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il :

- A. ne s'est pas récusé, compte tenu des décisions qu'il a rendues dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*;
- B. a donné à la preuve une interprétation erronée et a décidé qu'il existait un accès continu et de longue date, qui établissait un droit de passage par prescription et au titre de la *Loi sur les servitudes*, L.R.N.-B. 2011, ch. 143, y compris en :
 - 1. concluant à l'existence d'un accès continu depuis 85 ans au bien Logan/McCarron/Wood, comme en témoigne l'aplatissement des racines des arbres entre lesquels passe la voie d'accès pour autos existante,
 - 2. ne tenant pas compte des éléments de preuve selon lesquels l'accès emprunté par les Logan s'est continuellement déplacé au fil des années,

3. ne tenant pas compte d'éléments de preuve établissant que les Logan ont exercé leur accès sur consentement ou entente, comme l'a reconnu M. Logan lorsqu'il a indiqué que M. McCarron pouvait seulement accéder à son chalet [TRADUCTION] « grâce à la gentillesse de M^{me} Gillespie »;
- C. déterminant que le droit de passage se situe sur la voie d'accès pour autos existante et ne tenant pas compte d'éléments de preuve établissant que la voie d'accès pour autos existante se situe sur le bien de M^{me} Gillespie et non sur celui de M. Wylie;
- D. déterminant que le droit de passage se situe sur la voie d'accès pour autos existante, à savoir la même voie d'accès pour autos qui, selon la décision du juge dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*, traverse la terre de M^{me} Gillespie (et qu'il a interdit par ordonnance à M. McCarron et M^{me} Wood d'emprunter);
- E. ne tenant pas compte d'éléments de preuve, y compris celle de Terrain Group, qui établissaient que le chalet de M. McCarron et M^{me} Wood ne se situe pas sur leur terre et, par conséquent, qu'ils ne sont pas titulaires d'un fonds dominant qui profite du passage;
- F. ne concluant pas qu'une fraude a été commise lors de la transition du bien des Logan et du droit de passage au régime d'enregistrement des titres fonciers.

IV. Analyse

A. *Récusation*

[60] M. Wylie soutient que le juge a commis une erreur lorsqu'il a rejeté sa motion en récusation. M. Wylie a expliqué à notre Cour que sa demande était fondée sur le fait qu'il croyait que le juge avait déjà pris la décision qu'il existait un droit de passage sur son bien étant donné qu'il avait déclaré, dans *McCarron c. Gillespie* : [TRADUCTION] « Le droit de passage, à mon avis, se situe sur le bien au numéro de voirie 23 » (par. 41). Le numéro de voirie 23 est le bien de M. Wylie.

[61] La première difficulté que pose la prétention de M. Wylie est que la déclaration qu'il a soulevée est isolée de son contexte et ne constitue pas une représentation exacte de la décision du juge. Les motifs du juge répondent à la fois à la demande de M. McCarron et de M^{me} Wood et à la demande reconventionnelle formulée par M^{me} Gillespie. En rejetant la prétention selon laquelle il existait un droit de passage sur le bien de M^{me} Gillespie, le juge a déclaré : [TRADUCTION] « J'accepte la preuve qui a été présentée à la Cour selon laquelle, s'il existe un droit de passage, celui-ci traverse "la partie arrière des terres susmentionnées, qui appart[enaient] à M^{me} Marjorie Beatrice Wry" » (par. 35) (je souligne). Le juge n'a pas tranché la question de savoir si un droit de passage existait. Il a tout simplement conclu que la preuve n'établissait pas qu'un tel droit se situait sur le bien de M^{me} Gillespie.

[62] C'est lorsque le juge a par la suite traité de la demande reconventionnelle de M^{me} Gillespie qu'il a fait la déclaration soulevée par M. Wylie. Pour remettre les propos du juge dans leur contexte, j'examinerai tout d'abord le paragraphe précédent :

[TRADUCTION]

Ayant conclu que le **prétendu droit de passage** ne touche pas le numéro de voirie 19 [le bien de M^{me} Gillespie], je dois me pencher sur les questions soulevées par Margaret Gillespie. [par. 40]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[63] Le paragraphe suivant contient la déclaration soulevée par M. Wylie et fournit aussi une mise en contexte importante :

[TRADUCTION]

J'ai conclu que le prétendu droit de passage ne se situe pas sur le bien de M^{me} Gillespie. Le droit de passage, à mon avis, se situe sur le bien au numéro de voirie 23. Par conséquent, M^{me} Gillespie n'a aucun droit d'action sous le régime d'enregistrement des titres fonciers. Je ne rends aucunement une décision quant à l'enregistrement de l'acte de transfert en faveur de M. McCarron sous le régime d'enregistrement des titres fonciers ni quant au dépôt de l'acte de transfert des Logan à eux-mêmes, sauf pour tirer une conclusion relativement à l'emplacement du droit de passage menant au numéro de voirie 21 [le bien de M. McCarron]. [par. 41]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[64] À mon avis, il est évident que le fondement exprimé de la préoccupation de M. Wylie, c'est-à-dire que le juge avait déjà décidé que le droit de passage se situait sur son bien, découle d'une interprétation erronée de cette décision. Toutefois, l'affaire ne s'arrête pas là.

[65] Il ne fait aucun doute que le juge s'est penché sur le bon critère juridique et il ne s'agit pas d'une question soulevée en appel. En effet, le juge a fourni aux parties des copies des décisions sur lesquelles il s'est appuyé pour orienter son analyse. Les principes pertinents ont fait l'objet d'une explication complète par le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Bossé et autres c. Lavigne*, 2015 NBCA 54, 440 R.N.-B. (2^e) 118 :

- 1) L'impartialité est « l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis », alors que la partialité « dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions » : *S. (R.D.)*, aux par. 104 et 105;
- 2) Hormis quelques exceptions, soit en cas de nécessité, les juges ont l'obligation tant déontologique que juridique de ne pas juger les affaires qu'ils se sentent incapables de juger de façon impartiale et celles à l'égard desquelles une personne raisonnable, impartiale

et bien renseignée aurait raison de soupçonner l'existence d'un conflit;

- 3) L'analyse est « intrinsèquement contextuelle » et « dépend énormément des faits propres à chaque affaire » : *Commission scolaire francophone du Yukon*, au par. 26 et *Wewaykum*, au par. 77;
- 4) La conviction d'un juge qu'il sera incapable de juger de façon impartiale connote un critère subjectif. C'est une décision que le juge prend en se demandant s'il serait capable de juger de façon impartiale. S'il répond par la négative, la récusation suit généralement;
- 5) Bien que la décision subjective du juge selon laquelle il ne serait **pas** capable de juger de façon impartiale entraîne habituellement la récusation, la décision contraire n'entraîne pas toujours le rejet de la motion en récusation;
- 6) Lorsqu'il a déterminé qu'il serait en mesure de juger d'une façon impartiale, le juge doit ensuite se demander s'il existe néanmoins une crainte raisonnable de partialité;
- 7) Pour déterminer s'il existerait une crainte raisonnable de partialité, le juge doit se poser la question suivante : « [U]ne personne raisonnable et bien renseignée qui étudierait la situation en profondeur et de façon "pratique et réaliste" serait-elle d'avis que, "selon toute vraisemblance, le [ou la juge], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste"? » : *Gaudet*, au par. 3, où l'on cite *Committee for Justice and Liberty*, au par. 40;
- 8) Les éléments de ce critère objectif sont les suivants : (1) la personne qui examine l'allégation de partialité doit être une personne raisonnable, pas une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne, mais plutôt une personne sensée; (2) il doit s'agir d'une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes; (3) la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l'affaire; (4) la situation doit être examinée en profondeur, pas seulement d'une façon superficielle, et l'examen doit être fait de façon réaliste et pratique; (5) l'analyse

commence par une forte présomption d'impartialité judiciaire et vise à déterminer si celle-ci a été réfutée à telle enseigne que la crainte que le juge ne rende pas une décision juste sur le fond est une réelle probabilité;

9) On s'attend à ce que la personne bien renseignée soit notamment au courant « des traditions historiques d'intégrité et d'impartialité, et consciente aussi du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter » : *R. c. Elrick*, au par. 14, cité dans *S. (R.D.)*, au par. 111;

10) Les motifs qui sous-tendent la crainte raisonnable de partialité doivent être substantiels et la preuve qui l'établit doit être solide; le critère applicable est rigoureux et la charge d'établir la partialité incombe à celui qui formule l'allégation de partialité; « [l]es motifs qui sous-tendent la crainte de partialité doivent être d'une gravité telle qu'ils réfutent la forte présomption que le ou la juge respectera son serment d'office et "[tranchera] le litige équitablement à la lumière de ses circonstances propres" » : *Gaudet*, au par. 5, citant un passage de *United States c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), à la p. 421, que la Cour a cité, en marquant son approbation, dans l'arrêt *S. (R.D.)*; ou, autrement dit, « [p]uisqu'il y a une forte présomption d'impartialité judiciaire qui n'est pas facilement réfutable [...], le critère servant à déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité exige une "réelle probabilité de partialité" » : *Commission scolaire francophone du Yukon*, au par. 25. [par. 7]

[Le soulignement est dans l'original.]

[66] La motion en récusation a été présentée au début du procès et a été rejetée séance tenante. Le juge a fourni dans ses motifs écrits un court résumé des événements, mais la transcription du procès contient l'explication complète des motifs du juge pour le rejet de la requête de M. Wylie. Après avoir entendu les observations des parties, il a indiqué qu'il avait le devoir d'entendre toute la preuve et de se fonder sur celle-ci pour trancher les questions de manière impartiale. Le juge était conscient du fait qu'une récusation est exigée lorsqu'un juge est incapable d'instruire une affaire de façon impartiale ou lorsqu'il existe une crainte raisonnable de partialité. Il a conclu que les circonstances exigeant la récusation n'étaient pas présentes. Je suis d'avis qu'il n'existe

dans cette décision aucune erreur susceptible de révision, et certainement aucune erreur qui découlerait de l'interprétation par M. Wylie des conclusions du juge dans la poursuite intentée contre M^{me} Gillespie.

B. *L'interprétation erronée de la preuve de l'accès*

[67] M. Wylie soutient que le juge a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son appréciation de la preuve, ce qui l'a mené à conclure, à tort, que [TRADUCTION] « les exigences en droit et sous le régime de la *Loi sur les servitudes* visant l'établissement d'un droit de passage et ont été respectées ».

[68] Les motifs que le juge a donnés à l'appui de cette décision sont les suivants :

[TRADUCTION]

Un passage a été accordé au numéro de voirie 21, ce qui est tout à l'honneur des propriétaires des numéros de voirie 23 et 19. Ce passage a existé pendant de nombreuses années. Les témoignages d'un certain nombre de témoins confirment l'existence du droit de passage. Les photos aériennes montrent l'accès aux numéros de voirie 21 et 23 montré dans les photos aériennes de 1934, accès qui s'est poursuivi tout au long de la période en cause, comme l'indique le témoignage de M. Speight, au paragraphe 20 : [TRADUCTION] « L'accès au numéro de voirie 21 est compatible avec celui que montre la photo précédente, qui date de 1982. [...] » De même, en 2001 : [TRADUCTION] « Les accès aux numéros de voirie 19, 21 et 23 partent tous du même point sur l'allée Vacation. »

Les photos aériennes confirment le plan d'arpentage de M. Daigle, qui se trouve au paragraphe 18. Tout au long de l'entière période, de 1993 à aujourd'hui, les parties se sont servies de l'accès indiqué sur le plan de M. Daigle. La preuve a montré qu'à l'occasion, l'accès était bloqué soit par M^{me} Gillespie soit par M. Wylie, mais cela s'est seulement produit après la vente du numéro de voirie 21 à M. McCarron et M^{me} Wood en 2004, c'est-à-dire environ 70 ans après la remise des actes de transfert initiaux.

M. McCarron et M^{me} Wood ont affirmé que si la barrière était fermée, ils devaient se rendre à leur chalet à pied en transportant leurs effets personnels, leurs articles d'épicerie ou autres objets essentiels.

Les paragraphes 2(1) et 2(2) de la *Loi sur les servitudes* prévoient ce qui suit :

2(1) Nulle revendication qui peut être légalement faite en common law en vertu d'une coutume, d'une prescription ou d'une concession, relativement à un droit de passage ou autre servitude, ou à tout cours d'eau ou à l'usage de toutes eaux provenant de tout bien-fonds ou de toutes eaux de la Couronne ou appartenant à toute personne ne peut, si la personne qui prétend y avoir droit a réellement eu, sans interruption, la jouissance de ce droit de passage ou de ces autres choses pendant une période complète de vingt ans, être annulée ou anéantie en prouvant seulement que ce droit de passage ou ces autres choses ont d'abord fait l'objet d'un usage à une époque antérieure à la période de vingt ans; cette revendication peut néanmoins être annulée de toute autre façon dont elle peut l'être maintenant.

2(2) Si ce droit de passage ou ces autres choses ont ainsi fait l'objet d'un usage pendant une période complète de quarante ans, ce droit de passage ou ce droit à ces autres choses est réputé absolu et inattaquable, sauf s'il appert que ce droit de passage ou ces autres choses ont fait l'objet d'un usage en vertu d'un consentement donné ou d'une convention passée expressément à cette fin au moyen d'un acte de transfert ou d'un écrit.

Je crois qu'avec les 85 années environ qui se sont écoulées pendant lesquelles un droit de passage était exercé, ce qui est confirmé par l'aplatissement des racines des arbres près du chalet sur le numéro de voirie 21, les exigences prévues par le droit pour établir l'existence d'un droit de passage et celles prévues par la *Loi sur les servitudes* ont été remplies.

En plus de ce qui précède, nous avons une confirmation et une garantie de titre conformément à la législation en matière d'enregistrement foncier, et le certificat de propriété enregistrée (CPE) qui a été délivré, qui prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

De même qu'un droit de passage à partir du chemin principal jusqu'au bien décrit ci-dessus, par l'entremise d'une allée existante menant du chemin principal à la côte de la baie Verte et passant par l'arrière des terres appartenant actuellement ou anciennement à Marjorie Beatrice Wry mentionnées dans un acte de transfert de John McLeod Ra[y]worth et Charlotte McGregor Ra[y]worth, son épouse, en faveur de Clarissa Jean Logan, daté du 8 août 1933 et enregistré au bureau [...]

Tous ces éléments, examinés ensemble, m'ont convaincu qu'il existe à présent un droit de passage, comme l'indique le plan de M. Daigle, arpenteur-géomètre, à la pièce P-5. Ce droit de passage se rapporte précisément au numéro de voirie 21, sur l'allée Vacation, et accorde aux propriétaires actuels et à leurs héritiers et successeurs le droit de conduire à leur chalet et d'en revenir, droit qui s'étend également à leurs invités et aux personnes assurant la prestation de services. [par. 35 à 40]

[Le soulignement est dans l'original.]

[69] Il importe de souligner qu'il n'y a aucun différend quant au droit applicable. M. Wylie ne conteste pas les principes juridiques dégagés et appliqués par le juge de première instance. Il soutient que le juge a commis des erreurs dans son appréciation de la preuve.

(1) Un passage emprunté depuis 85 ans selon les racines d'arbres aplaties

[70] M. Wylie a raison : la preuve n'indique pas qu'il existe, depuis 85 ans, un accès non contesté au bien de M. McCarron et M^{me} Wood. Le droit de M. McCarron et M^{me} Wood d'exercer un accès sur la voie d'accès pour autos a été contesté depuis la première fois qu'ils l'ont utilisée en septembre 2004. Cela a été reconnu par le juge de

première instance. Toutefois, la preuve ayant trait à l'accès exercé au cours des 70 années précédentes est une autre histoire et sera traitée ci-dessous. En effet, c'est l'élément crucial de ce moyen d'appel.

[71] M. Wylie a aussi raison sur un autre point. La preuve de racines d'arbres aplaties à l'endroit où la voie d'accès pour autos passe entre deux arbres (comme il est indiqué sur le plan d'arpentage de M. Daigle) n'établit pas que ce passage est emprunté depuis 85 ans. Toutefois, M. Wylie se trompe s'il laisse entendre que le juge a mentionné que cette preuve indiquait que l'accès des Logan passait entre ces arbres depuis 85 ans, ou même 70 ans. Premièrement, M. Daigle a témoigné que les racines d'arbres aplaties indiquaient qu'on passait sur elles depuis environ 20 à 30 ans. Deuxièmement, le juge a clairement reconnu que l'emplacement de l'accès des Logan a changé au fil des années, ce sur quoi les parties s'entendent.

(2) Ne pas tenir compte de la preuve du déplacement continu de l'accès des Logan

[72] M. Wylie laisse entendre que le juge n'a pas tenu compte du fait que l'emplacement de l'accès des Logan a changé. Comme il a été mentionné ci-dessus, cela n'est pas le cas. M. Wylie n'affirme pas expressément que le déplacement de l'accès des Logan complique le calcul de la durée de l'usage d'un passage ou porte atteinte à toute autre exigence quant à l'établissement d'un droit de passage par prescription. Si cela fait partie de ses prétentions, je ne partage pas son avis. Comme l'a affirmé à juste titre le juge de première instance dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*, un changement convenu quant à l'emplacement d'un droit de passage n'a aucun effet sur la durée de son usage et n'a pas par ailleurs pour effet d'y mettre fin. Le juge a repris le passage suivant de l'ouvrage *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 2^e éd., vol. 2 (Aurora, Ont. : Canada Law Book Inc., 1985) d'A.H. Oosterhoff et W.B. Rayner, dir. :

[TRADUCTION]

Lorsque le propriétaire d'un fonds dominant et celui d'un fonds servant acceptent de modifier le parcours d'un droit

de passage durant la période de prescription de sorte à donner un nouveau trajet au parcours initial, le parcours initial et le parcours de remplacement seront considérés comme un seul parcours si les deux sont employés de plein droit par la même personne. Les périodes d'emploi seront additionnées en vue de l'établissement d'un droit de passage par prescription sur le fonds servant. [p. 950]

(3) La preuve de l'usage et le défaut de tenir compte de la preuve selon laquelle l'accès a été exercé sur consentement ou entente

[73] Bien que les motifs du juge ne présentent pas une appréciation exhaustive de la preuve se rapportant à l'usage par les Logan, il n'y a aucune erreur justifiant l'information de la conclusion du juge selon laquelle cet exercice satisferait aux exigences de l'établissement d'un droit de passage. Dans l'ouvrage *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 3^e éd., vol. 2, feuilles mobiles (Toronto : Thomson Reuters Canada Limited, 2019) d'Anne Warner La Forest, dir., le caractère de l'usage nécessaire pour établir un droit acquis par prescription est résumé de façon concise :

[TRADUCTION]

Les caractéristiques que la common law attribue à l'usage et à la jouissance acquises par prescription n'ont pas été modifiées par une loi. Afin de revendiquer une servitude acquise par prescription, il faut établir un usage de plein droit, c'est-à-dire, un usage qui se fait ouvertement, sans consentement au moment donné, et sans interruption, à la fois de la manière et pour la durée exigées par la loi. Toutefois, le propriétaire du terrain sur lequel une servitude acquise par prescription est revendiquée doit avoir été au courant de l'usage et y avoir consenti. De plus, [TRADUCTION] « [s]i l'usage ou l'activité est permissif ou autorisé par la loi, il ne peut y avoir consentement par le propriétaire du fonds servant ». [p. 17-15 et 17-16]

[74] Les photos aériennes, et les témoignages d'opinion fondés sur celles-ci, établissent clairement que Clarissa Logan a utilisé ouvertement et continuellement l'accès à son emplacement initial pendant un minimum de 36 ans, à savoir la période qui s'est écoulée entre les photos de 1935 et de 1971. En effet, la preuve dans son ensemble étaye

la conclusion selon laquelle il est plus probable qu'improbable que la période soit supérieure à 40 ans, de 1933 jusqu'à un moment donné entre 1972 et 1976, période au cours de laquelle le parcours de l'accès utilisé par M^{me} Logan aurait été déplacé pour la première fois, selon les notes inscrites sur le plan de Pettipas.

[75] La preuve étaye aussi la conclusion selon laquelle l'exercice de l'accès à cet endroit, c'est-à-dire sur la partie arrière de la propriété de Marjorie B. Wry, était de plein droit. Comme l'indique la photo prise en 1935, M^{me} Logan et M^{me} Wry ont construit leurs chalets très près l'un de l'autre dans les deux ans qui ont suivi les actes de transfert de 1933, et M^{me} Logan accédait à son bien en traversant derrière le chalet de M^{me} Wry – sur la partie arrière du bien de M^{me} Wry, conformément à la description donnée dans la concession du droit de passage.

[76] Même si l'on présume que la concession du droit de passage n'avait pas pour effet de grever les biens-fonds de M^{me} Wry, son existence est loin d'être sans pertinence dans l'appréciation de la preuve concernant l'accès de M^{me} Logan en traversant le bien de M^{me} Wry durant cette première période. Ni M^{me} Logan ni M^{me} Wry n'avait enregistré son acte de transfert; ce n'est qu'en 1938 que M^{me} Wry a enregistré le sien. Étant donné les circonstances, y compris le fait que les deux actes de transfert ont été signés le même jour, le juge a conclu que les Rayworth avaient eu l'intention de concéder un droit de passage à M^{me} Logan et que c'était par erreur qu'il n'avait pas expressément assujéti l'acte de transfert en faveur de M^{me} Wry au droit de passage concédé à M^{me} Logan. Même si une telle conclusion peut ne pas être déterminante en ce qui concerne la validité de la concession ni permettre une rectification, et même si le juge n'a pas pris une telle décision, il est difficile de réfuter sa conclusion et l'existence de la concession elle-même est un élément pertinent du contexte. Le fait que M^{me} Logan était titulaire d'une nouvelle concession non ambiguë et qu'elle exerçait un accès qui était conforme à celle-ci confère un caractère convaincant à l'affirmation voulant que le passage qui lui avait été concédé fût différent de la situation d'une personne qui n'a aucune apparence d'un droit lui permettant de traverser ouvertement le bien d'une autre

personne – une intrusion sur un nouveau bien qu'on pourrait s'attendre de voir contestée en l'absence de consentement ou d'entente.

[77] Après que Marjorie B. Wry a éloigné son chalet de la côte (à un moment donné avant la photo de 1945) pour le déplacer à l'endroit désigné, sur le plan d'arpentage de M. Daigle, [TRADUCTION] « Bâtiment 1963 », l'accès de M^{me} Logan se faisait toujours au même endroit. Toutefois, après ce déplacement, elle passait devant le chalet de M^{me} Wry, entre celui-ci et la côte. Un tel accès – sur une propriété de vacances donnant sur l'eau – semble plutôt remarquable en soi. Étant donné que le chalet de M^{me} Wry avait été reculé suffisamment loin vers le nord pour se situer hors de son bien, du moins partiellement (selon celle des opinions des arpenteurs-géomètres que l'on retient), si l'accès de M^{me} Logan avait aussi été déplacé vers le nord de sorte à se situer à l'arrière du chalet donnant sur l'eau de M^{me} Wry, elle ne passerait plus sur le bien de cette dernière, mais plutôt sur celui des Rayworth, à travers leur champ. Cela ne s'est pas produit et il n'y a aucune preuve indiquant que M^{me} Logan ait été contrainte, en raison de la concession que l'on pourrait dire inopérante d'un droit de passage, de demander ou d'exercer un droit de passage de nécessité sur la terre des Rayworth, les concédants.

[78] M. Wylie ne soutient pas que M^{me} Wry ait consenti à l'accès exercé par M^{me} Logan, par écrit ou autrement, et il n'existe aucun élément de preuve à l'appui d'une telle proposition. Rien dans la preuve n'indique que M^{me} Logan n'ait pas exercé cet accès ouvertement, sans entrave ou contestation de la part de M^{me} Wry. La preuve, y compris l'affirmation solennelle de M. Logan souscrite en juin 2004, va dans le sens contraire. Elle indique qu'il ne connaissait [TRADUCTION] « aucune revendication ou entrave de la part de quiconque quant à la propriété et à l'occupation par ma mère du droit de passage pendant la période où elle était propriétaire du bien ». Dans la même veine, M. Logan a expliqué, en réponse à des questions posées par M^{me} McQuade en août 2006, deux ans après la vente : [TRADUCTION] « Pendant de nombreuses années, nous n'avions aucun problème lorsque nous traversions derrière le chalet de M^{me} Wry, et même devant celui-ci lorsqu'ils l'ont reculé. » Il ne fait aucun doute que M. Logan parle de l'accès dans son emplacement initial, de 1933 jusqu'à entre 1972 et 1976.

[79] La preuve a établi, selon la prépondérance des probabilités, que l'accès de Clarissa Logan sur l'arrière du bien de Marjorie B. Wry avait été exercé de plein droit durant une période approximative de 40 ans. De plus, le dossier étaye la conclusion selon laquelle cet accès s'est poursuivi jusqu'à ce que Ralph et Elizabeth Logan vendent le bien en 2004, malgré le fait que l'emplacement de cet accès ait été déplacé deux fois : la première fois entre 1972 et 1976, la seconde, en 1986.

[80] Le premier déplacement, entre 1972 et 1976, est montré sur la photo aérienne de 1982. M^{me} Logan a déplacé son chalet et l'accès vers le nord, le parcours tracé par l'accès passant derrière le chalet de M^{me} Wry (au nord de l'emplacement du [TRADUCTION] « Bâtiment 1963 »). Étant donné que M^{me} Wry avait ajouté une bande de terre de 50 pieds à l'arrière de son bien en 1963, M^{me} Logan pouvait alors traverser le bien de M^{me} Wry en passant derrière son chalet. L'accès de M^{me} Logan est resté à cet endroit jusqu'en 1986.

[81] M. Wylie ne fait pas valoir que l'accès de M^{me} Logan à son second emplacement avait été contesté ou exercé avec la permission de M^{me} Wry. M. Wylie n'a présenté pratiquement aucune preuve ayant trait à l'accès à cet emplacement. M^{me} McQuade a témoigné qu'elle se rendait dans cette région chaque été depuis à peu près son huitième anniversaire, vers 1956. Toutefois, elle se rappelle seulement que les Logan accédaient à leur chalet en conduisant au nord du chalet de M^{me} Wry et de M. Wylie (derrière celui-ci), et elle a témoigné qu'elle n'avait jamais vu quiconque traverser au sud de ce chalet. M^{me} McQuade n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que le déplacement de l'accès de M^{me} Logan vers cet emplacement avait été fait sans l'accord de M^{me} Wry (ou de Doris Wylie, si le déplacement avait eu lieu après 1976), et elle n'a pas non plus laissé entendre que l'accès de M^{me} Logan avait été contesté par M^{me} Wry, Doris Wylie ou, plus tard, M. Wylie, qui a acquis le bien en 1982. Personne n'a laissé supposer que l'accès avait été exercé grâce à une permission. M. McQuade n'a présenté aucun élément de preuve quant à l'accès à cet emplacement. Ce n'est pas parce qu'il n'était pas au courant de cet accès : comme l'a témoigné M. McCarron, M. McQuade

lui a montré l'emplacement de l'accès des Logan avant qu'il soit déplacé à la voie d'accès pour autos partagée.

[82] Pour résumer, avant que l'accès de M^{me} Logan soit déplacé à la voie d'accès pour autos partagée, il était demeuré sur le bien de M^{me} Wry et de M. Wylie pendant 53 ans, soit de 1933 à 1986, sans aucun changement, mis à part un seul dans son parcours.

[83] La question de savoir si la voie d'accès pour autos partagée traverse le bien de M^{me} Gillespie ou celui de M. Wylie sera mise de côté pour l'instant et sera tranchée dans la prochaine partie des présents motifs.

[84] À condition que la voie d'accès pour autos partagée soit sur le bien de M. Wylie, il n'y a aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'accès des Logan s'est poursuivi sur le bien de M. Wylie, sans interruption, de 1933 à 2004.

[85] Il y a étonnamment peu d'éléments de preuve quant aux circonstances du déplacement en 1986 vers la voie d'accès pour autos partagée. La photo aérienne de 1996 montre que les Logan partageaient la voie d'accès pour autos avec M. Wylie et M^{me} Gillespie. Elle montre aussi que M. Wylie avait déplacé son chalet vers le nord sur une distance de 50 pieds. Étant donné l'emplacement de l'ancien accès de M^{me} Logan (à savoir près du nouvel emplacement du chalet de M. Wylie, comme l'a indiqué M. McQuade à M. McCarron), il va de soi que, en l'absence de preuve du contraire, le déplacement du chalet de M. Wylie vers le nord exigeait le déplacement de l'accès de M^{me} Logan plus loin au nord. M. Wylie n'a pas soutenu que l'accès des Logan n'avait pas été déplacé en réponse au déplacement de son chalet, et il n'a présenté aucune preuve à cet effet non plus. Même si M^{me} McQuade a visité la région chaque année depuis 1956 (et qu'elle y possède son propre chalet), ni elle ni M. McQuade n'ont présenté d'éléments de preuve, à l'interrogatoire principal ou au contre-interrogatoire, quant au moment où M. Wylie a déplacé son chalet ou quant à la raison pour laquelle l'accès des Logan a été

déplacé vers la voie d'accès pour autos partagée. Il n'y avait aucune preuve indiquant que M^{me} Logan avait demandé de faire déplacer son accès ou qu'elle préférait ce nouvel emplacement.

[86] Ni M^{me} McQuade ni son époux n'ont témoigné sur ce qu'ils savaient à propos d'une éventuelle entente entre les Logan et M. Wylie ou Margaret Gillespie, ou les deux, au sujet de l'utilisation de la voie d'accès pour autos partagée, sauf pour dire que les Logan n'avaient pas le droit de traverser le bien de M^{me} Gillespie, mais qu'on leur avait permis d'utiliser la voie d'accès pour autos partagée à condition qu'elle ne soit pas mouillée. Rappelons-nous que M^{me} McQuade a témoigné qu'elle ne savait pas où se situait la limite séparant le bien de M. Wylie de celui de M^{me} Gillespie.

[87] M. Wylie affirme que, après le déplacement de l'accès des Logan vers la voie d'accès pour autos partagée, ces derniers n'avaient pas de droit de passage et savaient qu'ils avaient besoin de la permission de M^{me} Gillespie pour se servir de la voie d'accès pour autos. Selon M. Wylie, ce fait est prouvé par l'aveu que M. Logan a fait à M^{me} McQuade : M. McCarron pouvait seulement accéder à son chalet [TRADUCTION] « grâce à la gentillesse de M^{me} Gillespie ».

[88] Cette déclaration ne peut être interprétée comme un aveu selon lequel les Logan n'avaient aucun droit de passage jusqu'à leur bien après qu'ils ont commencé à se servir de la voie d'accès pour autos partagée. Premièrement, cette déclaration, en plus d'être isolée de son contexte, est incompatible avec les lettres antérieures que M. Logan a envoyées à M^{me} Gillespie en 2002 et en 2003. Deuxièmement, la croyance de M. Logan selon laquelle la voie d'accès pour autos traversait le bien de M^{me} Gillespie, du moins en partie, est sans conséquence puisque le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que la voie d'accès pour autos traverse le bien de M. Wylie, comme je l'expliquerai plus loin.

[89] Dans la lettre qu'il a fait parvenir à M^{me} Gillespie en 2002, M. Logan a clairement dit que, pour éviter de devoir [TRADUCTION] « réactiver la concession

originale d'un droit de passage traversant » le bien de M^{me} Wylie, il demandait un droit de passage [TRADUCTION] « sur [le] terrain [de M^{me} Gillespie] ». Il a fait la demande suivante :

[TRADUCTION]

[...] il suffirait que vous envoyiez une lettre dans laquelle vous concédez un droit de passage jusqu'au bien des Logan sur votre terre, entre votre chalet et celui de Jim [M. Wylie]. Il me semble que ce serait la meilleure solution à notre problème de droit de passage **puisque'il n'exige pas que nous réactivions la concession originale d'un droit de passage traversant le bien de Jim [M. Wylie].**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[90] Il a plus tard offert de verser de l'argent à M^{me} Gillespie en échange d'une reconnaissance d'un droit de passage sur son bien afin d'éviter la proposition [TRADUCTION] « coûteu[se] » de [TRADUCTION] « [s]e rendre devant les tribunaux pour obtenir un accès ». Les deux lettres indiquent que des efforts ont été déployés pour officialiser l'accès que sa mère et lui utilisaient depuis 1986, sans avoir à mettre à exécution son droit d'accès sur le bien de M. Wylie et, possiblement, sur la voie d'accès pour autos partagée. M. Logan a expressément mentionné la concession de son droit de passage et, au moment où il a présenté ses demandes, les Logan accédaient à leur bien depuis 69 ans. Il semblerait que M. Logan a plus tard appris de M. Wylie que l'acte de transfert en faveur de Marjorie Wry n'avait pas été assujéti à la concession. Ce fait ressort du même courriel que M. Logan a envoyé en août 2006 à M^{me} McQuade, que M. Wylie invoque pour établir l'aveu de M. Logan :

[TRADUCTION]

John Rayworth a vendu la terre à mes parents – l'acte de transfert la visant prévoyait notamment un droit de passage à l'arrière du chalet de M^{me} Wry. Sonny [M. McCarron] a presque certainement cet acte formaliste.

Cela dit, plus tard, lorsque M. Rayworth a vendu la terre à M^{me} Wry, le droit de passage n'a pas été inclus dans son acte de transfert. **Il s'agit certainement d'un oubli – un oubli dont nous n'étions pas au courant pendant**

longtemps. Je pense que nous nous en sommes seulement rendu compte lors de nos discussions avec Jim [M. Wylie].

Pendant de nombreuses années, nous n'avions aucun problème lorsque nous traversions derrière le chalet de M^{me} Wry, et même devant celui-ci lorsqu'ils l'ont reculé.

J'espère que cela clarifie les choses.

Comme je ne suis pas avocat, toute opinion que je pourrais avoir au sujet d'une résolution de la situation serait peu utile. Cela dit, voici ce que je pense :

Sonny [M. McCarron] ne semble pas avoir de droit de passage légitime – et il traverse la terre de Margie [M^{me} Gillespie] grâce à la courtoisie de cette dernière. Je ne sais pas ce qui se passerait si elle bloquait cet accès.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[91] La déclaration invoquée par M. Wylie n'est pas un élément de preuve établissant que M. Logan reconnaissait qu'il savait qu'il n'avait aucun droit de passage. Son courriel répète qu'il croyait que la voie d'accès pour autos traversait le bien de M^{me} Gillespie, à tout le moins dans une certaine mesure, et que son droit de passage ne lui donnait pas le droit de traverser celui-ci. Toutefois, il semble que sa croyance était fondée sur un manque de connaissance quant à l'emplacement de la limite. Cela n'est pas étonnant. Comme l'a expliqué M^{me} McQuade, elle ne pouvait pas déterminer l'emplacement de la limite et la famille n'y a pas porté attention après que Doris Wylie est devenue propriétaire des deux biens. Il n'y a rien dans le dossier qui indiquerait pourquoi M. Logan connaîtrait mieux l'emplacement de la limite que les membres de la famille Wylie.

[92] Bref, rien de tout cela n'indique que M. Logan a reconnu qu'il n'avait pas un droit de passage sur le bien de M. Wylie ou qu'il lui avait demandé son consentement. Par suite du déplacement par M. Wylie de son chalet, les Logan ont exercé leur accès sur la voie d'accès pour autos partagée sans problème, accès qui était assorti d'une seule petite condition supplémentaire, à la demande de M^{me} Gillespie : ils ne devaient pas conduire sur

la voie d'accès pour autos lorsque le gazon était mouillé. Le fait que M. Logan comprenait que l'allée traversait, dans une certaine mesure, le bien de M^{me} Gillespie est sans conséquence étant donné la conclusion du juge de première instance selon laquelle la voie d'accès pour autos existante traversait le bien de M. Wylie.

[93] À mon avis, le juge n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que les Logan ont exercé leur accès sur le bien de M. Wylie de façon continue, sans interruption ou contestation, pendant plus de 70 ans, sous réserve seulement de l'affirmation de M. Wylie voulant que la voie d'accès pour autos existante ne traverse pas son bien.

[94] Même s'ils n'ont pas été argumentés en l'espèce ou dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*, les principes de la création d'une servitude par préclusion propriétaire pourraient s'appliquer de sorte à grever la voie d'accès pour autos, qu'elle appartienne à M^{me} Gillespie, à M. Wylie ou aux deux, étant donné l'existence d'éléments de preuve établissant à la fois l'utilisation collective de leurs biens et le déplacement du chalet de M. Wylie qui a entraîné le déplacement de l'accès des Logan. Cela serait particulièrement vrai s'il était décidé que les Logan, en s'appuyant sur le déplacement de leur accès vers la voie d'accès pour autos, avaient renoncé à tout droit de [TRADUCTION] « rétablir » leur droit de passage sur le bien de M. Wylie, pour reprendre la description que M. Logan a donnée de son droit. Aussi, en plus des éléments de preuve indiquant que M^{me} Gillespie et M. Wylie faisaient fi des limites séparant leurs biens et, dans une certaine mesure, qu'ils traitaient ces biens comme s'il s'agissait d'un seul bien, les circonstances du déplacement du chalet de M. Wylie et de l'accès de M^{me} Logan sur ce qu'il affirme être le bien de M^{me} Gillespie, soulèvent la question de savoir si M. Wylie était habilité à lier M^{me} Gillespie ou si M^{me} Gillespie avait tacitement consenti au déplacement du chalet de M. Wylie et de l'accès de M^{me} Logan. Quoiqu'il en soit, rien de tout cela n'est en litige parce que le juge de première instance a jugé que la voie d'accès pour autos existante traverse le bien de M. Wylie et parce que M^{me} Gillespie n'était pas partie à la présente action.

C. *Ne pas tenir compte d'éléments de preuve établissant que la voie d'accès pour autos existante est sur le bien de M^{me} Gillespie et non sur celui de M. Wylie*

[95] Au risque de constater une évidence, une personne ne peut pas concéder un droit de passage sur le bien d'autrui. De même, une entente conclue avec M. Wylie en vue de déplacer l'accès des Logan ne produirait aucun effet et ne grèverait pas le nouvel emplacement si M. Wylie n'était pas propriétaire de ce nouvel emplacement ou s'il n'était pas autrement habilité à grever celui-ci.

[96] M. Wylie soutient que le juge a commis une erreur lorsqu'il n'a pas tenu compte d'éléments de preuve établissant que la voie d'accès pour autos existante ne passe pas sur son bien. Il maintient qu'elle passe sur celui de M^{me} Gillespie. Il s'appuie principalement sur l'opinion de Terrain Group. Le juge a rejeté la position de M. Wylie et a retenu l'opinion de M. Daigle selon laquelle la voie d'accès pour autos existante se situe sur le bien de M. Wylie.

[97] Les divergences d'opinions entre M. Daigle et Terrain Group quant aux limites des lots initiaux de 1933 ne sont pas au centre de l'opinion de M. Daigle sur cette question. Cette divergence d'opinions a mené M. Daigle à placer la limite nord des lots de Marjorie B. Wry tout juste au nord de [TRADUCTION] « l'ancienne plateforme de route ». L'opinion de M. Daigle selon laquelle la voie d'accès pour autos existante traverse le bien de M. Wylie découle de sa conclusion voulant que le bien de M. Wylie s'étende sur une distance de 50 pieds plus au nord, conclusion fondée sur son évaluation de l'utilisation et de l'occupation du bien de M. Wylie. Cette évaluation dépend en grande partie de l'emplacement déterminé par M^{me} Gillespie de la limite sud de son bien. Cette limite est désignée, sur le plan d'arpentage, [TRADUCTION] « Limite de propriété indiquée par Margaret Gillespie ». Elle se situe, comme l'a déterminé M. Daigle, 15 881 mètres plus au nord (du côté est du bien) que la limite nord des lots transportés à M^{me} Wry (la limite est plus loin au nord du côté ouest du bien, mais la distance n'est pas indiquée dans le plan d'arpentage). M. Wylie affirme que son titre ne comprend pas cette terre [TRADUCTION] « supplémentaire ».

[98] Sur cette terre [TRADUCTION] « supplémentaire » se trouve non seulement la voie d'accès pour autos existante, mais aussi le chalet et la remise de M. Wylie. Le chalet est à cet endroit depuis 34 ans, depuis qu'il l'a déplacé en 1986. La remise semble avoir été sur ce terrain depuis environ 75 ans, depuis au moins 1945. Cette preuve est évidente. Le dossier est moins clair quant à la façon dont M. Daigle a déterminé l'emplacement de la limite [TRADUCTION] « indiquée par » M^{me} Gillespie. On peut présumer que c'était à partir de la preuve qu'elle a présentée dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*. Toutefois, on n'a contesté, dans le cadre du procès, ni le fondement de la compréhension de M. Daigle ni le fait qu'il s'y soit fié.

[99] Même si elle n'a pas été invoquée durant le procès, la doctrine des limites conventionnelles aurait pu s'appliquer dans les circonstances de l'espèce, en conséquence tant de ce qui pourrait être déduit des faits établis que de la position expressément prise par M^{me} Gillespie quant à l'emplacement de la limite. Comme l'a expliqué le juge d'appel Drapeau dans l'arrêt *Parlee c. McFarlane* (1999), 210 R.N.-B. (2^e) 284, [1999] A.N.-B. n^o 88 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION]

Nos tribunaux reconnaissent depuis longtemps et donnent effet aux ententes, expresses ou implicites, qui établissent les limites séparant des lots adjacents, même si elles conviennent que leur emplacement peut ne pas se trouver à l'endroit même où se situe la limite établie par les actes de transfert pertinents ou la concession de la Couronne. La doctrine qui donne effet à de telles ententes s'appelle la doctrine des limites conventionnelles. Ses éléments principaux sont exposés de façon exhaustive par le professeur Norman Siebrasse dans son article *The Doctrine of Conventional Lines* (1995), 44 R.D.U.N.-B. 229.

[...]

D'abord, une preuve satisfaisante doit établir qu'une entente a été conclue entre les propriétaires de biens-fonds adjacents pour fixer leur limite. Voir l'article *The Doctrine of Conventional Lines*, précité. Le fardeau de prouver l'existence d'une telle entente incombe à la partie qui l'invoque. Voir *Murray et al. c. McNairn* (1952), 30 M.P.R.

200 (C.A.N.-B.). Ensuite, il est nécessaire de produire une preuve claire de cette entente et d'indiquer l'emplacement précis de la limite. Voir *Miller & Co. c. Clow* (1918), 52 N.S.R. 1 (C.A.). Enfin, une telle entente peut être inférée du comportement ou des déclarations des propriétaires des lots contigus si et seulement si pareille inférence constitue une conséquence logique de faits prouvés ou admis. [par. 32 et 40]

[100] Même s'il n'y avait aucune preuve d'une entente expresse entre M^{me} Gillespie et M. Wylie, dans les circonstances, on pourrait déduire de leur conduite qu'il y avait une entente. M^{me} Gillespie et M. Wylie estiment tous les deux que l'accès des Logan se situe sur la propriété de l'autre. Toutefois, la preuve indiquant qu'ils n'ont pas tenu compte de la limite et qu'ils ont utilisé les deux biens comme s'il ne s'agissait que d'un seul bien donne à penser qu'ils ne se sont pas fiés à l'emplacement réel de la limite et qu'ils sont disposés à donner effet à des considérations d'ordre pratique de sorte à laisser la limite refléter leur usage des deux biens. L'exemple le plus évident est le déplacement par M. Wylie de son chalet sur ce qu'il affirmait, dans son litige, être le bien de M^{me} Gillespie. Il n'y a aucune preuve selon laquelle M^{me} Gillespie a affirmé que le chalet et la remise de son frère sont sur son bien à elle depuis ce déplacement, en 1986. En fait, M^{me} Gillespie a indiqué que la limite se situe au nord du chalet de son frère, comme l'indique le plan d'arpentage de M. Daigle.

[101] Même si M. Wylie affirme que le plan d'arpentage de M. Daigle et la décision du juge quant à l'emplacement de la voie d'accès pour autos existante ne sont pas compatibles avec l'opinion présentée par Terrain Group, cela n'est pas tout à fait exact. Terrain Group a donné son avis sur l'emplacement des limites des lots transportés à M^{me} Wry en 1933 et en 1963; on ne lui a pas demandé de présenter un plan d'arpentage du bien de M. Wylie, et il ne l'a pas fait. C'est Terrain Group qui a posé la question de savoir quelle était l'intention du concédant en ce qui concerne l'emplacement de la parcelle de 50 pieds transportée à M^{me} Wry en 1963, étant donné qu'au moment du transfert, (1) le chalet de M^{me} Wry se trouvait déjà sur la terre du concédant et (2) la parcelle qu'on entendait transporter était utilisée par le concédant pour la récolte du foin. On a laissé entendre que ces deux faits indiquaient une intention de transporter une parcelle ayant une

limite nord qui se situe plus loin au nord. Toutefois, il semble que l'examen de ces facteurs, ou de l'usage et de l'occupation en général, ne relevait pas du mandat confié à Terrain Group.

[102] Je ne peux convenir que le juge n'a pas tenu compte de la preuve, y compris celle de Terrain Group. À mon avis, la conclusion selon laquelle la voie d'accès pour autos existante traverse le bien de M. Wylie ne traduit pas une erreur manifeste et dominante découlant de l'appréciation de la preuve réalisée par le juge.

[103] Le juge a déclaré que M. McCarron et M^{me} Wood [TRADUCTION] « ont un droit de passage sur le numéro de voirie 23, comme il est indiqué sur le plan d'arpentage de M. Daigle ». Le numéro de voirie 23 est le bien de M. Wylie. À strictement parler, cette déclaration englobe la voie d'accès pour autos existante à partir de la barrière donnant sur l'allée Vacation jusqu'à ce qu'elle quitte le bien de M. Wylie en traversant la limite est de ce bien, où elle vire vers le sud pour passer entre les arbres près du bien de M. McCarron et M^{me} Wood. Les parties n'ont pas traité de cet « écart » potentiel en appel. Cela n'est peut-être pas étonnant étant donné que, tant dans l'affaire *McCarron c. Gillespie* qu'en l'espèce, le litige entre les parties et la preuve qu'ils ont présentée portaient principalement sur la partie de la voie d'accès pour autos qui se situe entre la barrière et la limite est du bien de M. Wylie, c'est-à-dire la partie de la voie d'accès pour autos existante qui est aussi utilisée par M^{me} Gillespie et M. Wylie et qui passe entre leurs chalets. M. Wylie n'a aucun intérêt sur le bien-fonds situé à l'est de son bien, et il n'a ni le droit de s'opposer à l'utilisation de la voie d'accès pour autos existante à cet endroit ni la qualité pour le faire.

[104] Seule M^{me} Gillespie pourrait avoir le droit et la qualité nécessaires, et elle n'est pas partie à l'instance. Toutefois, afin de statuer définitivement sur la question, il nous incombe de déterminer ce qui semble être la conséquence des deux décisions pour ce qui est de la voie d'accès pour autos existante, sur toute sa longueur. Le plan d'arpentage de M. Daigle n'indique pas que ce secteur, situé à l'est du bien de M. Wylie, appartient à M^{me} Gillespie, et le dossier ne révèle aucune objection de la part de M^{me} Gillespie à ce que la voie d'accès pour autos à l'est du bien de M. Wylie soit utilisée.

Cela dit, malgré cette incertitude, si M^{me} Gillespie était une partie, il est difficile de concevoir comment elle ne serait pas empêchée, en raison d'une préclusion tacite ou du principe de la chose jugée, de s'opposer à présent à ce que M. McCarron et M^{me} Wood se servent de la voie d'accès pour autos, étant donné qu'elle a affirmé que le droit de passage ne se situe pas sur son terrain à elle (position que le juge de première instance a retenue), et étant donné le rejet de sa demande reconventionnelle en vue d'obtenir la mesure réparatoire suivante : [TRADUCTION] « Une ordonnance portant que les demandeurs sont préclus de revendiquer un droit de passage sur les biens-fonds désignés par le NID 846593 ». Ces biens-fonds comprennent les terrains situés à l'est du bien de M. Wylie, si ce secteur est à elle. M^{me} Gillespie n'a pas interjeté appel du rejet de la demande de mesure réparatoire faite dans sa demande reconventionnelle. Ces observations ne sont pas incompatibles avec l'ordonnance interdictive visant M. McCarron et M^{me} Wood, puisqu'il est évident que l'intention était qu'elle ne s'applique qu'à la partie contestée du bien de M^{me} Gillespie, soit celle qui est attenante à la limite nord du bien de M. Wylie; elle ne s'appliquait pas au bien à l'est du lot de M. Wylie. Cette interprétation s'harmonise à la conclusion du juge selon laquelle le droit de passage [TRADUCTION] « n'est pas sur le bien de Margaret Gillespie ».

[105] Cette question en litige, comme d'autres en l'espèce, indique qu'il est nécessaire que toutes les parties appropriées soient constituées parties à une instance afin d'éviter la multiplicité des actions et d'assurer une solution équitable des instances sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive.

D. *La conclusion selon laquelle un droit de passage existe sur la voie d'accès pour autos existante est incompatible avec la conclusion tirée dans McCarron c. Gillespie selon laquelle la voie d'accès pour autos existante passe sur le bien de M^{me} Gillespie et avec l'ordonnance interdisant à M. McCarron et M^{me} Wood d'utiliser la voie d'accès pour autos*

[106] M. Wylie soutient que la conclusion portant que M. McCarron et M^{me} Wood ont un droit de passage sur la voie d'accès pour autos existante est

incompatible avec l'ordonnance interdictive rendue dans *McCarron c. Gillespie*, qui, selon lui, les empêche d'utiliser cette même voie d'accès pour autos. Malgré le libellé très large de l'ordonnance leur interdisant de traverser sur le terrain de M^{me} Gillespie, M. Wylie affirme qu'elle vise à les empêcher d'utiliser la voie d'accès pour autos qui est maintenant désignée comme la voie d'accès pour autos existante.

[107] Les avocats ont reconnu devant notre Cour qu'une certaine confusion a immédiatement suivi la décision rendue dans l'affaire *McCarron c. Gillespie* et qu'il y a eu des désaccords quant à savoir si l'ordonnance interdictive empêchait M. McCarron et M^{me} Wood de passer sur la voie d'accès pour autos qui était en usage depuis 1986, maintenant désignée comme la voie d'accès pour autos existante.

[108] Il ne fait aucun doute que le droit de passage revendiqué par M. McCarron et M^{me} Wood dans les deux affaires corresponde à la voie d'accès pour autos, ou à l'accès, désignés comme la voie d'accès pour autos existante. La décision rendue dans *McCarron c. Gillespie* l'indique clairement. Par exemple, il est indiqué au par. 38 que le juge a considéré le fait que M^{me} Gillespie avait bloqué la voie d'accès pour autos comme une preuve qu'elle avait porté atteinte aux tentatives de M. McCarron et de M^{me} Wood d'exercer leur accès sur son bien. Malheureusement, le juge ne disposait pas d'un plan d'arpentage clair du droit de passage revendiqué. Je reproduirai les passages clés de l'affaire *McCarron c. Gillespie* portant sur la voie d'accès pour autos et la limite entre les biens de M^{me} Gillespie et de M. Wylie. Ces paragraphes sont aussi pertinents parce qu'on a laissé entendre dans la présente affaire que M^{me} Gillespie avait déterminé l'emplacement de la limite entre son lot et celui de M. Wylie, et qu'elle avait affirmé que la voie d'accès pour autos existante n'est pas sur son bien. Le juge a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

12 Avant d'enregistrer le numéro de voirie 21 sous le régime de la Loi sur l'enregistrement foncier, les Logan avaient envisagé de procéder sous le régime de la Loi sur la validation des titres de propriété. La Loi sur la validation des titres de propriété a été abrogée en 2007. Dans le cadre de la procédure visée par la Loi sur la validation des titres de propriété, un arpentage a été

réalisé par Brian M. Pettipas Survey[s] Ltd., dont le plan est daté du 24 février 2004 et indique le bien des Logan, qu'on a reconnu comme étant désigné par le NID 831735, ou le numéro de voirie 21. Le plan d'arpentage de Pettipas constitue le document 15 de la pièce 2. **Il faut remarquer que M^{me} Gillespie a annoté ce plan avec des stylos de couleurs différentes pour indiquer où elle croyait que les limites se situaient à différentes époques.**

[...]

17 La preuve présentée par les parties laisse entendre qu'il y a un sérieux litige quant à l'emplacement du droit de passage. M^{me} Gillespie dit qu'il n'a jamais été sur son bien, qu'il se situait plutôt sur celui de M^{me} Wry et de M. Wylie. Toutefois, elle a dit que cela ne la dérangeait pas si les McCarron et, avant eux, les Logan, conduisaient sur son bien pour accéder à leur chalet, tant qu'ils ne conduisaient pas sur son gazon lorsqu'il était mouillé de façon à l'endommager. Les McCarron soutiennent qu'il existe un droit de passage, qui est prévu dans l'acte de transfert original visant le bien et qui a été en usage depuis 1933.

[...]

38 Bien que les propriétaires du numéro de voirie 21 aient pu avoir conduit à l'occasion sur les terres appartenant à la défenderesse Margaret Gillespie, les courriels ont établi qu'elle n'avait pas cédé un droit de passage aux demandeurs. La preuve présentée par le demandeur établit aussi que M^{me} Gillespie a bloqué le prétendu droit de passage et qu'elle a mis des barrières en place pour contrôler l'usage de son bien. Tout cela aurait pour effet d'empêcher l'établissement d'un droit de passage par prescription. Je suis convaincu qu'il n'y a pas suffisamment de preuve pour établir un droit de passage par prescription sur le lot de Margaret Gillespie. La preuve apportée par la déclaration solennelle de M. Logan indique qu'il s'est servi du droit de passage menant au numéro de voirie 21 qui se trouvait sur la partie arrière du numéro de voirie 23, lequel appartenait à l'origine à M^{me} Wry, puis aux Wiley [*sic*], et qui comprenait possiblement le lot supplémentaire de 70 pieds.

[...]

41 J'ai conclu que le prétendu droit de passage ne se situe pas sur le bien de M^{me} Gillespie. Le droit de passage, à mon avis, se situe sur le bien au numéro de voirie 23. Par conséquent, M^{me} Gillespie n'a aucun droit d'action sous le régime d'enregistrement des titres fonciers. Je ne rends aucunement une décision quant à l'enregistrement de l'acte de transfert en faveur de M. McCarron sous le régime d'enregistrement des titres fonciers ni au dépôt de l'acte de transfert des Logan à eux-mêmes, sauf pour tirer une conclusion relativement à l'emplacement du droit de passage menant au numéro de voirie 21.

42 J'accueille la demande de Margaret Gillespie visant l'obtention d'une injonction interdisant aux demandeurs, à leurs mandataires et à leurs invités d'accéder au bien des demandeurs, à savoir le numéro de voirie 21, **en traversant les terres appartenant à Margaret Gillespie** et connues comme le numéro de voirie 19 de l'allée Vacation.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[109] Il est clair que le différend tournait autour de la voie d'accès pour autos qui passe le long de la limite nord du bien de M. Wylie, qui est maintenant désignée comme la voie d'accès pour autos existante. Toutefois, il semblerait que l'absence d'un plan d'arpentage indiquant le parcours de la voie d'accès pour autos, et les propriétaires des biens sur lesquels elle passait, explique en grande partie la confusion. En effet, l'action a été intentée contre M^{me} Gillespie puisqu'on présumait que la voie d'accès pour autos traversait son bien, contrairement à l'accès des Logan avant 1986. Bien que les ordonnances puissent sembler contradictoires à première vue, l'ordonnance rendue dans la décision qui fait l'objet de l'appel situe très clairement l'emplacement du droit de passage. Peu importe ce qui était voulu dans *McCarron c. Gillespie*, les ordonnances ne sont pas incompatibles. Une chose est certaine, l'ordonnance rendue dans la première décision n'empêchait pas le juge de première instance d'accorder la mesure réparatoire sollicitée et fondée sur la preuve présentée dans la présente affaire.

[110] En dernier lieu, la décision rendue dans l'affaire *McCarron c. Gillespie* ne peut être invoquée pour établir l'emplacement de la limite entre les biens de

M^{me} Gillespie et de M. Wylie ou à titre de preuve de la position adoptée par M^{me} Gillespie quant à son emplacement. Même s'il pouvait sembler que M^{me} Gillespie a effectivement témoigné quant à l'emplacement de la limite et qu'elle a indiqué celui-ci sur le plan de Pettipas, le juge n'a pas mentionné ce témoignage et n'a pas tiré de conclusion à partir de celui-ci.

E. *M. McCarron et M^{me} Wood ne sont pas titulaires du titre de propriété sur le terrain sur lequel se situe leur chalet*

[111] Même s'il existe une abondante jurisprudence qui examine si les modifications apportées à un fonds dominant auraient pour effet d'entraîner le délaissement d'un droit de passage ou d'empêcher l'utilisation d'un droit de passage existant à des fins se rapportant à la modification, M. Wylie n'a pas invoqué de tels principes, et ce, à juste titre, étant donné qu'aucun d'entre eux ne s'applique aux faits en l'espèce.

[112] Selon M. Wylie, puisque les faits indiquent que M. McCarron et M^{me} Wood n'ont aucun intérêt sur le bien-fonds sur lequel leur chalet est sis, il n'y a aucun fonds dominant qui profite d'un droit de passage. À l'appui de cette assertion, M. Wylie conteste le témoignage de M. Daigle, qui a défini les limites du bien de M. McCarron et de M^{me} Wood comme se prolongeant au nord de sorte à inclure le chalet et la remise, comme il est indiqué sur le plan d'arpentage de M. Daigle. M. Wylie remarque qu'en 1933, Clarissa Logan a acquis une parcelle qui était de 100 pieds sur 200 pieds, et qu'entre les deux déplacements du chalet, le premier entre 1972 et 1976 (sur une distance approximative de 80 pieds), et le second vers 2011 (sur une distance d'à peu près 20 pieds), il est évident que le chalet a été déplacé hors de cette parcelle. Il invoque également la preuve de Terrain Group, qui situe la limite nord du lot de 100 pi sur 200 pi très près de la côte, ce qui ne laisse à M. McCarron et à M^{me} Wood qu'une petite bande de terre qui ne comprend pas leur chalet.

[113] Le juge a rejeté ce qui était en effet une prétention selon laquelle, d'après l'emplacement de la limite nord du bien de M. McCarron et M^{me} Wood, il n'existe pas de fonds dominant ou le droit de passage revendiqué ne sert aucun fonds dominant. Ce faisant, il a laissé l'examen de la question de la limite à une autre occasion :

[TRADUCTION]

On a fait grand cas des effets de l'érosion sur les numéros de voirie 21 et 23. Il a été soutenu que le numéro de voirie 21 est maintenant une très petite parcelle de terrain. Il suffit de dire que cette question sera examinée à une autre occasion, mais j'ai conclu qu'un droit de passage existe sur le numéro de voirie 21, comme l'exposent les présents motifs. [par. 42]

[114] Sur le plan pratique, le juge a conclu qu'il n'avait pas besoin de déterminer avec précision l'emplacement des limites du bien de M. McCarron et M^{me} Wood pour rejeter la prétention de M. Wylie. Il est évident qu'on ne peut revendiquer un droit de passage général. Le droit de passage revendiqué fait partie du titre sur le bien de M. McCarron et M^{me} Wood, et M. Wylie reconnaît que M. McCarron et M^{me} Wood ont bel et bien un titre sur une parcelle de terrain longeant la côte; ce qu'il soutient, c'est que les limites de ce bien ne correspondent pas à celles qui sont indiquées dans le plan d'arpentage de M. Daigle et que leur chalet se situe en dehors de celles-ci. Bien qu'il suffise que le droit de passage revendiqué serve la parcelle reconnue par M. Wylie, le dossier va beaucoup plus loin. La preuve rejette complètement la notion selon laquelle l'intérêt de M. McCarron et M^{me} Wood se limite à la petite bande de terre longeant la côte. Comme je l'ai mentionné précédemment, M. Daigle a témoigné qu'il avait déterminé la limite indiquée sur son plan en se fiant aux descriptions des parcelles arpentées, ainsi qu'à celles des biens attenants, et à son appréciation de l'usage et de l'occupation de ces biens. Cela comprend le fait que le chalet des Logan est à son emplacement actuel depuis un moment donné entre 1972 et 1976 (à l'exception d'un déplacement sur une distance d'à peu près 20 pieds vers 2011), c'est-à-dire depuis environ 45 ans à la date où M. Daigle a réalisé son arpentage, et l'utilisation de longue date de ce secteur, que montrent clairement les photos aériennes. De plus, comme l'a remarqué M. Daigle, l'accès au chalet dans ce secteur se faisait entre les arbres se

trouvant au bout de la voie d'accès pour autos existante depuis au moins 20 à 30 ans. Rien dans la preuve n'indique que l'usage ou l'occupation par les Logan du secteur entourant leur chalet ait été contesté par M^{me} Gillespie depuis 1972 à 1976. Même sans trancher la question de savoir si la limite nord du bien de M. McCarron et de M^{me} Wood correspond à celle que M. Daigle a déterminée, il ne fait guère de doute que la preuve établit qu'ils ont un intérêt qui est plus grand que celui qu'affirme M. Wylie.

[115] L'assertion de M. Wylie selon laquelle le juge a commis une erreur en rejetant sa prétention selon laquelle il n'existe aucun fonds dominant est sans fondement, compte tenu de la preuve évoquée au paragraphe précédent. On peut soutenir que cette conclusion est étayée par l'effet de l'enregistrement sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier*.

F. *Le défaut de conclure à la fraude dans le transfert au régime d'enregistrement des titres fonciers*

[116] M. Wylie soutient que le juge de première instance a commis une erreur en rejetant sa prétention selon laquelle une fraude avait été commise lors de la transition du bien des Logan au régime d'enregistrement des titres fonciers en 2004. Il a allégué que M. McCarron et M^{me} Wood avaient participé à la fabrication frauduleuse de la description employée.

[117] Dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*, M^{me} Gillespie a avancé le même argument que M. Wylie présente en l'espèce. En rejetant la prétention de M^{me} Gillespie, le juge a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

On a fait grand cas du fait que l'acte de transfert des Logan a été déposé sous le régime de la législation en matière d'enregistrement foncier. On a allégué que les Logan avaient d'abord tenté de faire valider leur titre de propriété sous le régime de la *Loi sur la validation des titres de propriété* et que, lorsque cela n'a pas fonctionné, ils

auraient déposé un acte de transfert frauduleux sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. Je n'accorde aucune importance à ce qui s'est produit puisque la législation en matière d'enregistrement des titres fonciers a effectivement mis fin au besoin de faire valider les titres de propriété sous le régime de la *Loi sur la validation des titres de propriété*, qui a été par la suite abrogée. **Par conséquent, il n'y avait rien de mal dans la façon dont les Logan ont choisi de procéder, et cette description suit l'ancienne description.** [par. 39]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[118] Dans le cas qui nous occupe, le juge a affirmé ce qui suit lorsqu'il a rejeté la prétention de M. Wylie :

Le défendeur a prétendu, en partie, que les Logan ont fabriqué la description donnée dans leur acte de transfert. M. Wylie laisse entendre que les Logan allaient [TRADUCTION] « faire valider le titre de propriété » sur leur bien, mais qu'ils ont laissé faire et ont plutôt procédé sous le régime de la législation en matière d'enregistrement des titres fonciers. Il faut remarquer que le régime d'enregistrement des titres fonciers est entré en vigueur en 2001. L'un des effets de ce régime était l'élimination du besoin de procéder à la « validation du titre de propriété ». Le CPE constitue effectivement une validation du titre de propriété. **Je ne vois rien qui indique que l'acte de transfert visant à enregistrer le titre pour la première fois sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier* est frauduleux, erroné, trompeur ou un abus flagrant du régime d'enregistrement des titres fonciers.** [par. 28]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[119] En appel, M. Wylie répète les mêmes arguments qui ont été présentés au juge de première instance dans l'affaire *McCarron c. Gillespie* et en l'espèce. Il soutient que la description de 2004 est fabriquée parce que, au lieu de répéter la description technique indiquant des dimensions de 200 pi sur 100 pi, elle a été créée, selon lui, de sorte à s'approprier un terrain plus grand que celui appartenu. Il s'oppose essentiellement à une description générale qui permet que les limites soient prolongées vers le nord, à partir de la côte, comme elles sont indiquées dans le plan d'arpentage de M. Daigle. L'emplacement des limites du bien de M. McCarron et M^{me} Wood n'a pas été déterminé

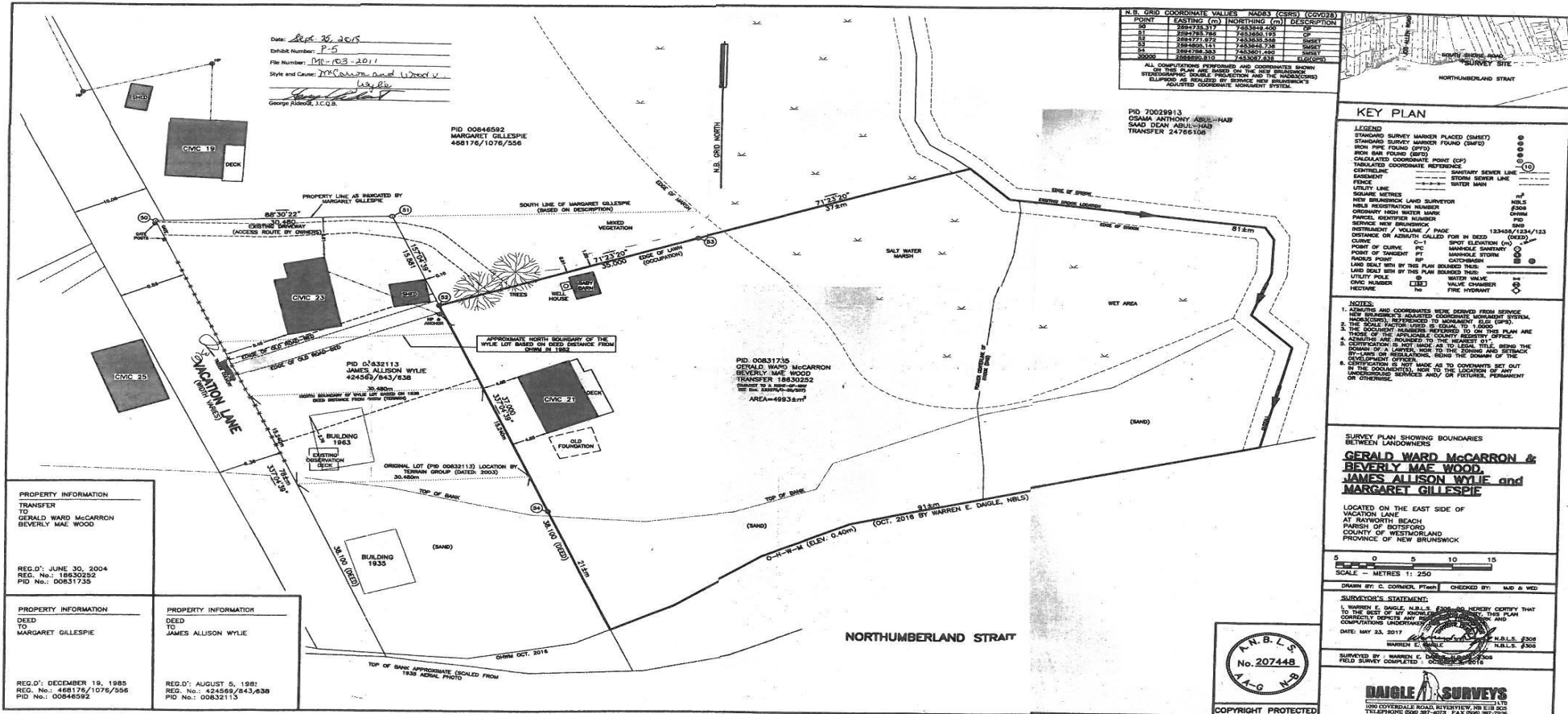
par le juge et l'examen de cette question a été remis à une autre occasion. Il a conclu que la preuve ne permettait pas de conclure que l'enregistrement des Logan était frauduleux, erroné, trompeur ou un abus du régime.

[120] À mon sens, la conclusion du juge quant à la prétention de M. Wylie au sujet de l'enregistrement de 2004 est irréprochable étant donné le rejet de la demande reconventionnelle de M^{me} Gillespie dans l'affaire *McCarron c. Gillespie* et ses conclusions de faits dans le cas qui nous occupe. Rappelons-nous que dans l'affaire *McCarron c. Gillespie*, le juge a rejeté la prétention de M^{me} Gillespie selon laquelle, lorsque Ralph et Elizabeth Logan ont fait la transition de leur bien au régime d'enregistrement foncier en 2004, il y avait [TRADUCTION] « un certain nombre de transgressions ou, du moins, d'erreurs, qui ont été commises et qui doivent être corrigées », soit une [TRADUCTION] « fabrication d'une description [...] et une transition des terres au régime d'enregistrement des titres fonciers qui était complètement contraire aux » normes de pratique immobilière. Il a rejeté l'assertion selon laquelle les Logan, avec la participation de M. McCarron et de M^{me} Wood, avaient frauduleusement enregistré le titre. Cette décision n'a pas été portée en appel et la preuve dans la présente affaire, de même, ne soutient pas la prétention selon laquelle l'enregistrement était frauduleux, erroné, trompeur ou un abus du régime. Ce moyen d'appel est sans fondement.

V. Conclusion

[121] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel et de condamner M. Wylie à des dépens de 5 000 \$.

ANNEXE « A »



KEY PLAN

LEGEND

STANDARD SURVEY MARKER PLACES (SMPT)	⊙
STANDARD SURVEY MARKER FOUND (SMFD)	⊙
IRON PIPE FOUND (IPFD)	⊙
IRON BAR FOUND (IBFD)	⊙
CALCULATED COORDINATE POINT (CCP)	⊙
TABULATED COORDINATE POINT (TCP)	⊙
CENTRAL LINE	—
STANDBY SEWER LINE	—
EASEMENT	—
STORM SEWER LINE	—
WATER MAIN	—
UTILITY	—
SQUARE METRES	m ²
NEW BRUNSWICK LAND SURVEYOR	NSLS
FIELD REGISTRATION NUMBER	REG
CORRECTION NUMBER	CORR
PANEL IDENTIFIER NUMBER	PID
SERVICE NEW BRUNSWICK	NSLS
INSTRUMENT / VOLUME / PAGE	123456/1234/123
DISTANCE OR AREA/CALL FOR IN DEED	(DEED)
CURVE	C-1
POINT OF CURVE	PC
POINT OF TANGENT	PT
RADIUS POINT	RP
LAND BOUND BY THIS PLAN BOUNDED THIS	—
UTILITY POLE	—
GRID NUMBER	(12)
VALVE CHAMBER	—
HYDRANT	—
HEWICE	—
FIRE HYDRANT	—

- NOTES**
1. ALL DATA AND COORDINATES WERE DERIVED FROM SERVICE NEW BRUNSWICK'S REGISTERED TO MONUMENT (REG) SYSTEM. THESE COORDINATES ARE REFERENCED TO MONUMENT (REG) SYSTEM.
 2. THE SCALE FACTOR USED IN THIS PLAN IS 1.0000000000000000.
 3. THOSE OF THE APPLICABLE COLOUR TO THIS PLAN ARE THE PROPERTY OF THE REGISTERED TO MONUMENT (REG) SYSTEM.
 4. COORDINATES ARE PROVIDED TO THE BEST OF THE SURVEYOR'S KNOWLEDGE AND BELIEF. THE SURVEYOR'S LIABILITY IS LIMITED TO THE LOCATION OF THE MONUMENT (REG) SYSTEM.
 5. THE SURVEYOR'S LIABILITY IS LIMITED TO THE LOCATION OF THE MONUMENT (REG) SYSTEM.
 6. THE SURVEYOR'S LIABILITY IS LIMITED TO THE LOCATION OF THE MONUMENT (REG) SYSTEM.

SURVEY PLAN SHOWING BOUNDARIES BETWEEN LANDOWNERS

GERALD WARD McCARRON & BEVERLY MAE WOOD, JAMES ALLISON WYLIE and MARGARET GILLESPIE

LOCATED ON THE EAST SIDE OF VACATION LANE BEACH AT BAYWORTH BEACH PARISH OF BOTSFORD COUNTY OF WESTMINSTER PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

SCALE - METRES 1:250

DRAWN BY: G. CORREIA, P. 10/10/2010 CHECKED BY: M.D. & W.D.

SURVEYOR'S STATEMENT:

I, WARREN E. DAIGLE, N.B.L.S. REG. NO. 207448, HEREBY CERTIFY THAT TO THE BEST OF MY KNOWLEDGE AND BELIEF, THIS PLAN CORRECTLY REPRESENTS THE BOUNDARIES AND COORDINATES OF THE PROPERTY DESCRIBED HEREIN AND THE LOCATION OF ANY MONUMENT (REG) SYSTEM.

DATE: MAY 23, 2017

WARREN E. DAIGLE, N.B.L.S. REG. NO. 207448

SURVEYED BY: WARREN E. DAIGLE, N.B.L.S. REG. NO. 207448

FIELD SURVEY COMPLETED: 05/05/2017

DAIGLE SURVEYS

1000 COVERDALE ROAD, BAYVIEW, NB B1R 3S5
 TELEPHONE: 506-897-1070 FAX: 506-897-1070

COPYRIGHT PROTECTED

JOB No.: 14441 MAP: 11/04-93