

## Rule / Règle **23**

Determination of Questions Before Trial / Décisions  
préjudicielles

<b>DISPOSITION WITHOUT TRIAL</b>	<b>CONCLUSION SANS PROCÈS</b>
<b>RULE 23</b>	<b>RÈGLE 23</b>
<b>DETERMINATION OF QUESTIONS BEFORE TRIAL</b>	<b>DÉCISIONS PRÉJUDICIELLES</b>
<p><b>23.01 Where Available</b></p>	<p><b>23.01 Applicabilité</b></p>
<p>(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court</p>	<p>(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour</p>
<p>(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,</p>	<p>a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abrégé le procès ou réduire considérablement les frais,</p>
<p>(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or</p>	<p>b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée ou</p>
<p>(c) for judgment on an admission of fact in the pleadings, in the examination of an adverse party, or in answer to a Request to Admit Facts;</p>	<p>c) que jugement soit rendu, fondé sur des faits avoués dans les plaidoiries, pendant l'interrogatoire d'une partie adverse ou en réponse à une demande d'aveux.</p>
<p>(2) A defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court to have the action stayed or dismissed on the ground that</p>	<p>(2) Le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour de suspendre ou de rejeter l'action au motif</p>
<p>(a) the court does not have jurisdiction to try the action,</p>	<p>a) que la cour n'a pas compétence pour s'en saisir,</p>
<p>(b) the plaintiff does not have legal capacity to commence or continue the action, or</p>	<p>b) que le demandeur n'a pas la capacité juridique d'introduire ou de continuer l'action ou</p>
<p>(c) another action is pending in the same or another jurisdiction between the same parties and in respect of the same claim.</p>	<p>c) qu'une autre action est en cours dans cette juridiction ou dans une autre, entre les mêmes parties et pour la même demande ou</p>
<p>(d) New Brunswick is not a convenient forum for the trial or hearing of the proceeding.</p>	<p>d) le Nouveau-Brunswick n'est pas un endroit propice à l'instruction ou à l'audition de l'instance.</p>
<p>85-5</p>	<p>85-5</p>
<p>● The Court affirmed the trial judge's dismissal of an identical action by the same plaintiff as one previously decided, under Rule 23.01(2)(c). However the Court declined to order costs against the solicitor in light of the solicitor merely having misunderstood the legal issue at play. <i>Perley v. Sypher</i> (1990), 109 N.B.R. (2d) 427 (C.A.).</p>	<p>● En première instance, l'appelant, avait introduit dans une circonscription judiciaire une action qui était essentiellement la même que celle qu'il avait précédemment introduite dans une autre circonscription. Une motion présentée par les intimés afin que la deuxième action soit rejetée aux motifs que les mêmes questions étaient de nouveau soulevées et que cette seconde action constituait un usage abusif de la procédure judiciaire en application de la règle 23.01(2)c), avait été accueillie. La Cour a confirmé le jugement du juge de première instance qui a rejeté cette action. Toutefois la Cour n'a pas ordonné de dépens étant donné</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>● The Court aff'd the trial judge's refusal to dismiss the applications of 32 plaintiffs to an action under Rule 23.01(1)(a), even though the judge could have determined their rights immediately by answering a question of law (related to a limitations period under the <i>Fatal Accidents Act</i>). The Court stated that "[e]ven if one or more of the requirements [of 23.01(1)(a)] have been met, the Rule, in my opinion, does not compel the Judge to determine the question before trial. He can dismiss the application without ruling on the merits if, as here, he thinks the question could be better determined by the trial Judge. In other words, the Judge has a discretion whether to dismiss or allow the application." In that case the majority (and trial judge) were concerned about depriving the plaintiffs of their day in court. Moreover, the trial judge was capable of ruling on the issue of liability without the parties incurring much additional expense. <i>Agnew v. Dow Chemical Co.</i> (1991), 116 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), Hoyt C.J.N.B.</li>   <li>● The majority of the Court aff'd the trial judge's discretion to strike out one party's pleadings under Rule 23.01(1)(b) for failing to disclose a reasonable cause of action with respect to a motor vehicle accident. <i>Cormier v. Dixon</i> (1992), 130 N.B.R. (2d) 69 (C.A.), Angers J.A.</li>   <li>● The Court aff'd the trial judge's analysis of a stated case under Rule 23.01(1)(a), here with respect to the operation of prior registered statutory liens during a mortgage sale. <i>Roynat Inc. v. Rajabali</i> (1994), 151 N.B.R. (2d) 310 (C.A.).</li>   <li>● The Court aff'd the trial judge's order under Rule 23.01(1)(a), and in the alternative, (b). Here the application went forward as a stated case for the interpretation of the <i>Proceedings Against the Crown Act</i> as full answer and defense to the plaintiff, who brought an action against the province after it withdrew a murder charge against her. <i>McGillivray v. New Brunswick</i> (1994), 149 N.B.R. (2d) 311 (C.A.).</li> </ul>	<p>que l'avocat ne semblait pas véritablement comprendre la question légale en jeu. <i>Perley c. Sypher</i> (1990), 109 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 427 (C.A.).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● La Cour a confirmé le jugement de première instance où le juge a refusé de rejeter les demandes de 32 plaignants selon la règle 23.01(1)(a), même si le juge aurait pu déterminer les droits immédiatement en répondant à une question de droit relative à la période de prescription sous la <i>Loi des accidents mortels</i>. La Cour d'appel a énoncé ceci: « [m]ême si l'on a satisfait à une ou plusieurs exigences, la règle, à mon sens, n'oblige pas le juge à trancher la question avant le procès. Il peut rejeter la requête sans statuer sur le fond si, comme c'est le cas en l'espèce, il pense que le juge du procès serait mieux placé pour trancher. En d'autres termes, le juge jouit du pouvoir discrétionnaire de rejeter ou d'accueillir la requête ». Dans cette cause la majorité ainsi que le juge du procès souhaitaient que les plaignants aient la possibilité de faire leurs arguments à la Cour. De plus le juge du procès était capable de décider de la question de responsabilité sans les que les parties n'encourent de dépenses additionnelles. <i>Agnew c. Dow Chemical Co.</i> (1991), 116 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1 (C.A.), Hoyt J.C.N.-B.</li>   <li>● La majorité de la Cour a confirmé le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de radier une action selon la règle 23.01(1)(b) lorsqu'une plaidoirie ne révèle aucune cause d'action relativement à un accident de véhicule à moteur. <i>Cormier c. Dixon</i> (1992), 130 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 69 (C.A.), Angers j.c.a.</li>   <li>● La Cour a confirmé l'analyse qu'avait fait le juge du procès sous la règle 23.01(1)(a) en s'appuyant correctement sur une décision rendue par la Cour d'appel, relativement à des privilèges d'origine législative antérieurs dans le contexte d'une vente hypothécaire. <i>Roynat Inc. c. Rajabali</i> (1994), 151 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 310 (C.A.).</li>   <li>● La Cour a confirmé la décision du juge du procès, sous la règle 23.01(1)(a) ou subsidiairement, (b). Ici on a interprété la <i>Loi sur les procédures contre la Couronne</i> comme étant une défense complète contre la demanderesse qui avait intenté une action contre la province suite au retrait d'une accusation de meurtre portée contre elle. <i>McGillivray c. Nouveau-Brunswick</i> (1994), 149 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 311 (C.A.).</li> </ul>
---	--

- The Court allowed the appeal and struck out a claim against a third party (a hospital in the United States) that did not disclose a reasonable cause of action. “There is no negligence on the part of the hospital that might be a proximate cause of the loss or injury sustained. Further, the Court of Queen's Bench is not an appropriate arena in which to argue the merits of what facilitating systems ought to be in place in a foreign country to expedite the transfer of Canadians to Canada or to reduce costs to Canadians...These are issues which are normally resolved by agreements between sovereign states.”

*Dubé v. Dubé* (1994), 147 N.B.R. (2d) 315 (C.A.) at paras. 10-11, Ryan J.A.

- The Court varied the trial judge’s answer to the stated question posed under Rule 23.01(1)(a), as it related to the proper interpretation of a deed transferring the spousal interest in marital property.

*Duguay v. Godin, Lizotte, Robichaud* (1994), 154 N.B.R. (2d) 25 (C.A.).

- The Court allowed an appeal by the defendant, the New Brunswick Human Rights Commission on a Rule 23.01(2)(a) argument that it was not a suable entity, and therefore the Court did not have jurisdiction to try the action. “As stated earlier, the Westlake [(1973), 33 D.L.R. (3d) 256 (Ont. C.A.)] test was the proper test to be applied. The Commission is not suable, therefore, Mr. Smith's action against it should be dismissed.”

*Smith v. New Brunswick (Human Rights Commission)* (1997), 185 N.B.R. (2d) 301 (C.A.) at para. 21, Bastarache J.A. (as he then was).

- The Court reversed the trial judge’s conclusion on a stated case under Rule 23.01(1)(a). Here the judge had misinterpreted the operation of the *Police Act* and *Protection of Persons Acting Under Statute Act* that created state immunity for police officers when they acted within the scope of their employment.

*Boucher v. Milner* (1997), 194 N.B.R. (2d) 59 (C.A.).

The NBCA discussed the observations made in *Dugas v. Landry* (1997), 194 N.B.R. (2d) 150 (C.A.) at paras. 7, 10-11, Rice, J.A., with respect to Rule 23 in *New Brunswick*

- La Cour a accueilli l'appel et a radié une poursuite contre une tierce partie (un hôpital aux États-Unis) qui ne révèle aucune cause d'action. « [I]l n'y a aucune négligence imputable à l'hôpital qui serait une cause immédiate de la perte ou des blessures subies. De plus, la Cour du Banc de la Reine n'est pas la juridiction où il y a lieu de discuter du bien-fondé des systèmes qui devraient être mis en place dans un pays étranger pour faciliter le transfert rapide de Canadiens au Canada ou pour réduire les frais des Canadiens. Il s'agit là de questions qui sont normalement réglées par des ententes entre États souverains ».

*Dubé c. Dubé* (1994), 147 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 315 (C.A.) aux par. 10-11, Ryan j.c.a.

- La Cour a ici décidé différemment du juge du procès, en vertu de la règle 23.01(a), dans l'interprétation à donner aux termes d'une procuration relativement au transfert de titre et d'intérêts du mari dans la « propriété matrimoniale ».

*Duguay c. Godin, Lizotte, Robichaud* (1994), 154 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 25 (C.A.).

- La Cour a accueilli l'appel du défendeur, la Commission des droits de la personne, en vertu de la règle 23.01(2)(a) à l'effet qu'elle n'était pas une entité susceptible d'une poursuite et que la Cour n'avait donc pas compétence pour juger cette action. « Comme nous l'avons affirmé plus haut, c'est le critère énoncé dans l'arrêt Westlake qu'il fallait appliquer. La Commission n'est pas susceptible de poursuite, et l'action que M. Smith a intentée contre elle devrait donc être rejetée. Il s'ensuit que l'appel reconventionnel formé par M. Smith pour obtenir le rétablissement d'une partie de son exposé de la demande doit également être rejeté ».

*Smith c. Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne)* (1997), 185 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 301 (C.A.) au par. 21, Bastarache j.c.a. (maintenant à la Cour suprême).

- La Cour a renversé la conclusion du juge du procès et a radié la demande formée par l'intimé en vertu de la règle 23.01(1)(a) car ici le juge du procès avait mal interprété le fonctionnement de la *Loi sur la Police* et la *Loi sur la protection des personnes chargées de l'exécution de la loi* qui donnait une immunité de poursuites civiles aux policiers dans l'exercice de leurs fonctions.

*Boucher c. Milner* (1997), 194 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 59 (C.A.).

La Cour d'Appel du Nouveau-Brunswick a débattu des observations faites dans *Dugas c. Landry* (1997), 194 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 150 (C.A.) aux par. 7, 10-11, Rice j.c.a., dans l'arrêt *New*

*Community College et al. v. Vihvelin*, 2015 NBCA 17, at paras. 24-25, per Drapeau C.J.N.B. In finding that “plain and obvious” is not the applicable standard to motions under Rule 23.01(2)(a) (in the sense that a motion to dismiss an action for want of jurisdiction should not be determined based on whether the court’s jurisdiction is plain and obvious), Drapeau C.J.N.B. states as follows:

First, in *Dugas v. Landry*, the issue of the proper test to apply under Rule 23.01(2)(a), or Rule 23.01(1)(c) for that matter, was not debated. Second, the observations quoted in the preceding paragraph were made without reference to jurisprudence or any interpretative discussion and analysis. Third, the observations in question are at odds with the approach adopted in the decisions of this Court referenced in paragraph 23. Fourth, the observations are not an essential component of the Court’s decision-making and, accordingly, fall within the category of *dicta*. Indeed, the Court’s decision to intervene in *Dugas v. Landry* is clearly case-specific, being traceable to the motion judge’s failure: (1) to appreciate the significance of credibility-related issues that could not be resolved without a trial; and (2) to take into consideration all of the admissions in the record (see para. 10). [para. 25]

- The Court, clarifying the purpose of Rule 23.01(1)(b), reaffirmed the remedy available under that Rule: “[a]s for clause (b) of para. (1), it authorizes the striking out of a pleading, not the striking of an action.” This is similar to the Court’s power under 23.01(1)(a): “[t]he silence in Rule 23.01(1)(a) with respect to the power to dismiss can be contrasted with the express conferral of this power in Rule 23.01(2). Likewise, its silence with respect to the power to grant judgment can be contrasted with the express conferral of such a power in Rules 23.01(1)(c), judgment on admissions, and 22.04(3).” Stated succinctly, the Court’s remedial power under Rule 23.01(1) is limited: “they foreclose the possibility of reading in Rule 23.01(1)(a) an unstated or inherent power to strike the action.” (paras. 13, 17, 18).

In paras. 19-20, Drapeau J.A. (as he then was) continues, stating the purpose of Rule 23.01(1):

As I read Rule 23.01(1)(a), the court’s function is limited to determining a point of

*Brunswick Community College et autres, c. Vihvelin*, 2015 NBCA 17, aux par. 24-25, Drapeau J.C.N.-B. La norme du caractère « évident et manifeste » n’est pas la norme applicable aux motions déposées sous le régime de la règle 23.01(1)a) (dans le sens où une motion en rejet de l’action pour cause d’absence de compétence ne devrait pas être tranchée sur la question de savoir si la compétence de la cour est évidente et manifeste), Drapeau J.C.N.-B. a statué :

En premier lieu, dans l’affaire *Dugas c. Landry*, la question du bon critère à appliquer en vertu de la règle 23.01(2)a), ou même de la règle 23.01(1)c), n’a pas été examinée. En deuxième lieu, je souligne que les observations citées au paragraphe précédent ont été faites sans aucun renvoi à la jurisprudence ou sans discussion et analyse interprétatives. En troisième lieu, les observations en question ne cadrent pas avec la démarche adoptée dans les décisions de notre Cour qui sont mentionnées au paragraphe 23. En quatrième lieu, ces observations ne sont pas une composante essentielle du processus de décision de la Cour et relèvent, par conséquent, de la catégorie des remarques incidentes. D’ailleurs, la décision de la Cour d’intervenir dans l’affaire *Dugas c. Landry* est clairement propre à cette instance, étant donné qu’elle est attribuable à l’omission du juge saisi de la motion : (1) de saisir l’importance des questions liées à la crédibilité qui ne pouvaient être tranchées sans qu’un procès soit tenu; et (2) de prendre en considération tous les aveux versés au dossier (voir le par. 10) [par. 25]

- La Cour, clarifiant l’objectif de la règle 23.01(1)(b), a confirmé le remède qui était disponible en vertu de cette règle: « [q]uant à l’alinéa (1)b), il autorise la radiation d’une plaidoirie, non la radiation d’une action ». Ceci est semblable au pouvoir qu’a la Cour en vertu de la règle 23.01(1)(a): « [l]e silence de la règle 23.01(1)(a) au sujet du pouvoir de rejet peut être mis en opposition avec l’attribution expresse de ce pouvoir à la règle 23.01(2). De la même façon, son silence au sujet du pouvoir de rendre jugement peut être mis en opposition avec l’attribution expresse de ce pouvoir à la règle 23.01(1)(c), qui a trait au jugement rendu sur aveux, et à la règle 22.04(3) ». Pour résumer, le pouvoir de la Cour est limité : « elles interdisent de trouver dans la règle 23.01(1)a) un pouvoir implicite ou inhérent de radier l’action ».

Aux paragraphes 19 et 20, le juge Drapeau (maintenant juge en chef) continue en énonçant le but de la règle 23.01(1) :

law raised by a pleading. Its mandate is not to actually dispose of the action, just as its mandate is not to actually shorten the trial or to actually bring about a substantial saving of costs. If the potential for achieving any of these results exists, the court may exercise its discretion and determine the point of law. To state it otherwise, the possibility that the determination of a question of law may dispose of the action is a condition precedent to the exercise of discretion envisaged by Rule 23.01(1)(a): the actual disposal of the action is not effected under it, a companion or follow-up motion being required...In this regard, it is important to bear in mind that the rules make specific provision elsewhere for the granting of judgment following the determination of a question of law. I refer to Rule 22.04(3).

*Lloyd's of London v. Norris* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29 (C.A.) at paras. 13, 17-18, 19-20, Drapeau J.A. (as he then was).

- The Court aff'd the trial judge's Rule 23.01(1)(b) and summary judgment orders, also affirming the principle that a solicitor owes no duty to an adverse party during the course of legal proceedings.

*Dubé v. Dionne* (1998), 201 N.B.R. (2d) 387 (C.A.), Drapeau J.A. (as he then was).

- Restating the evidentiary restrictions under Rule 23.01(1) (referring to Rule 23.01(1) as an exception to Rule 22, Summary Judgment): "[t]his Court has recognized an exception to the general rule with respect to the use of evidence on a motion for summary judgment. It is where the motion for summary judgment is based exclusively on Rule 23.01(1)(a) or (b). Without leave, affidavit evidence is not admitted in this context in order to give effect to Rule 23.02."

*Cannon v. Lange* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121 at para. 25, Drapeau J.A. (as he then was).

- The Court aff'd the trial judge's decision to dismiss an

Selon mon interprétation de la règle 23.01(1)a), la fonction du tribunal se limite à statuer sur un point de droit soulevé par une plaidoirie. Son mandat ne consiste pas effectivement à régler le litige ni, effectivement, à abrégier le procès ou à réduire considérablement les frais. S'il est possible d'accomplir l'un de ces résultats, le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire et trancher le point de droit. Autrement dit, la possibilité que la détermination d'une question de droit puisse régler le litige est une condition préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire que prévoit la règle 23.01(1)a) : le règlement effectif du litige ne s'opère pas en vertu de celle-ci, une motion d'accompagnement ou de suivi étant requise. À cet égard, il est important de se rappeler que les règles prévoient expressément ailleurs que le tribunal peut rendre jugement après avoir décidé une question de droit. Je renvoie à la règle 22.04(3).

*Lloyd's of London c. Norris* (1998), 205 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 29 (C.A.) aux par. 13, 17 et 18, 19-20, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- La Cour a confirmé le jugement rendu par le juge du procès en vertu de la règle 23.01(1)(b) (radiation de parties de l'exposé de la demande) et son jugement sommaire, confirmant ainsi que l'avocat n'a aucun devoir de prudence envers l'autre partie pendant des procédures judiciaires.

*Dubé c. Dionne* (1998), 201 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 387 (C.A.), Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- Précisant à nouveau quelle devait être l'utilisation de la preuve en vertu de la règle 23.01(1) (référant à la règle 23.01(1) comme une exception à la règle 22. Jugement sommaire): « [n]otre Cour a reconnu l'existence d'une exception à la règle générale relative à l'utilisation de la preuve dans le cadre d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire. Cette exception s'applique lorsque la motion est fondée exclusivement sur la règle 23.01(1)a) ou b). Sans permission, la preuve par affidavit n'est pas admise dans ce contexte afin de donner effet à la règle 23.02 ».

*Cannon c. Lange* (1998), 203 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 121 au par. 25, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- La Cour a confirmé la décision du juge du procès de

<p>action under Rule 23.01(1)(b) for lack of jurisdiction because the grievance was one that was covered by the parties' collective agreement, and thus, the exclusive jurisdiction of the adjudicator.</p> <p><i>Morrison v. New Brunswick</i> (1999), 213 N.B.R. (2d) 190 (C.A.), Ayles J.A.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● The Court refused the appellant's argument that the plaintiff in a Rule 23.01(2)(d) application must enter a conditional appearance specifically for that purpose. On the contrary, the Court stated that a <i>forum non conveniens</i> application can be brought by motion at any point before setting an issue down for trial: "it only makes sense that the proper forum issue be raised after there has been an exchange of pleadings and documents and an opportunity to reflect on evidence given during the discovery process. Logically, this is the point in time where a defendant can assess the available evidence necessary to support a stay application based on <i>forum non conveniens</i>." <p><i>MacNeill v. Fero Waste &amp; Recycling</i> (2000), 231 N.B.R. (2d) 191 (C.A.) at para. 4.</p> <li>● The Court allowed an extension of time to file Notice of Appeal from a Rule 23 order that answered the "fundamental question of law raised by the litigation...[stripping] the action of its merit." <p><i>Boudreau v. New Brunswick</i>, [2000] N.B.J. No. 269 (C.A.)(QL) at para. 1, Drapeau J.A. (as he then was).</p> <li>● The Court reversed the trial judge's incorrect application of Rule 23.01(1)(b) (reasonable cause of action not disclosed) in a circumstance in which the action <i>should</i> have been barred instead under 23.01(2)(c) (<i>res judicata</i>). The Court went on to order Summary Judgment under Rule 22. <p><i>Cayouette v. Co-Operators General Insurance Co.</i> (2000), 222 N.B.R. (2d) 283 (C.A.), Drapeau J.A. (as he then was).</p> <li>● The Court expressed its disagreement with the trial judge over the nature of a motion for <i>res judicata</i> (23.01(1)(a)): the trial judge stated that it was a final order, and thus no leave to appeal was required, but the Court of Appeal stated that it was, in fact, an interlocutory order. It was a moot point in the end however, as the Court upheld the trial judge's substantive ruling on <i>res judicata</i> in that case. <p><i>Western Surety Co. v. National Bank of Canada</i> (2001), 237 N.B.R. (2d) 346 (C.A.) at paras. 24-28,</p> </li></li></li></li></ul>	<p>rejeter une action en vertu de la règle 23.01(1)(b) pour absence de juridiction car cette plainte relevait du champ de la convention collective et donc de la compétence exclusive d'un arbitre.</p> <p><i>Morrison c. Nouveau-Brunswick</i> (1999), 213 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 190 (C.A.), Ayles j.c.a.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● La Cour a refusé l'argument voulant que l'appelant dans une demande faite en vertu de la règle 23.01(2)(d) devait produire un acte de comparution conditionnelle. Au contraire la Cour a précisé qu'une demande plaidant un « <i>forum non conveniens</i> » pouvait être faite par une motion à n'importe quel moment avant le procès: « Qui plus est, il est judicieux que la question du tribunal approprié se pose après que les parties ont échangé plaidoires et documents, et qu'elles ont eu la possibilité de réfléchir à la preuve issue de la communication préalable. En toute logique, c'est à ce moment-là que la partie défenderesse peut voir si la preuve présentée apporte les éléments nécessaires à l'appui d'une demande de suspension fondée sur le <i>forum non conveniens</i> ». <p><i>MacNeill c. Fero Waste &amp; Recycling</i> (2000), 231 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 191 (C.A.) au par. 4.</p> <li>● La Cour a autorisé une prolongation du délai pour déposer un avis d'appel d'un jugement rendu en vertu de la règle 23 qui déterminait une question de droit fondamentale soulevée par ce litige, dépouillant ainsi l'action de son fondement (cette décision ne semble pas avoir été traduite) <p><i>Boudreau c. Nouveau-Brunswick</i>, [2000] N.B.J. n° 269 (C.A.)(QL) au par. 1, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).</p> <li>● La Cour a infirmé l'ordonnance rendue par le juge du procès en application de la règle 23.01(1)(b) (plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action) dans des circonstances où l'action aurait dû être radiée plutôt en vertu de la règle 23.01(2)(c) (<i>res judicata</i>). La Cour a ordonné un jugement sommaire en vertu de la règle 22. <p><i>Cayouette c. Co-Operators General Insurance Co.</i> (2000), 222 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 283 (C.A.), Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).</p> <li>● La Cour a exprimé son désaccord avec le juge du procès relativement à la nature de la motion de <i>res judicata</i> (23.01(1)(a)): le juge du procès avait déclaré qu'il s'agissait d'une décision finale et qu'une autorisation d'appel n'était pas nécessaire et la Cour d'appel a statué qu'il s'agissait en fait d'une décision interlocutoire. La question est devenue théorique par contre, étant donné que la Cour d'appel a maintenu la décision du juge de première instance sur le fond en statuant qu'il s'agissait en</li> </li></li></li></ul>
--	---

Drapeau J.A. (as he then was).

- “Rule 23.02 provides that, subject to two exceptions which have no bearing here, evidence shall not be admitted on a motion for the determination of a question of law under Rule 23.01(1)(a), except with leave of the court”(para. 38). Speaking to the circumstances required to grant leave to adduce evidence: “[t]hat approach is faithful to both the letter and the spirit of Rule 23.01(1)(a), which is designed to deal with questions of law that are raised by a pleading and that can be determined without reference to any evidence. *Absent exceptional circumstances, leave to admit evidence on the hearing of a motion under that Rule ought not to be granted.*”(para. 40) [Emphasis added]

*Hogan v. Doiron* (2001), 243 N.B.R. (2d) 263 (C.A.) at paras. 38, 40, Drapeau J.A. (as he then was).

- Drapeau J.A. (as he then was) contrasted the different evidentiary restrictions in Rules 22 and 23: “[o]n a motion for summary judgment under Rule 22, contested allegations of fact in the responding party's pleading are not deemed true. Of course, a contrary approach governs motions to strike out a pleading. See Rules 23.01(1)(b) and 23.02 and *Cayouette v. Co-operators General Insurance Co.*, [2000] N.B.J. No. 296, online: Quicklaw (NB) at paragraph 8.”

*Shareline Systems Ltd. v. New Brunswick* (2001), 235 N.B.R. (2d) 162 (C.A.) at para. 18, Drapeau J.A. (as he then was).

- “When the moving party [in a 23.01(1)(b) application] is the defendant, the question to be answered by the court is the following: Assuming the facts as stated are true, is it “plain and obvious” that the Statement of Claim discloses no reasonable cause of action? See *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at para. 33. The object of Rule 23.01(1)(b) is to permit the striking of a pleading that on its face does not disclose a cause of action or defence. Accordingly, evidence purporting to provide a factual foundation for the action or defence is inadmissible, except with leave of the court under Rule 23.02. In the usual case, the court's decision under Rule 23.01(1)(b) will be based on a record comprised exclusively of the pleadings. Despite the significant evidentiary constraints imposed, expressly and implicitly, by Rule 22, the court is required to consider a

fait d'une chose déjà jugée, *res judicata*.

*Western Surety Co. c. Banque Nationale du Canada* (2001), 237 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 346 (C.A.) aux par. 24-28, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- « La règle 23.02 prévoit que, sous réserve de deux exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, aucune preuve n'est admise dans des motions visant à faire trancher une question de droit en application de la règle 23.01(1)a), sauf avec permission de la Cour » (par. 38). La Cour poursuit en précisant les circonstances où une autorisation d'appel est requise : « Cette démarche est conforme à la lettre et à l'esprit de la règle 23.01(1)a), qui vise à trancher les questions de droit soulevées par une plaidoirie et qui peuvent être traitées sans l'apport d'éléments de preuve. *Sauf circonstances exceptionnelles, la permission d'admettre des éléments de preuve à l'audition d'une motion en application de cette règle ne devrait pas être accordée* » (par. 40).

*Hogan c. Doiron* (2001), 243 R.N.-B. (2e) 263 (C.A.) aux par. 38, 40, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- Le Juge Drapeau, a distingué les règles de preuve propres aux règles 22 et 23: « [d]ans le cadre d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire présentée en application de la règle 22, les allégations de fait contestées que renferme la plaidoirie de la partie intimée ne sont pas réputés être véridiques. Il va sans dire que les motions en radiation d'une plaidoirie sont régies par une démarche contraire. Voir les règles 23.01(1)b) et 23.02 et l'arrêt *Cayouette c. Co-Operators General Insurance Co.*, [2000] A.N.-B. n<sup>o</sup> 296 (QL en ligne, ANB), au paragraphe 8 ».

*Shareline Systems Ltd. c. Nouveau-Brunswick* (2001), 235 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 162 (C.A.) au par. 18, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- « Lorsque l'auteur de la motion [dans une demande en vertu de 23.01(1)(b)] est le défendeur, la cour doit alors déterminer si, en tenant pour avérés les faits allégués, il est « évident et manifeste » que l'exposé de la demande ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Voir, à cet égard, *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, au par. 33. La règle 23.01(1)b) des Règles de procédure vise à autoriser la radiation d'une plaidoirie qui, à première vue, ne révèle pas de cause d'action ni de défense raisonnable. En conséquence, toute preuve censée fournir un fondement factuel à la cause d'action ou à la défense n'est admissible qu'avec la permission de la cour en application de la règle 23.02. Habituellement, la décision rendue par la cour en application de la règle



significantly greater record when called upon to determine a motion for summary judgment.”

*Caissie v. Senechal Estate* (2001), 237 N.B.R. (2d) 232 (C.A.) at paras. 10-11, Drapeau J.A. (as he then was).

- The Court rev'd the motions judge on a Rule 23.01(2)(a) question of jurisdiction. Here the contract between the parties included a clearly expressed forum selection clause (choosing a Commercial Court in Copenhagen), and thus, the motions judge erred in not determining whether it should be binding on the parties.

*Groupe Qualité Lamèque Ltée v. A/S Nyborg Plast* (2001), 242 N.B.R. (2d) 98 (C.A.), Drapeau J.A. (as he then was).

- The Court affirmed the trial judge's dismissal of an action for lack of jurisdiction under Rule 23.01(2)(a); here the respondent was a statutorily-created tribunal with its own adjudicative procedure and privative clause, subject to judicial review to the Court of Appeal. Robertson J.A. took a deferential approach to the interpretation of the enabling statute, finding that the issues were squarely within the tribunal's jurisdiction (para. 40).

Speaking to an alternative argument that a jurisdictional challenge should not be decided where the interpretation of a contract is involved (which the appellant submitted to be an inquiry of fact):

Strait Crossing submits that on a preliminary motion it is inappropriate to determine a question of law wherein the legal issue is dependent on factual determinations. It is submitted that in cases where there is a triable issue as to jurisdiction, Rule 23.01(2)(a) should not be applied to dismiss an action. In my view, the interpretation of a contract is primarily a question of law. The fact that the issue is expressed in terms of identifying the intention of the parties does not mean that the proper test is a subjective one. The test is an objective one tied to the words of the agreement, not the personal understandings of the parties...

*Strait Crossing Inc. v. New Brunswick (Workplace Health Safety and Compensation Commission)*

23.01(1)b) est fondée sur un dossier qui renferme uniquement les plaidoiries. Malgré les importantes contraintes expresses ou implicites en matière de preuve qu'impose la règle 22, la cour doit examiner un dossier beaucoup plus étoffé lorsqu'elle est appelée à statuer sur une motion en jugement sommaire ».

*Caissie c. Sénéchal succession* (2001), 237 R.N.-B. (2e) 232 (C.A.) aux par. 10-11, Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- La Cour a renversé la décision du juge des motions sur une question de compétence en vertu de la règle 23.01(2)(a). Ici le contrat entre les parties renfermait une clause qui spécifiait le forum (mentionnant la Cour commerciale à Copenhague) et en conséquence le juge des motions avait erré en déterminant que cette clause ne liait pas les parties.

*Groupe Qualité Lamèque Ltée c. A/S Nyborg Plast* (2001), 242 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 98 (C.A.), Drapeau j.c.a. (maintenant juge en chef).

- La Cour a confirmé la décision du juge de première instance qui avait rejeté une action pour manque de compétence de la Cour en vertu de la règle 23.01(2)(a): ici l'intimé était un tribunal constitué en vertu d'une loi avec son propre processus d'appel et une clause privative, sujet à une révision judiciaire à la Cour d'appel. Le Juge Robertson a fait preuve de déférence en interprétant la loi constitutive, et en concluant que les questions traitées ici relevaient clairement et exclusivement de la juridiction des commissions (par.40).

Traitant de la question subsidiaire, à l'effet qu'une question de compétence ne devrait pas être traitée lorsque l'interprétation d'un contrat est en jeu (ce que l'appellant a soumis comme étant une conclusion de fait):

Strait Crossing a avancé une assertion subsidiaire au cas où notre Cour statuerait contre son argument d'interprétation. La compagnie soutient qu'il est inapproprié, à l'étape d'une motion préliminaire, de statuer sur une question de droit lorsque la question juridique en litige dépend de conclusions de fait. Elle soutient que, dans les affaires comportant une question justiciable relative à la compétence, il ne faudrait pas appliquer la Règle 23.01(2)a) pour rejeter une action. À mon avis, l'interprétation d'un contrat est surtout une question de droit. Le fait qu'une question est formulée comme une obligation de déterminer l'intention des parties ne signifie pas que le critère approprié à

(2002), 252 N.B.R. (2d) 51 (C.A.) at paras. 24, 40, Robertson J.A.

- The Court aff'd the trial judge's application of Rules 23.01(1)(a) (application to the court to determine questions of law as raised by the pleadings), and 23.02 (Evidentiary limitations). The Court stated that 23.01(1)(a) applied because it would "dispose of part of the action" as contemplated by the Rule. The Court went on to state that affidavit evidence, other than that which was required to identify the relevant documents, should have been excluded in the determination, as per 23.02.

*Dionne Farms Ltd. v. Fermes Gervais Ltée* (2002), 255 N.B.R. (2d) 6 (C.A.) at paras. 41-42, Deschênes J.A.

- In the context of one party's application to amend its pleadings, the Court stated that the combined effect of Rules 27.06(1), 23.01(1)(b), 27.09, and 27.06(14) led to the conclusion that "an amendment to a pleading designed to bring into the mix a clearly irrelevant fact or inapplicable statutory provision must be denied" (para. 16).

The Court went on to state the proper test and threshold for applications under Rule 23.01(1)(b):

It is settled law that a pleading ought not to be struck on the ground that it does not disclose a reasonable cause of action unless that conclusion is plain and obvious. The leading case on point is *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959. In that case, at para. 33, Wilson J., writing for a unanimous Court, formulates the following test to govern the application of provisions that empower courts to strike out pleadings that fail to disclose a reasonable cause of action:

Thus, the test in Canada governing the application of provisions like Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court* is the same as the one that governs an application under R.S.C.O. 18, r. 19: assuming that the facts as stated in

appliquer est subjectif. Le critère est objectif et s'applique au libellé de l'accord et non aux interprétations personnelles des parties.

*Strait Crossing Inc. c. Nouveau-Brunswick (Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail)* (2002), 252 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 51 (C.A.) aux par. 24 et 40, Robertson j.c.a.

- La Cour a confirmé l'application qu'a faite le juge de première instance de la règle 23.01(1)(a) (demande à la Cour de trancher avant le procès une question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours) et de la règle 23.02 (règles de preuve). La Cour a statué que la règle 23.01(1)(a) s'appliquait parce que cela « peut régler le litige » comme décrit dans cette règle 23.01(1)(a). La Cour a précisé également que la preuve par affidavit, autre que celle nécessaire pour identifier les documents pertinents, aurait dû être exclue, selon la règle 23.02.

*Fermes Dionne Ltée. c. Fermes Gervais Ltée* (2002), 255 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 6 (C.A.) aux par. 41-42, Deschênes j.c.a.

- Dans le contexte d'une demande d'une partie de modifier sa plaidoirie, la Cour a déterminé que l'effet combiné des règles 27.06(1), 23.01(1)(b), 27.09, and 27.06(14) amène à la conclusion que : « il y a lieu de refuser d'admettre les modifications de plaidoirie ne visant qu'à mêler aux procédures ce qui, manifestement, est un fait non pertinent ou une disposition législative inapplicable » (par. 16).

La Cour a précisé plus loin le test approprié à appliquer pour la règle 23.01(1)(b):

Il est acquis, en droit, qu'une plaidoirie ne doit être radiée parce qu'elle omet de révéler une cause d'action raisonnable que si cette conclusion est évidente et manifeste. L'arrêt de principe en la matière est *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959. Au paragraphe 33 de cette décision, la juge Wilson, au nom d'une Cour unanime, formule le critère ci-dessous, qui régit l'application des dispositions habilitant les tribunaux à radier un acte de procédure s'il ne révèle pas de cause d'action raisonnable :

Ainsi, au Canada, le critère régissant l'application de dispositions comme la règle 19(24)(a) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique est le même que celui régissant une

the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) of the British Columbia Rules of Court should the relevant portions of a plaintiff's statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a).

Courts of this Province have consistently applied that test to the determination of motions under Rule 23.01(1)(b). See *Lévesque v. Picard and Minister of Justice* (1984), 53 N.B.R. (2d) 169 (Q.B.; Creaghan J.), varied (1985), 66 N.B.R. (2d) 87 (C.A.), *RGL Properties Inc. et al. v. Co-Operators Development Corp.* (1992), 129 N.B.R. (2d) 238 (Q.B.; Jones J.), *Petrovics v. Canada et al.* (1999), 209 N.B.R. (2d) 237 (Q.B.; Russell J.), leave to appeal denied (1999), 210 N.B.R. (2d) 109 (C.A.). In my view, that test should govern the determination that is required here. In making that determination, courts should accommodate drafting deficiencies by a generous reading of the contested text. (paras. 20-21)

*Modern Construction (1983) Ltd. v. Enbridge Gas New Brunswick Inc.* (2003), 264 N.B.R. (2d) 145 (C.A.) at paras. 16, 20-21, Drapeau C.J.N.B.

● The Court reversed the trial judge, who had incorrectly

requête présentée en vertu de la règle 19 de l'ordonnance 18 des R.S.C. : dans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il « évident et manifeste » que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? Comme en Angleterre, s'il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être « privé d'un jugement ». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action. Ce n'est que si l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) des Rules of Court de la Colombie-Britannique que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en application de la règle 19(24)a.

Les tribunaux de notre province ont appliqué systématiquement ce critère aux motions qui s'appuient sur la règle 23.01(1)(b). Voir *Lévesque c. Picard and Minister of Justice* (1984), 53 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 169 (C.B.R.; le juge Creaghan), modif. (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 87 (C.A.), *RGL Properties Inc. et al. c. Co-operators Development Corp.* (1992), 129 R.N.-B. (2e) 238 (C.B.R.; le juge Jones), *Petrovics c. Canada et al.* (1999), 209 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 237 (C.B.R.; le juge Russell), autorisation d'appel refusée (1999), 210 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 109 (C.A.). À mon sens, ce critère doit régir la décision à rendre en l'espèce. Les tribunaux qui ont à statuer en la matière devraient faire montre de souplesse devant les lacunes de rédaction en donnant une interprétation généreuse du texte contesté.

*Modern Construction (1983) Ltd. c. Enbridge Gas Nouveau-Brunswick Inc.* (2003), 264 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 145 (C.A.) aux par. 16, 20-21, Drapeau J.C.N.-B.

● La Cour a infirmé la décision du juge du procès qui avait incorrectement ordonné que certains paragraphes des

ordered that certain paragraphs of the plaintiff's pleadings be struck out on the bases of lack of jurisdiction and legal capacity. The Court stated that "the [defendant's] motion was based on Rules 23.01(2)(a) and (b). Now these rules provide for the complete dismissal of an action and do not grant a judge the power to strike out a pleading ("application/Statement of Claim") in whole or in part. Rules 23.01(1)(b) and 27.09 deal with this situation. Under circumstances such as these, Rule 37.03(b) comes into play. It provides that a Notice of Motion must state the rules that the moving party will rely on: see for instance *Norris v. Lloyd's of London* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29 (C.A.), at para. 10, and *Waugh v. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 224 N.B.R. (2d) 391 (C.A.), at paras. 12-13. Consequently, the Minister could not obtain the order he was seeking, namely the striking out of certain parts of the Statement of Claim, under the rules that he cited." The Court also found that the trial judge had jurisdiction (23.01(2)(a)) to decide the issue, contrary to what was advanced by the defendant.

*Caraquet (Town) v. New Brunswick (Minister of Health and Wellness)* (2005), 282 N.B.R. (2d) 112 (C.A.) at para. 11, Drapeau C.J.N.B.

- Here the Court provided a review of the interpretative history of Rules 23.01 and 23.02 in the jurisprudence:

The traditional approach to adjudication is one that favors the settlement of all issues at one time: *Miawpukek Band v. Ind-Rec Highway Services Ltd.* (1999), 172 Nfld. & P.E.I.R. 245 (C.A.; Greene J.A., as he then was). That approach reflects the time-tested conviction that a piecemeal approach to adjudication often proves counterproductive in achieving worthwhile economies of time and money, and a just result. That said, several Rules of Court, including Rules 22.04(3), 23.01(1)(a) and 24, allow for a derogation from the traditional approach through pre-trial determinations of questions of law. Given the right circumstances, those Rules may prove helpful in securing the just, least expensive and most expeditious determination of proceedings on their merits.

[...]

Rule 23.01(1)(a), it sets up a regime whose ambit is significantly narrower than that of Rules 22.04(3) and 24. That state of affairs is due in large measure to Rule 23.01(1)'s

plaidoiries de la partie plaignante soient radiées à cause d'un manque de juridiction et d'absence de capacité juridique. La Cour a énoncé que « la motion du Ministre était fondée sur les règles 23.01(2)a et b). Or, ces règles envisagent le rejet complet de l'action et elles n'accordent pas à un juge le pouvoir de radier une plaidoirie (« requête/exposé de la demande ») en tout ou en partie. Les règles 23.01(1)b) et 27.09 portent sur cette question et ni l'une ni l'autre n'a été invoquée dans l'avis de motion du Ministre. En pareilles circonstances, la règle 37.03b) entre en ligne de compte. Elle prescrit que l'avis de motion doit indiquer les renvois aux règles qui seront invoquées par l'auteur de la motion : voir notamment *Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2e) 29 (C.A.), au par. 10, et *Waugh et al. c. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 391 (C.A.), aux par. 12-13. Il s'ensuit que le Ministre ne pouvait obtenir l'ordonnance qu'il sollicitait, soit la radiation de certaines parties de l'exposé de la demande, par l'application des règles qu'il invoquait ». La Cour a dit également que le juge du procès avait compétence (23.01(2)(a)) pour trancher la question, contrairement à ce qui était avancé par le défendeur.

*Caraquet (Ville) c. Nouveau- Brunswick (Ministre de la santé et du mieux-être)* (2005), 282 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 112 (C.A.) au par. 11, Drapeau J.C.N.-B.

- Ici la Cour fournit une revue exhaustive de l'histoire jurisprudentielle de l'interprétation des règles 23.01 et 23.02:

Le mode traditionnel de règlement des litiges favorise le règlement simultané de toutes les questions litigieuses (*Miawpukek Band c. Ind-Rec Highway Services Ltd.* (1999), 172 Nfld. & P.E.I.R. 245 (C.A., le juge d'appel Greene, tel était alors son titre). Cette façon de procéder traduit une conviction dont les années ont confirmé la justesse : le règlement fragmentaire d'un litige va souvent à l'encontre de la réalisation d'économies appréciables de temps et d'argent, et d'une juste issue de l'instance. Cela dit, plusieurs de nos règles de procédure, parmi lesquelles les règles 22.04(3), 23.01(1)a) et 24, admettent une dérogation au mode traditionnel de règlement du litige en permettant que des questions de droit soient tranchées avant le procès. À supposer que la situation s'y prête, ces règles peuvent concourir à assurer une solution équitable de

allergy to evidence.

Drapeau C.J.N.B. also reaffirmed the Court's stance on applications for leave to adduce additional evidence: "leave under Rule 23.02 ought to be granted only exceptionally: *Hogan v. Doiron* (2001), 243 N.B.R. (2d) 263 (C.A.) at para. 40."

The Chief Justice then turned his mind to Rule 23.01's conditions precedent:

The text of Rule 23.01(1)(a) makes plain that it has application only in connection with a question of law raised by a pleading and where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs. The possibility that the determination of a question of law raised by a pleading might achieve one of those three objectives is a condition precedent to the exercise of judicial discretion that is implicit in Rule 23.01(1)(a): *Lloyd's of London v. Norris* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29 (C.A.), *Berlin Developments Ltd. v. Royal Oaks Estates Inc.* (2001), 237 N.B.R. (2d) 253 (Q.B.; P.S. Creaghan J.) and *CDP Accès Capital Inc. c. Engrais Chaleur Ltée*, [2003] A.N.-B. no 482 (C.A.; Richard J.A.) (QL). What is contemplated here is a real and substantial possibility that judicial intervention will be of significant assistance in achieving at least one of the Rule's stated objectives.

While the record upon which a legal determination stands to be made under Rule 23.01(1)(a) is usually limited to the pleadings (see *Business Development Bank of Canada v. Roth*, [2000] N.B.J. No. 352 (Q.B.; Deschênes J., as he then was) (QL), it is an open question whether evidence that is directed solely at establishing the conditions precedent to the application of Rule 23.01(1)(a) is caught by Rule 23.02.

The Chief Justice went on to state that the hypothetical nature of a question of law "may not preclude resort to Rule 23.01(1)(a), but it certainly weighs in the balance, along with other factors, against the court exercising its discretion in favor of an immediate determination."

Finally, the Chief Justice expressed his disapproval of the use of Rule 23.01 to deal with "complex and difficult issues of statutory interpretation":

Rule 23.01(1)(a) is unsuited for the resolution of unsettled, complex and difficult questions of statutory interpretation whose

l'instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive.

[...]

la règle 23.01(1)a, elle établit un régime dont le champ d'application se révèle nettement plus restreint que celui des règles 22.04(3) et 24. Cet état de choses est imputable en bonne partie au fait que, à toute fin pratique, la règle 23.01(1) n'admet pas la preuve.

Le juge en chef a aussi confirmé le point de vue de la cour déjà exprimé dans des décisions antérieures sur l'autorisation de présenter de la nouvelle preuve: « la permission qu'exige la règle 23.02 ne doit être accordée qu'exceptionnellement (*Hogan c. Doiron et al.* (2001), 243 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 263 (C.A.), par. 40).

Puis le juge en chef a précisé les conditions préalables à l'application de la règle 23.01:

Le texte de la règle 23.01(1)a indique nettement qu'elle n'est applicable que si une question de droit est soulevée par une plaidoirie et que la solution de cette question peut régler le litige, abrégier le procès ou réduire considérablement les frais. La possibilité qu'un de ces trois objectifs soit réalisé, par suite de la solution d'une question de droit soulevée dans une plaidoirie, est une condition préalable de l'exercice de pouvoir judiciaire discrétionnaire que suppose la règle 23.01(1)a (*Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 29 (C.A.), *Berlin Developments Ltd. c. Royal Oaks Estates Inc.* (2001), 237 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 253 (C.B.R., le juge Paul S. Creaghan) et *CDP Accès Capital Inc. c. Engrais Chaleur Ltée*, [2003] A.N.-B. n<sup>o</sup> 482 (C.A., le juge d'appel Richard) (QL)). La possibilité dont il s'agit ici est une possibilité réelle et substantielle que l'intervention de la cour aide sensiblement à atteindre au moins un des objectifs énoncés par la règle.

Le dossier sur le fondement duquel une question de droit est tranchée en vertu de la règle 23.01(1)a se limite d'ordinaire aux plaidoiries (*Business Development Bank of Canada c. Roth*, [2000] A.N.-B. no 352 (C.B.R., le juge Deschênes, tel était alors son titre) (QL)). Les tribunaux ont encore à déterminer, cependant, si la preuve strictement destinée à établir que

determination would be facilitated by a consideration of evidence, be it only evidence pertaining to the provision's object, and the Legislature's intention in relation thereto, and whose determination would, as well, benefit from the refinement and honing of arguments that typically takes place over the course of pre-trial preparation and at the trial itself. Examples of that cautious approach in action abound in the jurisprudence.

Thus, in *Progressive Casualty Insurance Co. v. Saygili* (1999), 46 O.R. (3d) 10, Bellamy J. declined to make a pre-trial determination of a difficult and unsettled question of law that, like the one requested in the Court of Queen's Bench, hinged on correctly identifying the precise contours of a relatively novel insurance scheme and the true intention of the drafters of the ambiguous legislation that seeks to give it expression. See, as well, *Berlin Developments Ltd. v. Royal Oaks Estates Inc.*, *Cameron v. Medical Society of Prince Edward Island* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 233 (T.D.) and *M. & M. Amusement Co. v. Prince Edward Island*, [2005] P.E.I.J. No. 72 (S.C.T.D.; Jenkins J.A.) (QL). A more enlightened result is likely to be achieved if questions of that nature are dealt with at trial (see *Agnew v. Dow Chemical Co.* at para. 39).

*Boisvert v. LeBlanc*, [2005] N.B.J. No. 561 (C.A.)(QL) at paras. 16, 19, 21, 23-24, 31 & 35-36, Drapeau C.J.N.B.

sont remplies les conditions préalables de l'application de la règle 23.01(1)a tombe sous le coup de la règle 23.02. Pareille preuve n'a pas été produite en l'espèce.

Le juge en chef Drapeau parle ensuite de la nature hypothétique de la question de droit qui ne « ne pas empêcher de recourir à la règle 23.01(1)a), mais il joue sans aucun doute, avec d'autres facteurs, contre l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour trancher immédiatement ».

Finalement, le juge en chef exprime son désaccord avec l'utilisation de la règle 23.01 lorsque « la question que soulève l'avis de motion [l'appelante] est, à certains égards du moins, à la fois complexe et difficile ».

La règle 23.01(1)a) est une disposition inadaptée à la décision de questions d'interprétation législative irrésolues, complexes et difficiles, dont la solution serait facilitée par l'examen de preuve - fût-ce uniquement de preuve relative à l'objet de la disposition et à l'intention du législateur - et profiterait par ailleurs de l'épuration et de l'affinement de l'argumentation constatés d'ordinaire au fur et à mesure de la préparation du procès, et au procès proprement dit. La jurisprudence regorge d'exemples de recours à cette démarche prudente.

Ainsi, dans *Progressive Casualty Insurance Co. c. Saygili* (1999), 46 O.R. (3d) 10, la juge Bellamy a refusé de rendre, sur une question de droit difficile et irrésolue, avant l'instruction du procès, une décision qui, comme la solution demandée ici auprès de la Cour du Banc de la Reine, dépendait de la détermination exacte des limites précises d'un régime d'assurance relativement nouveau et de l'intention véritable des rédacteurs des mesures législatives ambiguës qui visaient à articuler le régime (*Berlin Developments Ltd. c. Royal Oaks Estates Inc.*, *Cameron c. Medical Society* (P.E.I.) et al. (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 233 (Div. 1re inst.) et *M. & M. Amusement Co. c. Prince Edward Island*, [2005] P.E.I.J. No. 72 (C.S., Div. 1re inst., le juge d'appel Jenkins) (QL)). Il est probable qu'examiner dans le cadre d'un procès des questions de cette nature donne un « résultat plus éclairé » (*Agnew et al. c. Dow Chemical Co. et al.*, par. 39).

*Boisvert c. LeBlanc*, [2005] A.N.-B. No. 561

<p>● The Court overturned the motions judge’s decision to strike the appellant’s claim against the insurance company under Rule 23.01(b). The Court held that the motions judge erred in considering discovery evidence and:</p> <p style="padding-left: 40px;">[d]espite the breadth of its introductory wording, Rule 23.02(a) will rarely, if ever, come into play on a motion under Rule 23.01(1)(b). Needless to say, it is a natural fit in the context of applications for judgment on an admission of fact in the examination of an adverse party pursuant to Rule 23.01(1)(c).</p> <p>Drapeau C.J.N.B emphasized that the issue for the motion judge was not “whether Ms. Sewell’s action was factually meritorious, an issue determinable prior to trial on a motion for summary judgment under Rule 22.01(3), but whether her Statement of Claim disclosed a reasonable cause of action.” He added that Rule 23.01(1)(b) does not authorize “the striking of a Notice of Action or the dismissal of the action (regarding the last point, see <i>Norris v. Lloyd’s of London</i> (1998), 205 N.B.R. (2d) 29 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 351 (QL) at para. 13).”</p> <p>Drapeau C.J.N.B. summarized the principles informing the determination of a defendant’s motion to strike under Rule 23.01(1)(b):</p> <p style="padding-left: 40px;">(1) the only question for judicial resolution is whether it is plain and obvious that the Statement of Claim fails to disclose the essential elements of a cause of action tenable at law. That conclusion should be reached only in the clearest of cases; (2) correlatively, absent exceptional circumstances, the court must accept as proved all facts asserted in the Statement of Claim and abstain from looking beyond the pleading itself and any documents referred to therein (see <i>Hogan v. Doiron et al.</i> (2001), 243 N.B.R. (2d) 263, [2001] N.B.J. No. 382 (QL), 2001 NBCA 97, para. 38 and <i>Boisvert v. LeBlanc</i> (2005), 294 N.B.R. (2d) 325, [2005] N.B.J. No. 561 (QL), 2005</p>	<p style="text-align: right;">(C.A.)(QL) aux par. 16, 19, 21, 23-24, 31 &amp; 35-36, Drapeau J.C.N.-B.</p> <p>● La Cour a renversé la décision de la juge saisie de la motion radiant l’exposé de la demande de l’appelant contre une compagnie d’assurance en vertu de la règle 23.01b). La Cour a conclu que la juge saisie de la motion a erré dans sa décision de ne pas tenir compte de toute la preuve obtenue lors de l’interrogatoire au préalable :</p> <p style="padding-left: 40px;">[q]uoique la formule par laquelle s’ouvre la règle 23.02a) soit libellée en termes larges, cette règle n’entrera en jeu que rarement dans une motion présentée en application de la règle 23.01(1)(b), si tant est qu’elle entre jamais en jeu. Il va sans dire, toutefois, que la règle sied parfaitement lorsque la cour est priée de rendre jugement, suivant la règle 23.01(1)(c), sur le fondement de faits avoués pendant l’interrogatoire d’une partie adverse.</p> <p>Le juge en chef Drapeau a souligné que «[l]a question sur laquelle devait statuer la juge saisie de la motion n’était pas celle de savoir si la poursuite de Mme Sewell avait un fondement factuel, question qui peut être tranchée avant le procès dans le cadre d’une motion en jugement sommaire présentée en application de la règle 22.01(3), mais si l’exposé de la demande révélait une cause d’action raisonnable ». Le juge en chef Drapeau a ajouté que la règle 23.01(1)(b) n’autorise pas «la radiation d’un avis de poursuite ou le rejet de l’action (sur ce dernier point, voir <i>Norris c. Lloyd’s of London</i> (1998), 205 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 29 (C.A.), [1998] A.N.-B. n° 351 (QL), par. 13).»</p> <p>Le juge en chef Drapeau a résumé les principes qui orientent la décision à rendre sur la motion en radiation présentée par un défendeur en application de la règle 23.01(1)(b) comme suit :</p> <p style="padding-left: 40px;">(1) la seule question qu’aient à trancher les tribunaux est celle de savoir s’il est évident et manifeste que l’exposé de la demande ne révèle pas les éléments essentiels d’une cause d’action soutenable en droit, conclusion à laquelle ils n’arriveront que dans les cas les plus manifestes; (2) parallèlement, sauf circonstances exceptionnelles, les tribunaux doivent tenir pour prouvés tous les faits énoncés dans l’exposé de la demande et s’abstenir d’un examen qui déborderait la plaidoirie même et les documents auxquels elle renvoie (<i>Hogan c. Doiron et al.</i> (2001), 243 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 263, [2001] A.N.-B. n° 382 (QL), 2001 NBCA 97 (CanLII), 2001 NBCA</p>
---	---

NBCA 115, para. 21). To expand the exercise beyond those limits would operate to morph the motion under Rule 23.01(1)(b) into an application for summary judgment under Rule 22, the appropriate vehicle to determine prior to trial whether there is factual merit to a claim; (3) the Statement of Claim is to be read generously to accommodate drafting deficiencies; and (4) where a generous reading of its provisions fails to breath life into a pleading, all suitable amendments should be allowed (see Rule 27.10(1) and *LeDrew et al. v. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). Those principles reflect the Legislature's injunction that the Rules be "liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits": Rule 1.03.

*Sewell v. Sewell* (2007), 314 N.B.R. (2d) 330, [2007] N.B.J. No. 219 (QL), 2007 NBCA 42 at paras. 23, 26-27, Drapeau C.J.N.B.

- The Court made the following observations about Rule 23.01(2) (see also this case's annotation under Rule 19.05 for a thorough review):

Even after the Statement of Defence has been filed and served, a defendant may yet apply for an order staying or dismissing the action on the ground that the court lacks jurisdiction or that New Brunswick is not a convenient forum for the trial: clauses (a) and (d) of Rule 23.01(2). [...]

Whether the hearing relates to relief sought under Rule 19.05(1) or Rule 23.01(2), evidence is both admissible and necessary in respect of contentious issues of fact. And, as we shall see, the court's determination must, failing suitably helpful admissions, be informed by the evidence placed before it and the fact that the moving party bears, not only the burden of persuasion but, as well, the

97, par. 38, et *Boisvert c. LeBlanc* (2005), 294 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 325, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 561 (QL), 2005 NBCA 115 (CanLII), 2005 NBCA 115, par. 21). Passer ces limites transmueraient une motion présentée en application de la règle 23.01(1)(b) en une demande de jugement sommaire fondée sur la règle 22, cadre approprié pour déterminer avant le procès si une demande a un fondement factuel; (3) il y a lieu de donner une interprétation généreuse de l'exposé de la demande pour faire montre de souplesse devant les lacunes de rédaction qu'il pourrait présenter; (4) lorsqu'une interprétation généreuse de ses dispositions ne rétablit pas la plaidoirie, il convient de permettre toute modification opportune (règle 27.10(1) et *LeDrew et al. c. Conception Bay South (Town)* 2003 NLCA 56 (CanLII), (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). Ces principes s'accordent avec les prescriptions du législateur, qui enjoint à donner des règles « une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » (règle 1.03).

*Sewell c. Sewell* (2007), 314 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 330, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 219 (QL), 2007 NBCA 42 aux par. 23 et 26 à 27, Drapeau J.C.N.-B.

- La Cour a fait les remarques suivantes au sujet de la règle 23.01(2):

Même après que l'exposé de la défense a été déposé et signifié, le défendeur peut demander une ordonnance portant suspension ou rejet de l'action pour le motif que la cour n'a pas compétence ou que le Nouveau-Brunswick n'est pas un endroit propice à l'instruction de l'instance : alinéas a) et d) de la règle 23.01(2). [...]

Que l'audience se rapporte à un redressement sollicité en vertu de la règle 19.05(1) ou de la règle 23.01(2), des éléments de preuve sont à la fois admissibles et nécessaires en ce qui concerne les questions de fait litigieuses. De plus, comme nous le verrons, en l'absence d'aveux suffisamment utiles, la décision de la cour doit être éclairée par la



onus of proof in respect of evidence-dependent matters. That evidence may be given by affidavit, which need not be confined to statements of fact within the personal knowledge of the deponent. Indeed, they may contain statements as to information and belief, if the source is specified: Rule 39.01(1) and (4). Moreover, Rule 39.02(1) has application to motions under Rules 19.05(1) and 23.01(2): witnesses, other than the parties, may be examined, cross-examined and re-examined prior to the hearing, and a transcript of their evidence may be used at the hearing. As well, any person may be orally examined or cross-examined at the hearing with leave of the court: Rule 39.02(2).

The upshot of all of these observations regarding the scope of Rules 19.05 and 23.01(2) is that motions such as the one that concerns us here stand to be determined on the basis of admissions, express or implied, and evidence. Unsubstantiated allegations can hardly form a basis for judicial intervention under the aegis of those rules.

[...]

Rules 19.05(2)(c) and 23.01(2)(d) allow the court to stay or dismiss an action on the ground that New Brunswick is not "a convenient forum for the trial or hearing of the proceeding." While a literal reading of the quoted phrase suggests that judicial intervention is appropriate only where our province is an inconvenient forum, the jurisprudence on point has settled upon the view that it is not "convenient" within the meaning of those rules if there is another forum that is clearly more appropriate: *Amchem [Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)]*, [1993] 1 S.C.R. 897] at 931, and *Spar Aerospace [Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.]*, [2002] 4 S.C.R. 205] at para. 77.

preuve déposée devant elle et par le fait que l'auteur de la motion a non seulement le fardeau de persuasion mais également le fardeau de la preuve pour ce qui est des questions qui dépendent de la preuve produite. Cette preuve peut être établie par affidavit, auquel cas il n'est pas nécessaire que l'affidavit soit restreint aux faits personnellement connus du déposant. Il peut en effet relater des faits que le déposant a appris ou qu'il croit être vrais pourvu que la source soit précisée dans l'affidavit : règles 39.01(1) et (4). En outre, la règle 39.02(1) s'applique aux motions présentées en vertu des règles 19.05(1) et 23.01(2) : l'interrogatoire, le contre-interrogatoire et le réinterrogatoire de témoins, autres que les parties à l'instance, peuvent se faire avant l'audience et une transcription de leur déposition peut être utilisée à l'audience. De plus, toute personne peut être interrogée ou contre-interrogée à l'audience avec la permission de la cour : règle 39.02(2).

Il découle de toutes ces observations concernant la portée des règles 19.05 et 23.01(2) que les motions comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce doivent être tranchées en fonction des aveux, exprès ou tacites, et de la preuve. Des allégations non établies ne sauraient justifier l'intervention de la Cour sous le régime de ces règles.

[...]

Les règles 19.05(2)(c) et 23.01(2)(d) autorisent la Cour à suspendre ou à rejeter l'action pour le motif que le Nouveau-Brunswick « n'est pas un endroit propice à l'instruction ou à l'audition de l'instance ». Bien qu'une interprétation littérale de l'expression citée donne à penser que l'intervention de la Cour n'est justifiée que lorsque notre province n'est pas un endroit propice, la jurisprudence pertinente a retenu l'opinion voulant que la province ne soit pas « propice » au sens de ces règles s'il existe un autre ressort ou tribunal nettement plus approprié : *Amchem [Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)]*, [1993] 1 S.C.R. 897] à la page

*Succession de feu André Gauthier v. Coutu*, [2006] N.B.J. No. 38 (C.A.) (QL), at paras. 12-14, 81.

“Standing” is separate and distinct from “capacity” as referred to by Rule 23.01(2)(b). “Capacity” has to do with the characteristics of the party. “Standing” refers to the appropriateness of the Court ruling on an issue as it concerns a particular plaintiff. Public interest standing is decided under common law and inherent jurisdiction, and not under Rule 23.01(2)(b).

*Morgentaler v. New Brunswick* (2009), 344 N.B.R. (2d) 39, [2009] N.B.J. No. 139 (QL), 2009 NBCA 26, at paras. 42-52, per Drapeau C.J.N.B..

- Where the determination of a question of law resolves the ultimate liability of the parties, the hearing should be converted to a summary judgment hearing, pursuant to the power provided under R.37.10(a).

*Druet v. Girouard*, 2012 NBCA 40, paras. 21-23.

- The court concluded that evidence to support an admitted fact is superfluous and that this understanding of the law is reflected in Rule 23.01(1)(c), which allows judgment before trial on the basis of admissions in the pleadings.

*AMEC Americas Limited v. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, para. 46.

- The court considered an appeal from a motion judge’s determination of a question of law pursuant to Rule 23.01(1)(a). Section 74(5) of the *Municipalities Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-22 affords municipal officers security of tenure until “retirement, death, resignation or dismissal for cause by the affirmative vote of at least two thirds of the whole council”. The appellant was removed from office by such a vote, and sought relief and reinstatement through an action in the Court of Queen’s Bench. The question of law raised under Rule 23.01(1)(a) was whether reinstatement could be sought by such an action, or solely through judicial review under Rule 69. The motion judge found that the relief could only be sought by judicial review, and dismissed the action. On appeal, this Court agreed with the motion judge’s determination of the question of law, and found the relief sought in the Statement of Claim to be a disguised attempt at quashing the decision of the Town Council. However, the appeal was allowed on the basis that

931, et Spar Aerospace, [*Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205], par.77

*Succession de feu André Gauthier c. Coutu*, [2006] A.N.-B. n°. 38 (C.A.) (QL), aux par. 12-14, 81.

La qualité pour agir est distincte de la capacité pour agir tel qu’il en est question dans la règle 23.01(2)(b). La capacité se rapporte aux caractéristiques de la partie. La qualité pour agir concerne en quoi il serait approprié pour la cour de trancher une question qu’un demandeur en particulier tente de mettre devant elle. La qualité pour agir que confère l’intérêt publique est décidée en vertu de la common law et de la compétence inhérente, et non en vertu de la règle 23.01(2)(b).

*Morgentaler c. Nouveau-Brunswick* (2009), 344 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 39, [2009] A.N.-B. n° 139 (QL), 2009 NBCA 26, par. 42-52, Drapeau J.C.N.-B.

- Lorsqu’une décision sur une question de droit a pour effet de déterminer la responsabilité des parties, l’audience devrait être convertie en une audience pour jugement sommaire, conformément au pouvoir attribué en vertu de la règle 37.10(a)

*Druet c. Girouard*, 2012 NBCA 40, par. 21-23.

- La cour a conclu qu’il était superflu d’étayer, au moyen d’une preuve, un fait avoué et que cette interprétation du droit trouvait son expression dans la règle 23.01(1)(c), qui autorise les décisions préjudicielles fondées sur des faits avoués dans les plaidoiries.

*AMEC Amériques Limitée c. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, par. 46

- La cour a été saisi d’un appel relatif à la conclusion du juge de la motion sur une question de droit tranchée en vertu de la Règle 23.01(1)(a). Le par. 74(5) de la *Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22 assure aux fonctionnaires des municipalités une inamovibilité dans leurs fonctions jusqu’à « leur retraite, leur décès, leur démission ou leur renvoi pour un motif valable, décidé à la majorité des deux tiers au moins des voix du conseil plénier ». L’appelant a été démis de ses fonctions suite à une telle décision, et a demandé sa réintégration au moyen d’une action intentée devant la Cour du Banc de la reine. La question de droit soulevée en vertu de la règle 23.01(1)(a) était si un fonctionnaire municipal qui est démis de ses fonctions pour un motif valable par suite de pareille décision du conseil municipal, sa réintégration peut-elle être demandée par d’autres moyens qu’une révision judiciaire en vertu de la règle 69. Le juge de la motion a estimé que la mesure réparatoire ne peut être obtenue que par une

the motion judge had no authority to dismiss the action under Rule 23.01(1)(a), which only permits the determination of a question of law before trial: “In the absence of a motion for judgment or of a direction pursuant to Rule 37.10(a), the judge should have limited his ruling to determining the question of law that was laid before him”.

*Mourant v. Town of Sackville*, 2014 NBCA 56, at paras. 35, 41, per Richard J.A.

- “The motion judge was required to rule on a motion to strike out the Third Party Claim for lack of a reasonable cause of action pursuant to Rule 23. This being the case, he was required to apply a principle set out in a number of decisions from the Supreme Court of Canada and this Court. Under the circumstances, the motion judge should not have dismissed the Third Party Claim unless it was plain and obvious, *assuming the facts pleaded to be true*, that the allegations against the third party disclosed no reasonable cause of action. If it was not plain and obvious, the motion judge should have allowed the Third Party Claim to run its course [...]”

*Exit Realty Associates et al. v. Aubin et al.*, 2014 NBCA 47, at para. 17, per Deschênes J.A.

- The suitability of Rule 23.01(1)(a) as a vehicle for the determination of the question of law at issue (whether an estate could recover loss of future earnings pursuant to *survival of actions act*) was raised as a ground of appeal. The ground was dismissed: the question was raised by the pleadings, and, in contrast to *LeBlanc v. Boisvert*, in the present case the impugned provisions of the legislation in question were not novel; the legal question raised was narrower; and like-questions to those raised had been judicially interpreted elsewhere.

*The Estate of Caroline J. Higgins v. Arseneau*, 2014 NBCA 65, at para. 36, per Drapeau C.J.N.B.

The appeal stems from the appellants’ unsuccessful motion for an order under Rule 23.01(2)(a) dismissing the underlying action for damages on the ground that the court does not have jurisdiction to try it. The motion judge had dismissed the motion “because it was not plain and obvious the court lacked jurisdiction to try the action” (para. 4). Drapeau C.J.N.B. discussed the applicable standard to the determination of such motions,

révision judiciaire et a rejeté la demande. En appel, cette Cour fut en accord avec la conclusion du juge de la motion sur la question de droit, et a jugé que la réparation demandé dans l’exposé de la demande est une tentative déguisée de faire annuler la décision du conseil municipal. Cependant, l’appel a été accordé au motif que le juge de la motion n’avait pas compétence pour rejeter l’action en vertu de la règle 23.01(1)(a), mais seulement pour trancher une question préjudicielle : « En l’absence d’une motion en jugement ou d’un directive donnée en vertu de la règle 37.10a), le juge aurait dû limiter sa décision à la question de droit dont il avait été saisi ».

*Mourant c. Town of Sackville*, 2014 NBCA 56, au par. 35, 41, Richard j.c.a.

- « Le juge de la motion a statué sur la motion pour la radiation de la mise en cause pour absence de cause d’action raisonnable sous le régime de la règle 23. Cela étant, il lui fallait appliquer un des principes énoncés dans plusieurs arrêts de la Cour Suprême du Canada et de cette Cour. En l’occurrence, le juge de la motion ne devait pas rejeter la mise en cause à moins qu’il était évident et manifeste, *dans l’hypothèse où les faits allégués seraient avérés* que les allégations contre le mis en cause tels que mentionnées ne révélaient aucune cause d’action raisonnable. Sinon, le juge de la motion devait laisser la mise en cause suivre son cours [...] ».

*Exit Realty Associates et al. c. Aubin et al.*, 2014 NBCA 47, au par. 17, Deschênes j.c.a.

- L’inadaptation de la règle 23.01.(1)a) à la solution demandée pour trancher la question de droit (à savoir si une succession a droit à des dommages-intérêts pour perte de gains futurs conformément à la *loi sur la survies des actions en justice*) a été invoqué comme moyen d’appel. Le moyen d’appel a été rejeté : la question en litige a été soulevée par les plaidoiries et, contrairement à l’arrêt *LeBlanc c. Boisvert*, dans le cas d’espèce les dispositions législatives qui sont contestées ne sont pas nouvelles, la question de droit soulevée a une portée beaucoup plus restreinte, et des questions semblables à celle soulevée en l’espèce ont fait l’objet d’une interprétation judiciaire considérable ailleurs.

*La succession de Caroline J. Higgins c. Arseneau*, 2014 NBCA 65, au par. 36, Drapeau J.C.N.-B.

L’appel découle du rejet de la motion des appelants en vue d’obtenir, sous le régime de la règle 23.01(2)a), une ordonnance portant rejet de l’action au motif que la Cour n’a pas compétence pour s’en saisir. Le juge de la motion a rejeté la motion « parce qu’il n’était pas évident et manifeste que la Cour n’avait pas compétence pour instruire l’action » (par. 4). Le juge en chef Drapeau, a débattu de la norme applicable pour trancher une telle motion et a conclu que la norme du

and found it was not a standard of plain and obvious. Rather, the court must simply determine whether or not it has jurisdiction. In so finding, he noted the plain and obvious standard is not used for determinations under Rule 19.05(2)(b) (which also involves the issue of jurisdiction), and drew a parallel to the similar Rule in Ontario, where the plain and obvious test has also not been applied. He further explains:

There are sound process-related reasons to limit the “plain and obvious” test to Rule 23.01(1)(b). On a motion by a defendant, the question is whether the statement of claim, on its face, discloses a reasonable cause of action, not whether the plaintiff actually has a reasonable chance of prevailing at trial. As a general rule, one that admits of few exceptions, the court must accept as proven all allegations of fact in the contested pleading and dismiss the motion unless the fundamental deficiency is “plain and obvious”. It has long been widely accepted that the power to strike out should only be exercised where there is no doubt the pleading fails to disclose a reasonable cause of action or defence, as the case may be: *Tri-Development Limited v. Auffrey et al.* (1977), 15 N.B.R. (2d) 308, [1976] N.B.J. No. 195 (S.C.) (QL), at para. 2 (per Stratton, J., later C.J.N.B.). Nearly a century ago, the animating concern was described as follows: “[t]here is always some danger of a pruner cutting off a fruitful bough mistaking it for an unfruitful one”: *Sentinel-Review Co. v. Robinson*, [1926] O.J. No. 94 (S.C.) (QL).

The test under Rule 23.01(1)(b) is stringent because of: (1) a fear that, if it were otherwise, access to justice might be denied for meritorious, but poorly articulated claims; and (2) the belief in the curative power of appropriate amendments to pleadings. Moreover, that test is applied to a factual matrix shaped without resort to evidence. A different process is contemplated under Rule 23.01(2)(a).

On a motion under Rule 23.01(2)(a), pleaded allegations of fact are not deemed proven and, although the hearing should not be turned into a full-blown trial, evidence is both admissible and expected. The focus is on the true nature of the underlying dispute, rather than its formal description, and an amendment to the statement of claim will

caractère évident et manifeste ne s’appliquait pas. La Cour doit plutôt chercher à simplement déterminer si le tribunal a compétence ou non de se saisir ou non du litige. Facteur important à noter, les tribunaux se sont abstenus d’appliquer le critère du caractère « évident et manifeste » en tranchant des motions déposées sous le régime de la règle 19.05(2)(b) (qui implique aussi des questions de compétence), et a fait un parallèle avec une règle de procédure ontarienne similaire, où le critère du caractère « évident et manifeste » n’est également pas appliqué. Il explique :

Il existe de bonnes raisons, liées à la procédure, de limiter le critère du caractère « évident et manifeste » à la règle 23.01(1)(b). Dans le cadre d’une motion déposée par la partie défenderesse, la question qui se pose est celle de savoir si l’exposé de la demande révèle, à première vue, une cause d’action raisonnable et non de savoir si le demandeur a effectivement une chance de l’emporter au procès. En règle générale, et à peu d’exceptions près, la Cour doit accepter comme étant prouvées toutes les allégations de fait formulées dans la plaidoirie contestée et rejeter la motion à moins que le vice fondamental ne soit « évident et manifeste ». Il est généralement admis, depuis longtemps, que le pouvoir de radier ne devrait être exercé que lorsqu’il ne fait aucun doute que la plaidoirie ne révèle aucune cause d’action ou défense raisonnable, selon le cas : *Tri-Development Ltd. c. Auffrey et al.* (1976), 15 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 308, [1976] A.N.-B. n° 195 (C.S.) (QL), au par. 2 (le juge Stratton, plus tard devenu juge en chef du Nouveau-Brunswick). Il y a presque un siècle, la préoccupation fondamentale a été ainsi décrite : [TRADUCTION] « [i]l y a toujours un risque qu’un émondeur coupe une branche féconde en la confondant avec une branche stérile » : *Sentinel-Review Co. c. Robinson*, [1926] O.J. No. 94 (C.S.) (QL).

Le critère applicable au titre de la règle 23.01(1)(b) est strict en raison : (1) d’une crainte que, s’il en était autrement, il puisse y avoir déni d’accès à la justice dans le cas de demandes méritoires, mais mal formulées; et (2) de la croyance dans le pouvoir réparateur que peuvent avoir des modifications pertinentes apportées à une plaidoirie. De plus, ce critère est appliqué à un contexte factuel qui est façonné sans recours à une preuve quelconque. C’est un processus différent qui est envisagé à la règle 23.01(2)(a).

Dans le cadre d’une motion déposée sous le régime de la règle 23.01(2)(a), les allégations de

rarely, if ever, be capable of relieving against a jurisdictional deficiency. Rule 23.01(2)(a) requires a “determination” of the issue of subject-matter jurisdiction, a question of mixed fact and law. Evidence-dependent determinations under the Rules of Court stand to be made by application of the ordinary civil standard: the balance of probabilities. The burden of proof and persuasion typically lies with the moving party.

In my judgment, on a motion for dismissal of the action under Rule 23.01(2)(a), the defendant must show that the court probably lacks subject-matter jurisdiction. If the defendant fails to discharge that burden, the motion must be dismissed: *A/S Nyborg Plast*, at para. 8. If the motion is allowed and the action is dismissed, the plaintiff may appeal, without leave, to this Court.

*New Brunswick Community College et al. v. Vihvelin*, 2015 NBCA 17, at paras. 28-31, per Drapeau C.J.N.B.

### 23.02 Evidence

Except with leave of the court, on applications under Rule 23.01(1), evidence shall not be admitted except

- (a) a transcript of a relevant examination, and
- (b) affidavits which are necessary to identify a document or prove its execution.

- The Court held that the motion judge committed reversible error in admitting and considering a transcript from discovery:

Rule 23.02 governs the admissibility of evidence on applications under Rule 23.01(1). Rule 23.02 provides that leave of the court is required for the production of evidence except for a transcript of a relevant examination and affidavits that are necessary to identify a document or prove its execution.

fait qui sont plaidées ne sont pas réputées prouvées et, bien que l’audience ne doive pas se transformer en un procès complet, la preuve est à la fois admissible et attendue. L’accent est mis sur la véritable nature du litige sous-jacent, plutôt que sur sa description officielle, et une modification à l’exposé de la demande ne sera que rarement, ou même jamais, susceptible de pallier une absence de compétence. La règle 23.01(2)a exige que la question de la compétence sur l’objet du litige, laquelle est une question mixte de fait et de droit, soit « tranchée ». Les décisions qui sont fonction de la preuve en vertu des *Règles de procédure* doivent être prises par l’application de la norme de preuve ordinaire applicable en matière civile : la prépondérance des probabilités. C’est habituellement à l’auteur de la motion qu’incombe la charge de la preuve et de la persuasion.

J’estime que dans le cadre d’une motion en rejet de l’action déposée sous le régime de la règle 23.01(2)a), le défendeur doit établir que la Cour n’a probablement pas compétence sur l’objet du litige. Si le défendeur ne s’acquitte pas de ce fardeau, la motion doit être rejetée : *A/S Nyborg Plast*, au par. 8. Si la motion est accueillie et l’action rejetée, le demandeur peut interjeter appel, sans autorisation, à notre Cour. *New Brunswick Community College et autres c. Vihvelin*, 2015 NBCA 17, aux par.. 28-31, J.C.N.-B Drapeau

### 23.02 Preuve

Sauf avec permission de la cour, aucune preuve n’est admise dans des demandes présentées en application de la règle 23.01(1), excepté

- a) la transcription d’interrogatoires pertinents et
- b) les affidavits nécessaires pour identifier un document ou prouver sa passation.

- La Cour a conclu que la juge saisie de la motion a commis une erreur de droit en tenant compte de preuve donnée lors de l’interrogatoire au préalable :

La règle 23.02 régit l’admissibilité de la preuve dans les demandes présentées en application de la règle 23.01(1). La règle 23.02 prescrit d’obtenir la permission de la cour pour la production de preuve, sauf en ce qui concerne la transcription d’interrogatoires pertinents et les affidavits nécessaires pour identifier un document ou pour prouver sa

On a literal reading, Rule 23.02 would open the door, in applications under Rule 23.01(1)(b), to the production, without leave, of not only an affidavit to identify the impugned pleading but, as well, a transcript of any "relevant examination", including the examination on discovery of an adverse party.

*Sewell v. ING Insurance Co. of Canada* (2007), 314 N.B.R. (2d) 330, [2007] N.B.J. No. 219 (QL), 2007 NBCA 42, at para. 7, per Drapeau C.J.N.B.

- “The salient part of **Rule** 23.02 prescribes that, without leave of the court, evidence is inadmissible on a motion for judgment under Rule 23.01(1)(c) unless the evidence in question is a transcript of a relevant examination. Furthermore, it is settled law that, absent exceptional circumstances, leave to admit evidence under Rule 23.02 ought not to be granted.” Without any argument that a relevant discovery transcript was unavailable, the Court ruled an affidavit swearing to admissions given at discovery was inadmissible under Rule 23.

*Optimum Insurance Co. v. Donovan* (2009), 340 N.B.R. (2d) 45, [2009] N.B.J. No. 18 (QL), 2009 NBCA 6, at para. 31, per Drapeau C.J.N.B.

- The admissibility of three affidavits was contested on an appeal from a determination of a question of law under Rule 23.01(1)(a). The Court determined there was no merit to the objection to admissibility:

First, the O’Brien affidavit merely identifies the pleadings, as particularized. As such, it is admissible, without leave of the Court, pursuant to Rule 23.02(b).

Second, the Estate did not object to the admission of any of the affidavits in the court below, except with respect to Mr. O’Brien’s statement of opinion regarding the usefulness of the sought-after determination. It is too late for a more comprehensive objection: *Walsh v. Nicholls and CGU Insurance Company of Canada*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203, at para. 83, and *Jean v.*

passation. Une interprétation littérale de la règle 23.02 ouvrirait la voie, dans les demandes présentées en application de la règle 23.01(1)(b), à la production sans permission, non seulement d’un affidavit destiné à identifier la plaidoirie contestée, mais également de transcriptions d’« interrogatoires pertinents » quels qu’ils soient, y compris l’interrogatoire préalable d’une partie adverse.

*Sewell c. ING Insurance Co. of Canada* (2007), 314 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 330, [2007] A.N.-B. n° 219 (QL), 2007 NBCA 42, par. 7, Drapeau J.C.N.-B.

- « La partie essentielle de la règle 23.02 prescrit que, sans la permission de la cour, aucune preuve n’est admise dans le cadre d’une motion visant l’obtention d’un jugement formée en vertu de la règle 23.01(1)(c) à moins que la preuve en question ne soit la transcription d’interrogatoires pertinents. De plus, il est établi en droit que, sauf circonstances exceptionnelles, la permission d’admettre des éléments de preuve à l’audition d’une motion présentée en application de la règle 23.02 ne devrait pas être accordée ». Sans argument qu’une transcription pertinente de l’enquête au préalable n’est pas disponible, la Cour a tranché qu’un affidavit faisant état des aveux faites à l’enquête au préalable n’était pas admissible en vertu de la règle 23.

*Optimum Insurance Co. c. Donovan* (2009), 340 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 45, [2009] A.N.-B. n° 18 (QL), 2009 NBCA 6, par. 31, Drapeau, J.C.N.-B.

- L’admissibilité de trois affidavits a été contestée en appel d’une décision sur une question de droit en vertu de la règle 23.01(1)(a). La Cour a statué qu’il n’y avait aucun mérite à la contestation l’admissibilité :

Premièrement, l’affidavit de M<sup>e</sup> O’Brien ne fait qu’énumérer les plaidoiries, comme il le précise. L’affidavit est de ce fait admissible, sans autorisation de la Cour, conformément à la règle 23.02(b).

Deuxièmement, la succession n’a pas contesté l’admissibilité de l’un ou l’autre de ces affidavits devant le tribunal d’instance inférieure, sauf en ce qui concerne l’opinion de M<sup>e</sup> O’Brien sur l’utilité de la décision sollicitée. Il est trop tard pour formuler une objection plus globale : *Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d’Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 203, au par. 83, et

*Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 N.B.R. (2d) 300, at para. 62.

Third, the motion judge could, in the exercise of his discretion, grant leave to admit the Bordeleau and Forestell affidavits for the entirely legitimate purpose of clarifying the state of the record before Clendening J. in *Adams Estate v. McKiel*. The discretionary nature of that ruling brings into play a standard of review that requires great deference on our part. That standard was defined in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161:

[...]

Finally, Rule 2.01 vests in the court the power to dispense with the application of a rule where the interests of justice require: *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc. et al.*, 2011 NBCA 59, 375 N.B.R. (2d) 141 and *The Beaverbrook Art Gallery v. Beaverbrook Canadian Foundation*, 2013 NBCA 17, 403 N.B.R. (2d) 161. That rule is appropriately applied to allow affidavit evidence, such as the Bordeleau and Forestell affidavits, that seek to place before the court a reliable, timely and contextually intelligible record of the statements made by the Minister of Justice in the Legislative Assembly by way of explanation for a Bill whose passage was under his or her responsibility. A dispensation with Rule 23.02's disallowance of evidence of this nature is warranted to secure the just, least expensive and most expeditious determination of the proceedings on the merits. The objective is to provide affordable access to justice.

*The Estate of Caroline J. Higgins v. Arseneau*, 2014 NBCA 65, at paras. 38-41, per Drapeau C.J.N.B.

### **23.03 Effect of Judgment Under This Rule**

Where a plaintiff obtains judgment under this rule, such judgment shall not prejudice his right to proceed against the same defendant for other relief, or against any other defendant for the same or other relief, unless the court orders otherwise.

*Jean c. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 300, au par. 62.

Troisièmement, le juge saisi de la motion pouvait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, accorder l'autorisation d'admettre les affidavits de M<sup>me</sup> Bordeleau et de M. Forestell dans le but parfaitement légitime de clarifier la nature du dossier dont la juge Clendening était saisie dans l'affaire *Succession Adams c. McKiel*. Le caractère discrétionnaire de cette décision fait intervenir une norme de contrôle qui nous oblige à une grande déférence. Cette norme a été définie dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161 :

[...]

Finalement, la règle 2.01 habilite la Cour à dispenser de l'observation d'une règle lorsque les intérêts de la justice l'exigent : *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, 2011 NBCA 59, 375 R.N.-B. (2e) 141 et *Galerie d'art Beaverbrook c. Beaverbrook Canadian Foundation*, 2013 NBCA 17, 403 R.N.-B. (2e) 161. C'est à bon droit que l'on applique cette règle pour admettre une preuve par affidavit, comme les affidavits de Mme Bordeleau et de M. Forestell, qui a pour objet de saisir la Cour d'un exposé fiable, opportun et contextuellement intelligible des déclarations faites par le ministre de la Justice devant l'Assemblée législative afin d'expliquer un projet de loi dont l'adoption relevait de sa responsabilité. Une dispense de l'obligation de respecter l'interdiction de toute preuve de cette nature qui est faite à la règle 23.02 est justifiée pour assurer une solution équitable de l'instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. L'objectif est de permettre un accès abordable à la justice.

*La succession de Caroline J. Higgins c. Arseneau*, 2014 NBCA 65, aux par. 38-41, Drapeau J.C.N.-B.

### **23.03 Effet du jugement rendu en application de la présente règle**

Le demandeur qui obtient un jugement en application de la présente règle est libre de poursuivre le même défendeur pour d'autres mesures de redressement ou un autre défendeur pour des mesures de redressement identiques ou différentes, sauf

	ordonnance contraire de la cour.
--	----------------------------------