

Rule / Règle **25**

Discontinuance and Withdrawal / Désistements et retraits

DISPOSITION WITHOUT TRIAL	CONCLUSION SANS PROCÈS
RULE 25	RÈGLE 25
DISCONTINUANCE AND WITHDRAWAL	DÉSISTEMENTS ET RETRAITS
<p>25.01 Discontinuance by Plaintiff</p>	<p>25.01 Désistement de la part du demandeur</p>
<p>A plaintiff may discontinue his action against a defendant, either in whole or in part</p>	<p>Le demandeur peut</p>
<p>(a) at any time before the close of pleadings,</p> <p>(b) after the close of pleadings, with leave of the court, or</p> <p>(c) at any time, with the written consent of all parties</p>	<p>a) en tout temps avant la clôture des plaidoiries,</p> <p>b) après la clôture des plaidoiries avec la permission de la cour ou</p> <p>c) en tout temps, du consentement écrit des parties,</p>
<p>by</p>	<p>se désister de son action contre un défendeur, en tout ou en partie,</p>
<p>(d) filing with the clerk a Notice of Discontinuance (Form 25A), and</p> <p>(e) serving a copy of the Notice of Discontinuance on all parties who have been served with the Statement of Claim.</p>	<p>d) en déposant auprès du greffier un avis de désistement (formule 25A) et</p> <p>e) en signifiant copie de l’avis de désistement à toutes les parties à qui a été signifié l’exposé de sa demande.</p>
<p>25.02 Withdrawal by Defendant</p>	<p>25.02 Retrait du défendeur</p>
<p>(1) A defendant may withdraw all or part of the Statement of Defence with respect to any plaintiff at any time by filing and serving on all parties a Notice of Withdrawal (Form 25B), but,</p> <p>(a) where the defendant has made a cross-claim or a third party claim, leave of the court must be obtained, and</p> <p>(b) where the defendant seeks to withdraw an admission in the Statement of Defence, leave of the court or consent of the plaintiff must be obtained.</p> <p>(2) Where a defendant withdraws the whole of the Statement of Defence, the defendant shall be deemed to have been noted in default.</p>	<p>(1) Un défendeur peut, en tout temps, retirer tout l’exposé de sa défense ou une partie de sa défense à l’égard d’un demandeur en déposant et en signifiant à toutes les parties un avis de retrait (formule 25B), mais</p> <p>a) lorsque le défendeur a fait une demande entre défendeurs ou une mise en cause, la permission de la cour est requise et</p> <p>b) lorsque le défendeur tente de retirer un aveu de l’exposé de la défense, la permission de la cour ou le consentement du demandeur est requis.</p> <p>(2) Le défendeur qui retire tout l’exposé de sa défense sera réputé avoir été constaté en défaut.</p>
<p>92-107</p>	<p>92-107</p>

25.03 Costs on Discontinuance or Withdrawal

A party wholly discontinuing an action or wholly withdrawing his Statement of Defence against another party shall pay the costs of the other party to date, including the costs of any cross-claim or third party claim, unless the court orders or the parties agree otherwise.

25.04 Effect of Discontinuance on Counterclaim

Where an action is discontinued against a defendant who has counterclaimed, he may, within 30 days thereafter, file and serve a Notice of Election (Form 25C) to proceed with his counterclaim. In default of such election, the counterclaim shall be deemed to be discontinued without costs.

25.05 Effect of Discontinuance on a Cross-Claim or Third Party Claim

Where an action is discontinued against a defendant who has cross-claimed or made a third party claim, the cross-claim or third party claim shall be deemed to be dismissed 30 days after the discontinuance, with costs payable by the plaintiff, unless the court orders otherwise during the 30 day period.

86-87

25.06 Effect on Subsequent Action

(1) The discontinuance of an action in whole or in part shall not be a defence to a subsequent action, unless so provided by the order giving leave to discontinue or by the consent filed.

(2) Where a subsequent action in respect of the same subject matter is brought before payment of the costs of a discontinued action, the court may order a stay of the subsequent action until those costs have been paid.

- *McNichol v. Cooperators General Insurance Company*, 2006 NBCA 54, provides a useful reminder of the scope of this Rule:

25.03 Dépens lors du désistement ou du retrait

Toute partie qui se désiste complètement de son action ou qui retire complètement l'exposé de sa défense contre une autre partie doit payer les dépens auxquels l'autre partie a droit jusqu'alors, y compris les dépens afférents aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause, sauf ordonnance contraire de la cour ou accord contraire entre les parties.

25.04 Effet du désistement sur la demande reconventionnelle

Lorsqu'il y a désistement d'une action contre un défendeur qui a fait une demande reconventionnelle, celui-ci peut, dans les 30 jours qui suivent le désistement, déposer et signifier un avis d'option (formule 25C) afin de donner suite à sa demande reconventionnelle. S'il n'exerce pas cette option, le demandeur reconventionnel sera réputé s'être désisté sans dépens.

25.05 Effet du désistement sur la demande entre défendeurs ou la mise en cause

Lorsqu'il y a désistement d'une action contre un défendeur qui a fait une demande entre défendeurs ou une mise en cause, soit la demande entre défendeurs, soit la mise en cause est réputée être annulée 30 jours après le désistement, avec dépens à charge du demandeur, sauf ordonnance contraire de la cour pendant la période de 30 jours.

86-87

25.06 Effet sur une action ultérieure

(1) Le désistement d'une action en tout ou en partie ne peut servir de moyen de défense dans une action ultérieure, sauf disposition contraire de l'ordonnance autorisant le désistement ou consentement versé au dossier.

(2) Lorsqu'une action ultérieure est introduite relativement à la même affaire avant le paiement des dépens afférents à une action abandonnée, la cour peut ordonner la suspension de l'action ultérieure jusqu'au paiement de ces dépens.

- *McNichol c. Compagnie d'Assurance Générale Co-operators*, 2006 NBCA 54, fournit un rappel utile de la portée de cette règle:

25 As the motion judge explained, it was Co-Op's contention that McNichol's "action is res judicata on grounds of cause of action estoppel and that he therefore does not have the legal capacity to continue the action." It is hornbook law that a prior judicial decision disposing of Mr. McNichol's SEF #44 action had to be identified before consideration could be given to the application of res judicata (see the cases cited in para. 23 hereinabove). At the urging of Co-Op's counsel, the motion judge settled upon the Release and Notice of Discontinuance. As noted, it was his view that "[t]he release and notice of discontinuance duly filed with the Court constituted a final judicial decision of claims under the policy." In my respectful judgment, this chain of reasoning is fundamentally flawed.

26 The Release was nothing more than a contract by which Mr. McNichol relinquished certain rights and claims against Co-Op. It was not executed in furtherance of a court order or decision and it did not, itself, constitute a "final judicial decision," let alone one capable of giving rise to res judicata. That is also the case for the Notice of Discontinuance.

27 An unqualified notice of discontinuance, with or without leave of the court, is simply the author's expression of the withdrawal or abandonment of the whole, or part, of his or her claim, counterclaim or defence. The discontinuance of a claim may have the effect of res judicata only where it is provided for in a court order that correlatively deprives the plaintiff, in explicit and competent terms, of the right to bring a fresh action.

[...]

30 Here, the Notice of Discontinuance was filed without leave of the court. That being so, it could not give rise to cause of action estoppel, which is the only basis upon which Co-Op relied to justify the dismissal of Mr. McNichol's action for damages for bad faith.

[...]

35 Rule 25.01(c) provides that a plaintiff may

25 Comme l'a expliqué le juge saisi de la motion, Co-operators soutenait que l'action de M^e McNichol était [TRADUCTION] « chose jugée, précluse pour même cause d'action, et qu'il n'a[vait] donc pas la capacité juridique de continuer l'action ». Considération élémentaire en droit, il fallait disposer d'une décision judiciaire statuant sur l'action de M^e McNichol fondée sur l'avenant n^o 44 avant de pouvoir se pencher sur l'applicabilité du principe de la chose jugée (voir les décisions citées au paragraphe 23 ci-dessus). Sur les instances de l'avocat de Co-operators, le juge a retenu la renonciation et l'avis de désistement. Nous avons vu qu'il avait estimé que [TRADUCTION] « [l]a renonciation et l'avis de désistement dûment déposé auprès de la Cour constituaient une décision judiciaire définitive sur les demandes présentées sur le fondement de la police ». À mon respectueux avis, ce raisonnement présente une faille fondamentale.

26 La renonciation n'était rien de plus qu'un contrat par lequel M^e McNichol abandonnait certains droits et certaines demandes face à Co-operators. Elle n'a pas été signée par suite d'une ordonnance ou d'une décision judiciaire et elle ne constituait pas en soi une « décision judiciaire définitive », encore moins une décision judiciaire capable de faire intervenir l'autorité de la chose jugée. C'est le cas aussi de l'avis de désistement.

27 Un simple avis de désistement, donné avec ou sans la permission de la cour, n'est que l'expression du retrait ou de l'abandon de toute ou partie d'une demande, d'une demande reconventionnelle ou d'une défense. Un désistement de demande ne peut avoir autorité de chose jugée que s'il est constaté par une ordonnance de la cour qui, en outre, prive le demandeur, en termes exprès et propres, du droit d'intenter une nouvelle action.

[...]

30 En l'espèce, l'avis de désistement a été déposé sans la permission de la cour. Il ne pouvait donc s'ensuivre de préclusion pour même cause d'action, seul moyen qu'ait fait valoir Co-operators pour justification du rejet de l'action de M^e McNichol en dommages-intérêts pour mauvaise foi.

[...]

discontinue his or her action at any time, with the written consent of all parties by filing a Notice of Discontinuance and serving a copy on all parties who have been served with the Statement of Claim. Rule 25.06(1) states that the discontinuance shall not be a defence to a subsequent action unless the consent filed so provides.

36 The Notice of Discontinuance of the SEF #44 action provides that Mr. McNichol discontinues "his action" in respect of all claims against Co-Op. It goes on to bar any future action "on the same facts." Mr. McNichol argues that "his action" was for indemnity under the SEF #44, not one for damages for bad faith, and that, in any event, the two actions are not founded "on the same facts." These arguments do not strike me as frivolous. That said, I would go no further than express doubt as to the correctness of the motion judge's assertion that the facts underlying both actions "remain the same."

In *Stairs v. CFM Corporation et al.*, 2017 NBCA 8, [2016] N.B.J. No. 302 (QL), at paras. 60-61 and 63, the Court, per Richard J.A., made the following observations:

- "The New Brunswick *Rules of Court* provide that a plaintiff can discontinue his or her action against one or more defendants at any time before the close of pleadings, or otherwise with leave of the court or with the written consent of all parties. Rule 25.06(1) provides that "[t]he discontinuance of an action in whole or in part shall not be a defence to a subsequent action, unless so provided by the order giving leave to discontinue or by the consent filed".

In the present case, Mr. and Ms. Stairs were entitled to discontinue the 2010 action without leave of the court and without the consent of the defendants because, at the time of the discontinuance, the pleadings were not closed. There was no need for a court order; however, the effect of a discontinuance

35 La règle 25.01c) porte que le demandeur peut se désister de son action en tout temps, du consentement écrit des parties, en déposant un avis de désistement et en signifiant copie de l'avis à toutes les parties à qui a été signifié l'exposé de sa demande. La règle 25.06(1) précise que le désistement ne peut servir de moyen de défense dans une action ultérieure, sauf disposition contraire du consentement versé au dossier.

36 L'avis de désistement de l'action fondée sur l'avenant n° 44 indique que M^e McNichol se désiste de [TRADUCTION] « son action » à l'égard de toutes les demandes présentées contre Co-operators. L'avis ajoute que ce désistement fait obstacle à toute action future reposant [TRADUCTION] « sur les mêmes faits ». M^e McNichol fait valoir que [TRADUCTION] "son action" était une action en indemnisation intentée sur le fondement de l'avenant n° 44, non une action en dommages-intérêts pour mauvaise foi, et que, de toute façon, les deux actions ne reposent pas [TRADUCTION] « sur les mêmes faits ». Ces arguments ne nous apparaissent pas frivoles. Cela dit, je me contenterais de faire remarquer qu'il est permis de douter que soit correcte l'assertion du juge saisi de la motion que les faits sur lesquels s'appuient les deux actions [TRADUCTION] « demeurent les mêmes ».

Dans *Stairs c. CFM Corporation et autres*, 2017 NBCA 8, [2016] A.N.-B. n° 302 (QL), aux par. 60-61 et 63, la Cour, sous la plume du juge d'appel Richard, a fait les observations suivantes :

- « Les *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick disposent que le demandeur peut en tout temps avant la clôture des plaidoiries ou avec la permission de la Cour, ou encore du consentement écrit des parties, se désister de l'action qu'il a intentée contre un ou plusieurs défendeurs. La règle 25.06(1) dispose que « [l]e désistement d'une action en tout ou en partie ne peut servir de moyen de défense dans une action ultérieure, sauf disposition contraire de l'ordonnance autorisant le désistement ou consentement versé au dossier ».

En l'espèce, M. et M^{me} Stairs étaient en droit de se désister de l'action intentée en 2010 sans la permission de la Cour et sans le consentement des défenderesses parce que, au moment du désistement, les plaidoiries n'étaient pas closes. L'ordonnance

without a court order would not have provided anyone with a defence to a subsequent action: see *McNichol* at para. 27. As a result, Enbridge insisted on obtaining a consent order for discontinuance even though such was not necessary. The consent order, which Enbridge prepared, made it a complete bar for Mr. or Ms. Stairs to bring any subsequent proceedings “with respect to the subject matter of and the allegations of fact made in their Statement of Claim”. These terms are certainly broad enough to bar the 2012 action pursuant to the doctrine of *res judicata*.

[...]

While it is true that a discontinuance with leave may have the effect of *res judicata*, it remains so that the consent order signed in the present case was not a judicial determination of the merits of the case. It was nothing more than “an agreement elevated to an order on consent” and, as Abella J. explains for the Court in *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295, such an order “may be set aside on the same grounds as the agreement giving rise to the judgment” (para. 64). Drapeau C.J.N.B. recently considered this very reasoning in *Dugas v. Gaudet et al.*, 2016 NBCA 19, [2016] N.B.J. No. 182 (QL), leave to appeal refused [2016] S.C.C.A. No. 387 (QL). In *Dugas*, it was not necessary for our Court to rule on the question [.]”

25.07 Application to Counterclaims, Cross-Claims and Third Party Claims

Subject to Rules 28, 29 and 30, this rule applies, with any necessary modification, to a counterclaim, a cross-claim or a third party claim.

judiciaire n’était pas nécessaire; toutefois, un désistement non constaté par une ordonnance judiciaire n’aurait pas donné à qui que ce soit un moyen de défense opposable à une action ultérieure : voir l’arrêt *McNichol*, au par. 27. C’est pourquoi Enbridge a insisté pour obtenir une ordonnance par consentement constatant le désistement bien que celle-ci ne fût pas nécessaire. L’ordonnance par consentement, qu’Enbridge a préparée, interdisait complètement à M. ou M^{me} Stairs d’introduire une instance ultérieure [TRADUCTION] « relativement à l’objet de leur demande et reposant sur les faits allégués dans l’exposé de leur demande ». Ces mots ont certainement une portée suffisamment large pour faire obstacle à l’action intentée en 2012 conformément à la doctrine de la chose jugée.

[...]

S’il est vrai qu’un désistement avec la permission de la Cour peut avoir autorité de chose jugée, il n’en demeure pas moins que l’ordonnance par consentement qui a été signée en l’espèce n’était pas une décision judiciaire sur le fond de la cause. Il s’agissait tout au plus d’« une entente érigée au rang d’ordonnance avec le consentement des parties » et, comme l’a expliqué la juge Abella au nom de la Cour dans l’arrêt *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295, cette ordonnance « peut être cassé[e] pour les mêmes motifs que l’entente à l’origine du jugement » (par. 64). Le juge en chef Drapeau a récemment examiné ce raisonnement précis dans l’arrêt *Dugas c. Gaudet et autres*, 2016 NBCA 19, [2016] A.N.-B. n° 182 (QL), demande d’autorisation d’appel rejetée au [2016] C.S.C.R. n° 387 (QL). Dans l’affaire *Dugas*, il n’était pas nécessaire que notre Cour se prononce sur la question [.] »

25.07 Application aux demandes reconventionnelles aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause

Sous réserve des règles 28, 29 et 30, la présente règle s’applique, avec les modifications qui s’imposent, à une demande reconventionnelle, à une demande entre défendeurs ou à une mise en cause.