

## **Rule / Règle 42**

Certificate of Pending Litigation / Certificat d'affaire en instance

| <p style="text-align: center;"><b>PRESERVATION OF RIGHTS<br/>PENDING LITIGATION</b></p>  | <p style="text-align: center;"><b>PROTECTION DES DROITS<br/>DURANT LE LITIGE</b></p>   |
|--|--|
| <p>85-5</p> <p style="text-align: center;"><b>RULE 42</b></p> <p style="text-align: center;"><b>CERTIFICATE OF PENDING<br/>LITIGATION</b></p> <p><b>42.01 When Issued</b></p> <p>A Certificate of Pending Litigation (Form 42A) may be issued in any proceeding in which any title to, or interest in, land is brought in question.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● In <i>O’Neill et al. v. Edmanson</i>, 2017 NBCA 33, the Court, per Baird J.A., states the following:</li> </ul> <p>35 Rule 42 requires the applicant to establish the following before a Certificate of Pending Litigation can be issued:</p> <p>i) That title to or an interest in land is “brought” into question;</p> <p>ii) That there is a description sufficient for registration of the land in question that accompanies the application;</p> <p>iii) That if the originating process does not include a description sufficient for registration, any party may apply by Notice of Motion for an order giving notice to the person against whom the certificate is requested, and the Notice of Motion “shall” contain a description sufficient for registration of the lands in question.</p> <p>36 With respect to the first requirement, the O’Neills assert Mrs. Edmanson did not have a “potential ownership interest, or any legal interest of any kind whatsoever, in the [h]ouse and/or the [l]ot”, and the initiation of divorce proceedings as well as the registration of the Certificate of Pending Litigation did not create an “interest” in their land. I agree. The mere filing of a claim under the <i>Divorce Act</i> or provincial family law legislation does not presumptively create an interest in land: see <i>McMurdo v. McMurdo Estate</i>, [1988] O.J. No. 345 (Ont. H.C.) (QL); and <i>Rauf v. Rauf</i>, [1983] O.J. No. 2131 (Ont. H.C.) (QL). The applicant must provide proof of his or her “interest” in the land (see <i>MacLean Sports Ltd.</i>, at para. 17). The <i>Act</i>, on its own, does not create an interest in land for the purposes of the Rule. On the issue of notice, see <i>Ms.</i></p> | <p>85-5</p> <p style="text-align: center;"><b>RÈGLE 42</b></p> <p style="text-align: center;"><b>CERTIFICAT D’AFFAIRE EN INSTANCE</b></p> <p><b>42.01 Condition d’émission</b></p> <p>Un certificat d’affaire en instance (formule 42A) peut être émis dans toute instance où un titre ou un droit foncier est en cause.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Dans <i>O’Neill et autre c. Edmanson</i>, 2017 NBCA 33, la Cour, sous la plume de la juge d’appel Baird, déclare ce qui suit :</li> </ul> <p>35 La règle 42 exige du requérant qu’il établisse ce qui suit avant qu’un certificat d’affaire en instance ne puisse être délivré :</p> <p>i) que le titre ou le droit foncier soit « en cause »;</p> <p>ii) que la demande soit accompagnée d’une description du bien-fonds suffisante pour l’enregistrement;</p> <p>iii) que si l’acte introductif d’instance ne contient pas une description des biens-fonds suffisante pour l’enregistrement, une partie peut demander, par voie d’avis de motion, une ordonnance donnant avis à la personne contre laquelle le certificat est demandé, et l’avis de motion « doit » contenir une description des biens-fonds suffisante pour l’enregistrement.</p> <p>36 En ce qui concerne la première exigence, les O’Neill affirment que M<sup>me</sup> Edmanson ne possédait pas un [TRADUCTION] « droit de propriété possible ou quelque intérêt en common law que ce soit sur la maison ou le lot », et que l’introduction de l’instance en divorce ainsi que l’enregistrement du certificat d’affaire en instance n’ont créé aucun « intérêt » sur leur bien. J’en conviens. Il n’existe aucune présomption selon laquelle le simple fait de déposer une demande sous le régime de la Loi sur le divorce ou d’une loi provinciale régissant le droit familial crée un intérêt foncier : voir <i>McMurdo c. McMurdo Estate</i>, [1988] O.J. No. 345 (Prot. Ont.) (QL); et <i>Rauf c. Rauf</i>, [1983] O.J. No. 2131 (Prot. Ont.) (QL). Le requérant doit en effet apporter la preuve de son « intérêt » sur le bien-fonds en cause (voir <i>MacLean Sports Ltd.</i>, au par. 17). La Loi, à elle seule, ne crée pas d’intérêt foncier aux fins de la règle. Sur la question du</p> |

*P.H. v. Mr. P.H.*, 2008 NBCA 17, 328 N.B.R. (2d) 245. In that decision, the Court comments on the issue of notice, pursuant to Rule 73.07, to non-parties whose interests may be affected in matrimonial proceedings. He states the use of this Rule is to be encouraged so as to avoid a “multiplicity of proceedings and delays” (para.19) which is precisely what happened in this matter.

37 In *Evan Ross et al. v. The Toronto-Dominion Bank, et al.*, 2016 NBQB 75, 448 N.B.R. (2d) 393, Glennie J. concludes:

In *Kilb et al. v. Birkhofer et al.* 2007 NBQB 80 (CanLii), the Court found that “... to have a certificate of pending litigation issued, the plaintiffs must show that a title or interest in land is brought into question in the proceeding.”

Once the Certificate of Pending Litigation is filed, notice to all the world is given that title of the land is being questioned and warns all against dealing with the defendant with respect to that land until the contest is determined: *McTaggart v. Toothe* (1884), 10 P.R. 261.

Although it has been held that a certificate of pending litigation is not an encumbrance, its practical effect is to act as an injunction so as to prevent the defendant from dealing with the land until the lawsuit is finished: *Mactan Holdings Ltd. v. 431736 Ontario Ltd.* (1980) 118 D.L.R. (3d) 91 (Ont. H.C.J.). [paras. 19-21]

38 In *Century 21 Real Estate Canada Ltd. v. Tri-Town Realty Ltd. et al.* (1989), 99 N.B.R. (2d) 369, [1989] N.B.J. No. 611 (Q.B.) (QL), the plaintiff sought revocation of a Certificate of Pending Litigation on the basis there was no “interest” in land in the “broad or intangible sense” demonstrated in the evidence. Higgins J., referring to *Keppell v. Bailey* (1834), 39 E.R. 1042, at p. 1049, found the plaintiff’s claim did not identify or define an interest in the lands as required in Rule 42 and he revoked the Certificate.

39 Similarly, in *Michaud v. Bank of Montreal* (1995), 166 N.B.R. (2d) 341, [1995] N.B.J. No. 386 (Q.B.) (QL), Larlee J. (as she then was), revoked a Certificate of Pending Litigation where title to property was registered in the name of the estranged

préavis, voir *M<sup>me</sup> P.H. c. M. P.H.*, 2008 NBCA 17, 328 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 245. Dans cette décision, la Cour fait des observations sur la signification d’un avis, en vertu de la règle 73.07, aux personnes qui ne sont pas parties à l’instance et dont les intérêts pourraient être atteints dans des instances matrimoniales. Il déclare que le recours à cette règle doit être encouragé afin de « limiter la multiplication des instances et des retards » (par. 19), ce qui est exactement ce qui s’est produit en l’espèce.

37 Dans l’affaire *Evan Ross et al. c. The Toronto-Dominion Bank, et al.*, 2016 NBBR 75, 448 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 393, le juge Glennie tire les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Dans *Kilb et al. c. Birkhofer et al.* 2007 NBBR 80 (CanLII), la Cour a conclu que [TRADUCTION] « [...] pour obtenir l’émission d’un certificat d’affaire en instance, les demandeurs doivent démontrer qu’un titre ou un intérêt foncier est en cause dans l’instance ».

Une fois le certificat d’affaire en instance déposé, avis est donné au monde entier que le titre foncier en cause est contesté et qu’il faut éviter de traiter avec le défendeur relativement au bien-fonds en question jusqu’à ce qu’une décision soit rendue sur le litige : *McTaggart c. Toothe* (1884), 10 P.R. 261.

Bien qu’il ait été déterminé qu’un certificat d’affaire en instance ne constitue pas un grèvement, en pratique, il a pour effet d’agir comme une injonction de façon à empêcher le défendeur de disposer du bien-fonds jusqu’à ce que l’action en justice arrive à son terme : *Mactan Holdings Ltd. c. 431736 Ontario Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 91 (H.C. Ont.). [par. 19 à 21]

38 Dans *Century 21 Real Estate Canada Ltd. c. Tri-Town Realty Ltd. et autres* (1989), 99 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 369, [1989] A.N.-B. n° 611 (C.B.R.) (QL), la demanderesse sollicitait la révocation d’un certificat d’affaire en instance au motif que la preuve ne démontrait pas l’existence d’un « droit » foncier dans un [TRADUCTION] « sens large ou intangible ». Le juge Higgins, citant l’affaire *Keppell c. Bailey* (1834), 39 E.R. 1042, à la p. 1049, a conclu que la demande formée par la demanderesse ne précisait ou ne définissait pas un droit foncier comme le prescrit la règle 42 et il a révoqué le certificat.

39 De la même manière, dans l’affaire *Michaud c. Bank of Montreal* (1995), 166 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 341, [1995] A.N.-B. n° 386 (C.B.R.) (QL), la juge Larlee (tel était alors son titre) a révoqué un certificat d’affaire en instance dans un cas où le titre de propriété était

wife. She found: “[t]he plaintiff’s claim does not in my view bring into question any title or interest in land, nor would such claim if successful result in Mr. Michaud obtaining an interest in the subject lands” (para. 27).

40 In the case at bar, it is my view the Certificate of Pending Litigation which was registered against the vacant lot, in particular, was invalid due to procedural irregularities, and as noted, could not be cured through the application of Rule 2.02. In addition, as the appellants correctly submit, the affidavits filed by Mrs. Edmanson did not prove she had an “interest” in the O’Neills’ land. To apply Rule 2.02, as the trial judge did, not only overlooked substantive breaches of Rule 42, but it also deprived the O’Neills of a remedy in compensation for the expenses they incurred to clear the title to their properties. In my view, this is not the intent of Rule 2.02.

**42.02 Where Issued Without Notice**

Where, in an originating process or pleading, there is included a claim for a certificate of pending litigation and a description, sufficient for registration, of the land in question, the clerk shall, on the request of any party, issue such certificate without notice or order.

94-24

**42.03 Where Motion to be Made on Notice**

Where an originating process does not include a claim for a certificate of pending litigation or a description, sufficient for registration, of the lands in question, any party may apply to the court for an order that the clerk issue such certificate; and the notice of motion shall contain a description, sufficient for registration, of the lands in question.

**42.04 Revocation or Amendment of Certificate**

The Court

- (a) on motion by any person claiming title to or an interest in the lands in question, and
- (b) on such terms as may be just,

may order the clerk to issue a certificate (Form 42B) revoking or amending the certificate of pending litigation.

**42.05 Certificate of Discontinuance or Certificate of Disposition**

92-107

Where a certificate of pending litigation has been

enregistré au nom de l’ex-épouse. Elle a conclu que [TRADUCTION] « [s]elon [elle], la prétention du demandeur ne soulève aucune question de titre ou d’intérêt foncier, et M. Michaud, s’il a gain de cause, n’obtiendra pas, par le fait même, d’intérêts fonciers sur les biens en question » (par. 27).

40 Dans la présente instance, je suis d’avis que le certificat d’affaire en instance qui a été enregistré contre le terrain vague, en particulier, était invalide en raison de vices de procédure et, comme je l’ai noté, l’application de la règle 2.02 ne permettait pas d’y remédier. De plus, comme les appelants le font valoir à bon droit, les affidavits que M<sup>me</sup> Edmanson a déposés ne prouvaient aucunement qu’elle avait un « intérêt » sur le bien des O’Neill. En appliquant la règle 2.02 comme il l’a fait, le juge du procès a non seulement fermé les yeux sur d’importants manquements à la règle 42, mais il a également privé les O’Neill d’un recours pour obtenir un dédommagement des dépenses qu’ils avaient engagées pour dégrever le titre de propriété de leurs biens. À mon avis, tel n’est pas l’objet de la règle 2.02.

**42.02 Émission sans préavis**

Lorsque l’acte introductif d’instance ou la plaidoirie contient une demande de certificat d’affaires en instance et une description du bien-fonds suffisante pour l’enregistrement, le greffier doit, sur demande d’une partie, sans préavis ni ordonnance, émettre le certificat.

94-24

**42.03 Par voie de motion**

Si l’acte introductif d’instance ne contient ni demande de certificat d’affaire en instance ni description des biens-fonds suffisante pour l’enregistrement, une partie peut demander à la cour d’ordonner au greffier d’émettre le certificat. L’avis de motion doit contenir une description des biens-fonds suffisante pour l’enregistrement.

**42.04 Révocation ou modification du certificat**

La cour peut,

- a) sur motion de toute personne qui prétend avoir un titre ou un droit sur les biens-fonds et
- b) aux conditions qu’elle estime justes,

ordonner au greffier d’émettre un certificat (formule 42B) de révocation ou de modification du certificat d’affaire en instance.

**42.05 Certificat de désistement ou certificat de règlement**

92-107

Lorsqu’un certificat d’affaire en instance a été enregistré, le

|   |   |
|---|---|
| <p>registered, the clerk may, upon application supported by an affidavit, issue</p> <p>(a) a Certificate of Discontinuance (Form 42C) certifying that the proceeding has been discontinued, or</p> <p>(b) a Certificate of Disposition (Form 42D) certifying that, in so far as the land affected by the proceeding is concerned, the proceeding has been disposed of by a judgment in such a manner that a party's title to or interest in the land is not adversely affected and no appeal from the judgment has been taken within the time limited for so doing.</p> <p>92-3; 92-107</p> | <p>greffier peut, sur requête appuyée d'un affidavit, délivrer</p> <p>a) un certificat de désistement (formule 42C) attestant que l'instance a fait l'objet d'un désistement ou</p> <p>b) un certificat de règlement (formule 42D) attestant que, en ce qui concerne le bien-fonds affecté par l'instance, l'instance a été réglée par jugement sans porter préjudice au titre d'une partie ou à son droit sur le bien-fonds et qu'aucun appel du jugement n'a été interjeté dans le délai d'appel prévu.</p> <p>92-3; 92-107</p> |
|---|---|